



COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

ÉTUDES

*Le droit des sociétés
dans ses rapports
avec la concentration*

par le
professeur René Rodière

SERIE CONCURRENCE - 1967 - **5**

Le droit des sociétés dans ses rapports avec la concentration

par le professeur René Rodière

Collection ETUDES
Série CONCURRENCE n° 5
Bruxelles 1967

SOMMAIRE

	Page
Préface de la Commission	9
Introduction générale	13
1. Objet de l'étude	13
2. Limites nécessaires	13
3. Plan général	14
 <i>PREMIERE PARTIE</i> Concentration du contrôle	
4. Définition	17
5. Plan de cette partie	17
 <i>Chapitre I : LA DISTRIBUTION DES POUVOIRS AU SEIN DE LA SOCIÉTÉ ANONYME</i>	
6. La hiérarchie classique à la française et son évolution	18
7. Le système tripartite allemand de la loi de 1937	18
8. Evolution dans les autres pays depuis la loi allemande de 1937	19
9. Résumé et conséquences pour cette étude	19
<i>§ 1. Les pouvoirs légaux de l'assemblée générale</i>	
10. Systèmes de compétence générale	20
11. Systèmes de compétence spéciale	20
12. Droit allemand	20
13. Droit italien	21
<i>§ 2. Les pouvoirs légaux de l'administration</i>	
14. Observation commune aux divers systèmes	21
15. Système belge et luxembourgeois	21
16. Système français	22
17. Système allemand — le Vorstand	22
18. Le Vorstand fonctionne suivant la loi de la collégialité	23
18 (suite). Le Vorstand et la concentration de l'autorité	23
19. L'Aufsichtsrat	24
20. Evolution dans les fonctions et le rôle de l'Aufsichtsrat	25
21. Droit italien	26
22. Droit néerlandais	26
 <i>Chapitre II : RENFORCEMENT OU USURPATION DU CONTRÔLE</i>	
23. Objet de ce chapitre et idée générale	28
24. Distinction fondamentale : procédés pratiques de renforcement et précautions législatives directes	28
<i>SECTION 1 — TENTATIVES DE RENFORCEMENT ET RÉACTIONS LÉGISLATIVES</i>	
25. Classement des procédés	28
<i>§ 1. Tentatives pour faire partie de la société sans apports réels</i>	
26. La prohibition des actions d'industrie	28
27. L'exception du droit néerlandais et les titres bénéficiaires belges	29
<i>§ 2. Procédés de renforcement artificiel de la majorité</i>	
<i>I. Le dosage des voix dans l'assemblée</i>	
28. Principe de représentation proportionnelle	30
29. Actions à vote plural en France (A)	30
30. En Belgique et en Italie	31

	Page
31. En Allemagne	31
32. Liberté au Luxembourg et aux Pays-Bas	32
33. Actions sans droit de vote (B)	32
34. Le refus des législations française, belge et luxembourgeoise	32
35. La solution nuancée du droit italien	33
36. Les permissions des droits allemand et néerlandais	33
37. Actions sans valeur nominale (C)	34
<i>II. Les conventions de vote</i>	
38. L'incertitude des solutions dans les divers pays	35
39. Sévérité française	35
40. Indulgence allemande	36
41. Incertitudes italiennes et néerlandaises	36
<i>III. Les procurations et les pouvoirs en blanc</i>	
42. Validité du vote par procuration	36
43. Positions opposées concernant les pouvoirs en blanc	37
44. Transferts fiduciaires — pratique allemande	38
45. La lutte contre l'accumulation des pouvoirs entre les mains des dirigeants ou des «contrôleurs»	39
<i>IV. Clauses oligarchiques</i>	
46. Aux Pays-Bas et en Allemagne	39
46 bis. La clause de protection des minorités	40
<i>V. Les manipulations d'actions</i>	
47. Précautions contre le rachat	40
48. Règle générale concernant le sort des actions rachetées par la société	41
<i>§ 3. Procédés destinés à éviter des reversements de la majorité</i>	
49. Les effets de la libre négociabilité des actions	41
50. Grande liberté aux Pays-Bas, en Allemagne et en Italie	41
51. Relative sévérité en France, en Belgique et au Luxembourg	42
SECTION 2 — PRÉCAUTIONS LÉGISLATIVES DIRECTES	
52. Intentions communes des législateurs	43
<i>§ 1. Mesures contre l'oligarchie</i>	
<i>I. Quorum et majorité</i>	
53. Considérations générales	43
54. Libéralisme néerlandais	44
55. Faibles sévérités des lois concernant les assemblées ordinaires	44
56. Règles complexes de la loi française concernant les assemblées extraordinaires	44
57. Comparaison critique avec les autres systèmes	44
58. Droit allemand	45
<i>II. Limitation du nombre des voix</i>	
59. La lutte contre les gros porteurs	45
60. La règle des sociétés coopératives	45
<i>III. Participation au vote des petits porteurs</i>	
61. Isolement du droit français	47
<i>§ 2. Mesures contre la confusion des intérêts</i>	
<i>I. Conflits entre les intérêts personnels des administrateurs et les intérêts sociaux</i>	
62. Procédure rigoureuse de la loi française	47
63. Similitude des solutions belge et luxembourgeoise	48
64. Solutions moins générales du droit allemand	48
65. Solutions indirectes mais brutales des codes italien et néerlandais	49
<i>II. Conflits entre les intérêts personnels des actionnaires et les intérêts sociaux</i>	
66. Prévisions italiennes	49

DEUXIEME PARTIE

Concentration des entreprises

	Page
Introduction	
1. La notion de «concentration d'entreprises»	53
2. L'intervention des législateurs	53
3. Le «Konzern» allemand	55
4. Distinction fondamentale	56
5. Plan	57
<i>TITRE PREMIER — FORMATION DES GROUPEMENTS D'ENTREPRISES</i>	
6. Observations générale et fondamentale	59
<i>Chapitre I: PARTICIPATION D'UNE SOCIÉTÉ A UNE AUTRE</i>	
7. Plan du chapitre	60
<i>SECTION 1 — CONDITIONS DE VALIDITE DES PARTICIPATIONS</i>	
<i>§ 1. Quelles sociétés peuvent être «participantes»?</i>	
8. Sociétés de personnes et sociétés de capitaux	60
9. Exceptions	60
<i>§ 2. Rapport entre l'objet social et la prise de participation</i>	
10. Question posée	61
11. Discussion et réponse italiennes	61
12. Discussion et réponse allemandes	62
13. Discussion et pratique dans les autres pays	63
14. Modification préalable des statuts	63
15. Coopératives	63
<i>§ 3. La décision de participer à une autre société</i>	
16. L'habilitation des administrateurs de la société participante	64
17. Hésitations italiennes	64
18. Précautions belges contre les opérations personnelles des administrateurs	64
<i>§ 4. Limitations quantitatives</i>	
19. Précaution contre les participations réciproques	64
20. Diversité des solutions	65
21. Allemagne — Loi et projet	65
22. Réglementation italienne	66
23. L'attitude hostile de la commission bancaire en Belgique	66
24. Limitations quantitatives des participations en Italie	66
<i>§ 5. Les sociétés d'une seule personne</i>	
25. Difficulté qui résulte de leur interdiction	67
<i>§ 6. Incidence de la législation relative aux ententes</i>	
26. Mention du problème	67
<i>SECTION 2 — FINANCEMENT DE L'OPÉRATION</i>	
27. Rapport avec la question posée dans cette étude	68
<i>§ 1. L'autofinancement et l'affectation des bénéfices</i>	
28. Sources et mécanisme de l'autofinancement	68
29. Amortissements	68
30. Provisions	69
31. Avantages de l'autofinancement	69
32. Problèmes juridiques	70

	Page
33. Constitution des réserves (A)	70
34. Projet allemand	72
35. Autres pays	72
36. Réserves latentes — Évaluation des postes du bilan (B)	72
37. En Allemagne	73
<i>§ 2. Le droit de souscription en cas d'augmentation du capital social</i>	
38. Droit de souscription préférentiel et concentration	74
39. Gradation des solutions	74
40. En France, en Allemagne, en Italie	74
<i>Chapitre II : ACCORDS DE GROUPEMENT</i>	
<i>SECTION 1 — DESCRIPTION ET TYPOLOGIE</i>	
41. Profondes différences entre les divers systèmes de droit	75
42. Le droit commun en France, en Belgique, au Luxembourg, aux Pays-Bas	75
43. Contrats de coordination	75
44. Contrats entre sociétés	76
45. Contrat «d'organe» en droit allemand	76
46. Doctrine italienne	76
<i>SECTION 2 — CONCLUSION ET VALIDITÉ DES CONTRATS</i>	
47. Autorité compétente	77
48. La mise en location-gérance en France	78
49. Validité du contrat de groupement	78
50. En Allemagne	78
51. (suite) Projet	79
52. Publicité des contrats d'affiliation ou assimilés	79
<i>TITRE II — FONCTIONNEMENT DES GROUPEMENTS D'ENTREPRISES</i>	
53. Questions examinées	81
<i>Chapitre I : ORGANISATION INTERNE DU GROUPE D'ENTREPRISES</i>	
54. Incidences quant à l'administration	82
55. Choix des administrateurs	82
56. Cumul des sièges	82
57. Représentation des minorités	83
58. Participation à l'élection des administrateurs	84
59. L'incidence de la représentation des travailleurs dans les conseils d'administration ou de surveillance	84
60. Délégations de pouvoirs à l'intérieur de la société	85
61. Délégations à des tiers	86
62. Commissaires aux comptes	86
<i>Chapitre II : L'ÉTAT DE DÉPENDANCE D'UNE SOCIÉTÉ DANS UN GROUPE</i>	
<i>SECTION 1 — L'ASSUJETTISSEMENT DE LA SOCIÉTÉ DOMINÉE</i>	
63. Décisions prises en dehors de la société	88
64. Palliatifs en droit allemand	88
65. Autres pays	89
<i>SECTION 2 — INTÉGRITÉ PATRIMONIALE DE LA SOCIÉTÉ DOMINÉE</i>	
66. Leurre des personnalités juridiques distinctes	90
67. Dettes de la société dominée	90
68. Hésitations italiennes	90
69. Solution française	91
70. Doctrine et pratique allemandes	92
71. (suite) En faveur des créanciers	93
72. (suite) En faveur des actionnaires libres (ou minoritaires)	93
73. Responsabilité personnelle des administrateurs de la société contrôlée	94

	Page
<i>Chapitre III</i> : PRÉSENTATION DES GROUPES DE SOCIÉTÉS	
SECTION 1 – <i>PUBLICITÉ DES GROUPEMENTS</i>	
74. Rareté des règles	96
75. En Allemagne, en France	96
SECTION 2 – <i>COMPTABILITÉ DES GROUPEMENTS</i>	
76. Bilans consolidés	97
CONCLUSION	97
BIBLIOGRAPHIE	98

Préface de la Commission

Le mouvement de la concentration économique, commandé par les exigences du Marché commun, sollicite de plus en plus l'attention des animateurs de l'économie européenne. Les problèmes qu'il soulève sont au premier rang des préoccupations de la Commission qui a jugé indispensable de les aborder sous leurs différents aspects.

Après avoir, dans une publication précédente, présenté ces problèmes dans leur ensemble, la Commission croit devoir, par le présent document, montrer l'importance des questions d'ordre structurel et, plus précisément, des relations entre le droit des sociétés et la concentration.

Le travail qui suit a été demandé au professeur Rodière, directeur de l'institut de droit comparé de l'université de Paris, à la fin de l'année 1963. Il a été achevé au début de l'année 1965. Quelques mois plus tard (6 septembre 1965) était promulguée la nouvelle «Aktiengesetz» et, le 24 juillet 1966, la nouvelle loi française sur les sociétés commerciales. Aussi, et bien que cette étude tienne compte des projets devenus depuis du droit positif, certaines de ses références, pour le droit allemand et français des sociétés par actions, ont-elles cessé d'être exactes.

Mais la description et l'analyse des méthodes qui continuent d'être employées dans les Etats membres de la CEE pour parvenir au contrôle d'une entreprise sociétaire ou pour regrouper plusieurs d'entre elles n'ont rien perdu de leur intérêt. En même temps qu'elles font apparaître d'assez grandes différences dans l'étendue et l'efficacité de la réglementation des procédés utilisés, elles permettent de mesurer l'incidence des dispositions juridiques en la matière sur les différentes décisions d'ordre économique intervenant dans un processus de concentration. N'ont toutefois pas été comprises dans cette étude les questions relatives à la fusion : sous l'angle des droits internes comme de son régime international, la fusion est d'ailleurs au centre des travaux en cours au sein de la Commission sur la base des articles 54, 3, g et 220 du Traité.

La Commission se doit enfin de signaler les évolutions qui se dessinent depuis peu dans les conceptions relatives au rapprochement des législations en matière de droit des sociétés. Un effort plus déterminé dans ce domaine semble maintenant souhaitable en présence des difficultés que rencontre l'adaptation structurelle des entreprises au Marché commun. Il est sensible également qu'est moins aisément accepté le maintien du morcellement en six territoires juridiques différents d'un espace communautaire appelé par ailleurs, dans un avenir très proche, à réaliser non seulement son unité douanière mais, d'une manière plus large, l'unité de son marché intérieur. Mais il est bien certain que l'exploration de nouveaux moyens d'action en ce domaine passe par la connaissance approfondie des rapports actuels des droits des sociétés avec les phénomènes de la concentration.

Cette exigence d'information se trouve pleinement satisfaite par l'étude que l'on présente.

ABREVIATIONS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Die Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
BB	Der Betriebsberater
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
D.	Recueil Dalloz, Paris
Gaz.Pal.	La Gazette du Palais, Paris,
JCP	Juriscenseurs périodiques La Semaine Juridique, Paris
LCS	Lois coordonnées belges sur les sociétés commerciales
NJ	Nederlands Juristenblad
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
ZGStW	Zeitschrift für die gesamte Staatsrechtswissenschaft

Introduction générale

1. *Objet de l'étude*

L'institut de droit comparé de Paris s'est chargé, à la demande de la Commission économique européenne, de traiter le sujet des rapports entre le droit des sociétés et la concentration en examinant notamment les questions suivantes :

1. Quelles sont les dispositions du droit des sociétés motivées par un souci direct de favoriser ou de défavoriser la concentration ?

2. Quelles sont les dispositions du droit des sociétés qui, justifiées par d'autres considérations, peuvent néanmoins constituer un instrument susceptible d'avoir des effets sur la concentration ?

3. Quelles sont les formes de concentration d'entreprises que connaissent les droits nationaux des sociétés :

- concession de biens patrimoniaux,
- fusions,
- «Beteiligungskonzerne» (groupes de participations financières),
- acquisition de participations réciproques,
- «Konzernverträge» (accords entre entreprises d'un même groupe) etc. ?

4. Quelles sont les règles de droit applicables dans les droits nationaux à la création des formes susvisées de concentration d'entreprises :

a) compétence fixée par le droit des sociétés pour la décision relative à la concentration, notamment exigences en matière de droit de vote,

b) exigence en matière de publicité,

c) évaluation du patrimoine social

- compétence,
- vérification,
- recours en cas d'évaluation inexacte ?

5. Quelle est l'importance, pour la concentration d'entreprises, des limites générales dans l'exercice du droit telles qu'elles découlent du droit des sociétés ?

6. Quelles sont, en matière de direction des entreprises, les règles de droit particulières applicables (dans le «Konzern») aux parties d'entreprises juridiquement indépendantes :

a) exigence en matière de publicité,

b) limites du pouvoir de donner des directives,

c) responsabilités particulières ?

7. Dans quelle mesure les droits nationaux favorisent-ils certaines formes de concentration d'entre-

prises, que ce soit par absence de réglementation ou par une réglementation différenciée ?

8. Comment les différences existant entre les droits nationaux se répercutent-elles sur la concentration d'entreprises dans le Marché commun ?

Existe-t-il notamment des avantages nationaux accordés à la concentration d'entreprises ?

Ces différences peuvent-elles amener les entreprises à rechercher une échappatoire dans les pays disposant d'un droit des sociétés favorable à la concentration ?

La présente étude ne suivra pas ce plan qui ne propose qu'une liste non exhaustive des questions que pose le sujet général et que résume exactement la première des questions ci-dessus rappelées. En effet, tout est de déterminer dans quelle mesure et par quels procédés le droit commercial ⁽¹⁾ des sociétés favorise ou défavorise, soit directement soit indirectement, la concentration des entreprises.

2. *Limites nécessaires*

Le droit entier des sociétés commerciales pourrait être inclus dans l'étude demandée. En effet, la constitution même d'une société est le premier moyen de concentration des entreprises au sens le plus large du mot. On peut dire en ce sens que tous les Etats, par le seul fait qu'ils admettent l'existence de sociétés commerciales, favorisent la concentration et qu'en particulier l'existence des sociétés par actions qui permettent de drainer par d'innombrables ruisselets d'énormes flots de capitaux a été le merveilleux instrument de la concentration ⁽²⁾.

a) La concentration s'entend alors dans le sens de procédé de réunion des capitaux. Mais la concentration des capitaux n'est pas celle des entreprises. On laissera donc de côté toute l'étude, fort intéressante au demeurant, tendant à rechercher dans quelle mesure les divers systèmes de droit en usage sur le territoire de la Communauté économique européenne favorisent la constitution même des sociétés et plus précisément permettent à ces êtres juridiques de concentrer des capitaux.

On voit d'ailleurs combien une pareille étude viendrait côtoyer celle qui est entreprise ici. Sous le point 3. ci-dessus, il est demandé à l'institut de droit comparé de Paris de dire quelles sont les formes de concentration d'entreprises connues des droits nationaux, et le premier exemple qui en soit donné vise la «concession de biens patrimoniaux». Or, ce que l'on entend par-là peut aussi bien comprendre la

⁽¹⁾ Cette étude laissera de côté tout ce qui est aspect fiscal du problème.

⁽²⁾ Champaud, n^{os} 11 et suiv.

cession, par une entreprise, d'une partie de ses biens, individualisés et déterminés par une énumération, et la cession en bloc de tout le patrimoine social sans qu'il y ait proprement fusion avec l'entreprise acquéreuse. Or, si la cession de ce second type, répondant économiquement au même but et aux mêmes besoins que la fusion, est proprement un mode de concentration des entreprises, celle du premier type n'est pas autre chose qu'un moyen d'acquérir des biens et peut tout au plus figurer sous la rubrique de la concentration des capitaux.

Quoi qu'il en soit de ces difficultés, cette étude se bornera à l'examen de la concentration des entreprises et ne débordera pas sur le terrain de la seule concentration des capitaux.

b) Une seconde limitation tient à ce qu'une étude a été extraite du programme rappelé ci-dessus sous 1. C'est celle de la fusion, qui a fait l'objet d'un mémoire distinct en date du 12 novembre 1964.

Il sera renvoyé à ce mémoire pour tout ce qui concerne la fusion considérée comme l'une des formes de concentration des entreprises.

3. *Plan général*

Quand on parle de concentration d'entreprises, la première idée que l'on s'en fait concerne les procédés par lesquels les entreprises se groupent. Les contrats de groupement, les acquisitions de participation, les fusions en sont les moyens d'élection.

Mais, il est une autre manière de saisir le sujet. Tout procédé qui tend, au sein d'une entreprise à

forme sociale, à réunir l'autorité entre les mains d'un petit groupe d'associés aboutit au même résultat. Il n'y aura pas proprement concentration d'entreprises parce que le procédé ne concerne pas directement deux ou plusieurs entreprises déjà existantes pour les rapprocher et les grouper. Mais si l'on observe, d'une part, que, dans la concentration des entreprises au sens premier du terme, ce qui est recherché (et que les pouvoirs publics nationaux ou communautaires peuvent trouver dangereux ou au contraire bénéfique) c'est la concentration entre les mains de certains hommes ou groupes d'hommes de la puissance économique, d'autre part, au sein d'une entreprise déjà constituée, la concentration du contrôle présentera, suivant l'optique d'économie politique dominante, les mêmes dangers ou les mêmes avantages.

Ces deux formes de concentration sont d'autant moins indissociables si l'on veut entreprendre une étude d'ensemble couvrant tout le sujet que l'expérience prouve à quel point la concentration du contrôle précède et prépare celle des entreprises. On n'a jamais vu deux entreprises fusionner qui n'avaient jamais eu auparavant aucun rapport entre elles et l'on n'a jamais vu s'établir de rapports entre deux sociétés sans que, à la faveur de telle ou telle pièce du système juridique en vigueur dans le pays considéré, les dirigeants du futur groupe d'entreprises aient commencé par obtenir le contrôle des deux sociétés en cause.

C'est pourquoi cette étude sera divisée en deux parties, consacrées, la première à la concentration du contrôle, la seconde à la concentration des entreprises.

PREMIÈRE PARTIE

Concentration du contrôle

4. Définition

Le mot est pris dans le sens large et vague de l'anglais (*to control* = diriger, dominer, contrôler, avoir le pouvoir).

On a essayé d'en préciser la notion ⁽¹⁾. Les essais ont échoué parce que la même notion abrite des réalités différentes et parce que, d'autre part, selon l'intérêt juridique qui s'attache à la définition du contrôle, le sens peut en varier. Ceci tient non à la faiblesse de la pensée des hommes, mais à l'hétérogénéité des buts que poursuivent les législateurs ou les juristes quand ils veulent limiter leur attention à telle forme de «contrôle» ou réagir contre telle pratique de «contrôle».

Un exemple va le montrer. On parle de contrôle aussi bien lorsque l'on veut définir la nationalité suivant certain critère souple que quand on veut atteindre certaines pratiques relatives à la domination des sociétés. On dira ainsi, sous le premier point de vue, qu'une société a la nationalité des dirigeants qui la contrôlent; sous le second, qu'un même homme qui contrôle deux sociétés ne doit pas agir dans l'une au profit de l'autre et inversement. Pourquoi la notion de contrôle serait-elle la même dans les deux règles?

On comprend ainsi que, suivant les intérêts en cause, on ait proposé un critère formel (p. ex. un certain taux de participation, 20%, 30%, sera le signe qu'une société en contrôle une autre au regard de la règle qui veut que les bilans fassent apparaître cette participation) ou un critère substantiel (p. ex. celui qui, en fait, dirige une société sera considéré comme la contrôlant ou, plus largement, tout administrateur sera considéré comme ayant le contrôle de la société administrée de façon qu'il devra se soumettre à certaines procédures de vérification si, à ce titre, il contracte avec une autre entreprise dans laquelle il a un intérêt personnel). Un auteur a pu conclure de sa longue analyse qu'il n'y avait pas de critère sûr du contrôle ⁽²⁾.

Un autre auteur le lui a reproché, estimant que les juristes ne peuvent pas se contenter de définitions vagues ⁽³⁾ et a proposé lui-même un critère nouveau en conjecturant que la notion appartient au droit des biens, l'intérêt du contrôle résidant moins dans

l'ascendant moral qu'il procure que dans l'étendue des pouvoirs qu'il permet d'exercer sur les biens sociaux ⁽⁴⁾; ceci l'a conduit plus précisément à cette définition : «contrôler une société c'est détenir le contrôle des biens sociaux (droit d'en disposer comme un propriétaire) de telle sorte que l'on soit maître de diriger son activité économique» ⁽⁵⁾.

Définition parfaitement vague, qui n'est précise que sur un point où elle est radicalement fautive, car le dirigeant ne peut pas disposer des biens sociaux comme s'il en était propriétaire, faute de quoi il commettrait le délit d'abus de biens sociaux.

Il est inutile d'insister davantage. Le problème ne présente aucun intérêt pour cette étude. Toutes les formes de concentration du contrôle que tolèrent ou favorisent ou au contraire découragent les droits nationaux sur les sociétés doivent intéresser notre propos.

5. Plan de cette partie

La concentration de la puissance économique, que manifeste un resserrement du contrôle de certains hommes sur une société, peut s'apprécier d'abord dans la distribution intérieure des pouvoirs dans la société, ensuite dans l'appréciation des pouvoirs de l'organe dominateur ou prépondérant et dans les possibilités de confiscation plus ou moins poussée du pouvoir de cet organe.

On examinera ainsi en deux chapitres :

- I. La distribution des pouvoirs au sein de la société;
- II. La concentration des pouvoirs au sein de l'organe dominant.

Cette étude sera conduite en ayant en vue la seule société par actions et plus précisément même la seule société anonyme. À l'occasion, sur les points intéressants pour le sujet, les règles particulières à la société à responsabilité limitée seront indiquées.

⁽¹⁾ Champaud, nos 175 et suiv. et les citations.

⁽²⁾ Vanhaecke, p. 185.

⁽³⁾ Champaud, n° 171.

⁽⁴⁾ Champaud, n° 175.

⁽⁵⁾ Champaud, n° 184 bis.

La distribution des pouvoirs au sein de la société anonyme

6. La hiérarchie classique à la française et son évolution

Tous les pouvoirs y viennent de l'assemblée générale des actionnaires. C'est elle qui nomme les administrateurs et les commissaires aux comptes. C'est à elle que reviennent les décisions par lesquelles la société change quoi que ce soit à ses statuts. C'est à elle que les comptes annuels sont rendus; elle les arrête, délivre leur quitus aux administrateurs et affecte les bénéfices de l'exercice, dans la mesure où la loi et les statuts ne l'ont pas déjà décidé.

Dans une pareille construction, que toutes les lois sur les sociétés ont d'abord imitée et que certaines connaissent encore, le pouvoir dominateur est l'assemblée générale et c'est à sa conquête que devront partir ceux qui veulent obtenir le contrôle de la société. L'effort tendra dès lors à permettre à une minorité agissante de faire voter l'assemblée générale dans le sens qu'elle souhaite. Les moyens les plus sûrs à cette fin seront, d'une part la possession d'actions à vote plural, d'autre part la validité des conventions de vote ou tout au moins des procurations de vote.

En fait, si la jurisprudence a fait ce qui dépendait d'elle pour assurer la réalité de ce schéma, en particulier en posant en règle le principe de hiérarchie qui subordonne le conseil d'administration à l'assemblée générale⁽¹⁾, l'expérience a démontré l'insuffisance de l'organe suprême. Cette insuffisance est due d'abord à l'absentéisme des actionnaires, ensuite, et à la fois par suite de cet absentéisme et par réaction contre lui, à un phénomène de concentration. Le processus a été décrit⁽²⁾. Il est trop connu pour qu'il soit nécessaire d'insister. Les actionnaires, pour un certain nombre de raisons, les unes fondamentales, les autres de détail mais efficaces, se sont progressivement détournés d'assister à des réunions mal placées (toujours aux approches de l'été), mal situées (à Paris en général, ce qui oblige les provinciaux porteurs de titres à se déplacer à leurs frais) et auxquelles ils avaient l'impression de perdre leur temps. Pour atteindre le quorum nécessaire, les administrateurs ont alors recherché les procurations; le pli a été pris et les assemblées se sont bientôt tenues en présence de vingt personnes, dont quelques-unes détenaient ou représentaient ensemble 30% d'actions ou plus de la société. Ce sont les administrateurs qui sont alors les maîtres de l'assemblée; celle-ci n'est plus qu'un organe fantôme.

7. Le système tripartite allemand de la loi de 1937

Il est caractéristique du droit allemand. Une société anonyme est dotée de trois organes : l'assemblée générale, l'Aufsichtsrat et le Vorstand. Le Vorstand est l'organe chargé de la gestion de l'entreprise (art. 70, al. 1 AktG de 1937), tandis que l'Aufsichtsrat est un organe de surveillance qui doit nommer les membres de la direction et contrôler la gestion de la société (art. 95, al. 1). L'assemblée générale, enfin, est la réunion de tous les actionnaires de la société anonyme.

La loi de 1937 s'est efforcée de délimiter nettement les attributions respectives de chacun de ces organes. Elle a retiré à l'assemblée générale son rôle d'organe suprême de la société⁽³⁾. Toutefois, la loi de 1937 n'était nullement révolutionnaire⁽⁴⁾. Elle ne visait à rien d'autre qu'à reconnaître un état de fait, car les assemblées générales s'étaient elles-mêmes, depuis longtemps, dessaisies de leur pouvoir suprême⁽⁵⁾.

Bien que la réduction de compétence de l'assemblée générale par la loi de 1937 ait été dénoncée comme le produit d'une législation nationale-socialiste, l'opinion prépondérante écarte un retour au règlement antérieur⁽⁶⁾. Bien au contraire, certains auteurs veulent réduire encore la compétence des assemblées générales plutôt que l'élargir⁽⁷⁾. Le projet d'une nouvelle loi sur les sociétés anonymes

(1) Civ. cass. 4-6-1946, S. 1947. 1. 153, note Barbry; J. C. P. 1947 II. 3518, note Bastian : «La société anonyme est une société dont les organes sont hiérarchisés».

(2) Voir entre autres Vigreux, «Les droits des actionnaires dans les sociétés anonymes». Paris, 1953; Heurteux, «L'information des actionnaires et des épargnants», Paris, 1961.

(3) Voir la revue des opinions sur la position que détenait l'assemblée générale avant 1937 et après, dans : Wiethölter, «Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht», 1961, pp. 82 et suiv.

(4) Wiethölter, pp. 88 et suiv.

(5) Voir l'âpre critique de Fischer, «Rechtsschein und Wirklichkeit im Aktienrecht — Rechtspolitische Betrachtungen zu einer Reform des Aktienrechts», AcP, 154 (1955), p. 85 et «Die Reform des Aktiengesetzes : Grundsätzliche Gesichtspunkte und einige Vorschläge für die Neufassung», AcP, 154 (1955), 181.

(6) Mestmäcker, 1958, p. 81; Schmidt, par. 70, n° 10; voir également la doctrine citée par Mestmäcker; *contra*, toutefois, Fischer, AcP, 154, 222 et suiv., qui voudrait réinstaller l'assemblée générale comme organe suprême de la société.

(7) Mestmäcker, p. 82; Wiethölter, p. 337; Kronstein-Claussen. «Publizität und Gewinnverteilung im neuen Aktienrecht», 1960, pp. 129 et suiv.

n'envisage sur la question aucune modification de principe (1).

8. *Evolution dans les autres pays depuis la loi allemande de 1937*

Précisément parce qu'elle était moins marquée par une doctrine politique passagère (le national-socialisme), la loi allemande devait exercer une influence dans la mesure où la démission de fait de l'assemblée générale se rencontrait également dans les autres pays de la CEE.

En *Belgique*, la société continue de s'incarner dans l'assemblée générale des actionnaires qui a «les pouvoirs les plus étendus pour faire ou ratifier les actes qui intéressent la société» (art. 70, al. 1, LCS). Mais, *de lege ferenda*, on préconise, au sein de la Commission de réforme (nommée en 1951), l'introduction d'un système comparable à celui de la loi allemande de 1937 et restreignant la compétence de l'assemblée générale.

Au *Luxembourg*, le système français est demeuré et ne paraît pas être critiqué.

En *Italie*, le code de 1942 a maintenu à l'assemblée générale son rôle prépondérant. Mais, comme on le verra, des dispositions ont été prises pour éviter autant que possible la domination de l'assemblée par une minorité agissante et captative.

Aux *Pays-Bas*, la société anonyme est gouvernée par sa direction. Direction et assemblée générale ne sont pas dans une position de dépendance. La direction est indépendante de l'assemblée et opère dans les limites tracées par la loi et les statuts. Aussi l'assemblée n'a-t-elle pas la faculté de donner à la direction des ordres pour ce qui dépend de la seule compétence de la direction (2). Ceci reconnu, l'organe primordial reste l'assemblée générale puisqu'elle nomme les administrateurs et les deux tiers au moins des commissaires, qu'elle arrête le bilan annuel et le compte de pertes et profits. Elle seule a la compétence générale de droit commun (art. 43 c. com.).

En *France*, l'évolution est très nette. L'assemblée générale y a montré son incompétence et sa trop fréquente docilité. L'absentéisme des actionnaires a aggravé les défauts d'origine du système et la pratique des pouvoirs en blanc a mis l'assemblée entre les mains des administrateurs. D'autre part, les commissaires aux comptes dépendent en fait des administrateurs qui les font nommer et renouveler par une assemblée amorphe ou à leur dévotion; d'ailleurs ils sont souvent choisis par amitié plus que pour leurs qualifications professionnelles. Ainsi, la société anonyme est devenue la chose des administrateurs et non plus celle des actionnaires.

Des lois de 1940 et 1943 ont réagi et leur réforme aurait pu être profonde. Elles tendent essentiellement à faire sortir les dirigeants réels de l'ombre. Elles ont mis en relief la figure du président-directeur général et distingué l'administration de la direction. Elles donnent à ce personnage une responsabilité personnelle qui est la rançon de ses pouvoirs. Il peut être mis en faillite et sa responsabilité peut être indéfiniment engagée à l'égard des tiers.

La réforme a été insuffisante. Le président reste théoriquement le mandataire de l'assemblée qui n'est guère mieux éclairée qu'autrefois. La jurisprudence tente cependant de réagir. Quand elle en a l'occasion, elle facilite l'information des actionnaires et rend plus sérieux le contrôle des commissaires aux comptes. Le projet de réforme ne s'est pas engagé dans cette voie, par crainte d'énervier la gestion.

Le projet de réforme actuellement soumis au Parlement ne change rien dans l'ensemble à la structure de la société par actions française, telle que les réformes de 1940 et 1943 l'ont refaçonnée.

9. *Résumé et conséquences pour cette étude*

L'opposition des principes demeure entre le système classique à la française de 1867 et le système allemand de 1937. La loi française s'est rapprochée de celui-ci, mais la Belgique et le Luxembourg y sont encore attachés et l'Italie leur ressemble.

Après avoir en conséquence, dans ce chapitre, exposé les règles relatives aux pouvoirs des deux organes qui luttent pour la prédominance, savoir l'assemblée générale d'une part, la direction d'autre part, le chapitre suivant indiquera comment, suivant les cas, la concentration de l'autorité se fait jour soit au sein de l'assemblée générale, soit au sein de la direction. Il arrive d'ailleurs que les efforts s'exercent simultanément dans les deux organes.

(1) Voir l'exposé des motifs, remarques préliminaires aux art. 73 et suiv. Pourtant le projet s'efforce de trouver les moyens de faciliter à l'assemblée générale le contrôle qu'elle exerce encore sur l'administration de la société; dans ce but il renforce, notamment, le droit des actionnaires d'être informés, en énumérant les raisons pour lesquelles la direction peut refuser de donner une information et par l'institution d'un contrôle judiciaire (art. 125, 126 du projet). Le projet s'efforce en outre de compenser l'inégalité entre les actionnaires qui provient du fait qu'un actionnaire important sait souvent se procurer des informations hors de l'assemblée générale (insider-information); voir Lipfert, «Gefahren der Konzentration für den Streubesitz», dans «Die Konzentration in der Wirtschaft», 1960, p. 1662. Le projet oblige la direction à fournir à chacun des actionnaires les informations obtenues par un autre actionnaire quelconque en tant que tel (art. 125 al. 4). Il est cependant bien douteux que cette disposition puisse être mise en pratique, Ballerstedt, p. 47.

(2) Arrêt de la Cour suprême du 21-1-1955, NJ, 1959, p. 43.

§ 1. Les pouvoirs légaux de l'assemblée générale

10. Systèmes de compétence générale

J'appelle ainsi les systèmes de droit qui réservent à l'assemblée générale le pouvoir de faire ou de décider tout ce qui n'est pas réservé expressément par la loi comme étant de la compétence d'un autre organe. Dans cette construction, l'assemblée générale peut, si les statuts prévoient la compétence d'un autre organe, la lui ôter, sous la seule condition d'avoir préalablement modifié en ce sens les statuts de la société.

C'était autrefois la construction française. C'est encore aujourd'hui celle des droits belge et luxembourgeois.

En Belgique, l'assemblée générale des actionnaires est souveraine. Elle peut en tout temps révoquer ses mandataires, administrateurs, commissaires ordinaires, réviseurs. D'autre part, le conseil d'administration n'a pas de pouvoirs réservés pour accomplir les actes de disposition. C'est à l'assemblée générale que les commissaires rendent compte de l'accomplissement de leur mission (art. 65, al. 3, LCS). Tout converge vers elle.

Il en est de même au Luxembourg (voir art. 67, al. 1; 60, al. 3; 61, al. 2 et 62, al. 2, loi du 10-8-1915).

Il n'y a pas dans un pareil système à énumérer les pouvoirs de l'assemblée générale. Ils sont la situation commune.

11. Systèmes de compétence spéciale

Dans ces systèmes, la loi définit directement ce que sont les compétences des divers organes de la société.

On peut les diviser en deux branches : ceux qui définissent les pouvoirs de certains de ces organes et laissent à l'assemblée générale une compétence résiduelle, qui est encore de droit commun, comme dans le système précédent, mais avec cette différence que l'assemblée générale ne peut pas usurper les compétences des organes dont les pouvoirs sont définis par la loi (tel est le cas de la loi française et de la loi néerlandaise) et ceux qui définissent aussi bien les pouvoirs de l'assemblée générale que ceux des autres organes (tel est le cas de la loi allemande et du code italien).

Les systèmes français et néerlandais seront exposés en étudiant la direction, puisque seule la compétence de la direction est directement définie.

Seront exposés dans ce paragraphe les systèmes allemand et italien.

12. Droit allemand

Si la constitution et l'organisation d'une société anonyme relèvent de la seule compétence de l'assem-

blée générale, en revanche son pouvoir sur la marche d'une société constituée est beaucoup plus faible. C'est seulement par la nomination des membres du conseil de surveillance (art. 87, al. 1, 1^{re} phrase) que l'assemblée générale participe, assez indirectement, à la gestion d'une entreprise constituée en société anonyme. L'assemblée générale ne peut pas, de plein droit, statuer sur des questions portant sur la gestion de la société et donner des instructions à la direction. Elle ne pourrait le faire que si la direction l'y invitait (art. 103, al. 2). Il en est de même pour les comptes ; ils sont arrêtés par la direction avec le concours du conseil de surveillance (art. 125, al. 1, 2, 3). L'assemblée générale n'est appelée à arrêter les comptes qu'en cas de conflit entre ces deux organes ou si ceux-ci recourent volontairement à elle (art. 125, al. 4). En général, il appartient à l'assemblée générale d'influer considérablement sur la fixation du taux des dividendes à distribuer car, contrairement au droit français, les montants affectés aux réserves tant légales que libres seront déduits à l'avance des bénéfices réalisés au cours de l'exercice social (art. 131) ⁽¹⁾. L'assemblée générale ne peut pas diminuer ces montants ; elle ne peut que les augmenter en ne distribuant pas une partie des profits nets aux actionnaires (art. 126, al. 3). Le projet en cours entend restituer à l'assemblée générale le droit de décider quelle sera la partie des profits qui sera affectée aux réserves libres. La direction n'effectuerait, selon ce projet, que les affectations aux réserves légales et statutaires ⁽²⁾.

Au-delà de ces limites, l'assemblée générale ne peut statuer sur aucune question qui touche à la gestion de la société. Elle n'a même pas à intervenir si les directeurs se proposent de conclure avec eux-mêmes des contrats au nom de la société. Ils sont en général libres de le faire. La nullité d'un contrat que conclut un mandataire avec lui-même personnellement sans autorisation préalable (art. 181, BGB) ⁽³⁾ n'est qu'un obstacle technique qu'il est facile de surmonter. S'il existe cependant une situation dans laquelle tous les directeurs sont empêchés d'agir, il incombe au

⁽¹⁾ Reichsgericht, 15-10-1937, RGZ, 156, 52.

⁽²⁾ Mellerowicz dans «Großkommentar zum Aktienrechtsgesetz», par. 126, n° 5.

⁽³⁾ D'après une partie de la doctrine, l'article 181, BGB sert moins à prévenir un conflit des devoirs de l'intéressé, comme mandataire, avec ses propres intérêts, comme co-contractant, qu'à éviter les incertitudes résultant du fait que la transaction ne se traduit pas par l'acte de deux personnes distinctes ; voir Palandt-Danckelmann, «Bürgerliches Gesetzbuch», 20^e éd. 1961, par. 181, n° 2. La jurisprudence est dans le même sens : RG, 27-1-1938 RGZ 157, 24 (31/2). On déduit de cette interprétation de l'article 181, BGB que le mandataire peut valablement autoriser une autre personne à représenter le mandant dans une transaction avec lui, le mandataire. Il en résulte, pour le droit des sociétés, qu'un directeur de société peut autoriser un co-directeur à représenter seul la société s'il ne préfère pas autoriser un tiers, par exemple un employé de la société (Oberlandesgericht Celle, SJZ, 1948, 313 ; Schmidt, par. 71, n° 23 ; Baumbach-Hueck, par. 71, n° 2 B ; *contra* : Mestmäcker, p. 249).

conseil de surveillance de représenter la société dans les opérations avec la direction (art. 97, al. 1). Le concours du conseil de surveillance est toutefois obligatoire pour l'octroi d'un prêt à un membre du conseil de direction (art. 80).

13. *Droit italien*

L'assemblée générale des actionnaires exprime la volonté sociale relativement à de nombreux points de la plus haute importance, qui intéressent l'objet de la société. Mais la loi définit directement ce qui ressortit à sa compétence.

Si l'on met à part la compétence de l'assemblée générale, réunie sous la forme d'assemblée générale extraordinaire (voir ci-dessous), elle doit en vertu de la loi :

- 1) approuver le bilan,
- 2) nommer les administrateurs, les commissaires et le président du collège des commissaires,
- 3) fixer la rémunération des uns et des autres,
- 4) délibérer sur les autres objets concernant la gestion soit lorsqu'ils sont réservés à sa compétence par l'acte constitutif, soit qu'ils sont soumis à son examen par les administrateurs,
- 5) délibérer sur la responsabilité des administrateurs et des organes (art. 2367 c. civ.).

C'est dans la formule du 4) ci-dessus que l'on constate avec netteté combien la compétence de l'assemblée générale est directement définie, de sorte qu'il ne faut pas la présenter comme une compétence de droit commun ⁽¹⁾.

L'assemblée générale extraordinaire, de son côté, est compétente pour délibérer :

- 1) sur les modifications de l'acte constitutif,
- 2) sur les émissions d'obligations,
- 3) sur la nomination et les pouvoirs des liquidateurs (art. 2365),
- 4) sur l'approbation de la proposition de concordat de faillite et celle de la demande d'admission au bénéfice de l'administration contrôlée ⁽²⁾.

§ 2. Les pouvoirs légaux de l'administration

14. *Observation commune aux divers systèmes*

Quelle que soit la construction d'ensemble relativement au fonctionnement de la société et quelle que soit la structure, dualiste ou unitaire, donnée à l'administration, tous les systèmes en vigueur sur le territoire de la CEE définissent directement la compétence de l'administration. Cette compétence est toujours limitée. Certes la limitation peut aller très loin et même ne tracer que des frontières in-

décises. Il n'en reste pas moins qu'il est toujours possible d'énumérer exhaustivement les pouvoirs de l'administration d'après la loi.

Il en est évidemment ainsi dans les systèmes belge et luxembourgeois qui donnent compétence générale à l'assemblée des actionnaires; il en est de même en France et aux Pays-Bas, où l'assemblée des actionnaires a également une compétence résiduelle; il en est enfin de même en Allemagne et en Italie, puisque l'administration n'y a pas une compétence générale, ni résiduelle.

15. *Système belge et luxembourgeois*

Il est encore très libéral en ce sens que les statuts peuvent fixer librement les pouvoirs du Conseil. Ils doivent seulement prendre garde de ne pas empiéter sur ce que la loi considère comme devant nécessairement être de la compétence de l'assemblée générale. Cela n'aboutit pas à placer ces systèmes dans le camp des pays qui, légalement, donnent à l'administration une place prépondérante; la règle générale demeure que toute la compétence appartient à l'assemblée et la preuve en est qu'elle peut modifier les statuts pour reprendre ce qu'ils ont donné à l'administration. Il y a seulement un champ clos sur lequel les statuts ne peuvent pas s'aventurer et ce champ clos délimite une compétence impérativement laissée à l'assemblée générale.

Ce champ clos comprend les pouvoirs suivants :

- 1) nomination des administrateurs et des commissaires, quitus aux uns et aux autres (art. 55, 64 et 79 LCS);
- 2) arrêt du bilan et des comptes de l'exercice, affectation des bénéfiques (art. 79);
- 3) modification des statuts (art. 70 et 72) ⁽³⁾.

D'un autre côté, la loi paraît bien réserver au conseil d'administration deux fonctions : celle de convoquer l'assemblée générale (art. 73) et celle de dresser l'inventaire et de préparer le bilan (art. 77) ⁽⁴⁾. Mais il est douteux que la clause par laquelle les statuts donneraient également le pouvoir de convoquer l'assemblée à 10 ou 20% des actionnaires ou aux commissaires de surveillance soit nulle; d'autre part, on ne voit pas comment d'autres que les administrateurs dresseraient le bilan. Il ne paraît pas qu'il y ait là deux points de compétence vraiment réservés par la loi au conseil.

Mais le libéralisme porte souvent en lui le germe de sa destruction. Il est ainsi fréquent qu'en Belgique les statuts donnent au conseil «tous les pouvoirs qui ne sont pas expressément attribués à l'assemblée

⁽¹⁾ Comme le fait à tort Colombo, n° 68, *in principio*; voir par contre Brunetti, II, n° 556.

⁽²⁾ Colombo, n° 71.

⁽³⁾ Charley del Marmol et Dabin, n° 44.

⁽⁴⁾ Van Rijn, n° 601.

générale par la loi ou les statuts» (1). C'est le renversement du système légal et la possibilité d'une concentration sans doute contraire aux principes mêmes du libéralisme classique.

Le Luxembourg connaît en matière d'administration une réglementation semblable à celle de la Belgique (2).

Sans connaître proprement la dualité allemande ou française, les droits belge (art. 63, LCS) et luxembourgeois (art. 60, loi de 1915) admettent la nomination d'un administrateur délégué chargé de la gestion journalière de la société (3). Il y a encore là un facteur possible de concentration qu'il ne faut pas négliger.

16. *Système français*

Depuis les réformes de 1940 et 1943, il est dualiste.

A. Le *conseil d'administration*, qui apparaît comme corps avec la loi du 16 novembre 1940, est un organisme plural dans sa composition comme dans son fonctionnement. Ses pouvoirs sont généralement définis par les statuts. En l'absence, bien théorique, de précision, il a le pouvoir d'accomplir tous les actes d'administration et tous les actes de disposition entrant dans l'objet social.

Il a des devoirs positifs précis : dresser certains documents financiers (4) et convoquer chaque année l'assemblée générale ordinaire, et convoquer l'assemblée générale des actionnaires en cas de perte de plus des trois quarts du capital social.

Les administrateurs ont des devoirs d'ordre négatif. Le premier est l'interdiction de cumuler leurs fonctions avec des fonctions de direction. Il faut entendre ce mot dans son sens étroit de direction générale de la société. Un administrateur peut être investi de fonctions dites de direction, mais qui sont en réalité d'ordre subalterne : direction des achats ou des ventes, direction technique d'ateliers, direction commerciale etc.

Les autres se ramènent à cette grande loi morale qui doit guider l'activité des administrateurs : ils ne doivent pas confondre leurs affaires personnelles avec celles de la société. De cette idée les applications sont nombreuses en pratique. Bien des procès roulent sur ce thème. Certaines infractions à cette loi sont censurées par des peines correctionnelles. On peut y rattacher les précautions que la loi a prises concernant la rémunération des administrateurs, l'interdiction de faire, dans une affaire personnelle, concurrence à la société et enfin la règle de l'article 40 de la loi de 1867 (voir ci-dessous point 62).

B. La *direction* date en fait de 1867, en droit de 1940. Comme le conseil ne peut pas siéger en permanence, la loi de 1867, par l'article 22, alinéa 2, autorisait les administrateurs à choisir dans leur sein ou à l'extérieur un directeur chargé des affaires courantes de la société. C'était l'administrateur délégué ou le

directeur général de la société. C'était un mandataire du conseil, révocable par lui *ad nutum*.

En fait, l'absentéisme des actionnaires à l'assemblée générale jointe à l'indolence des administrateurs qui s'en remettaient à l'administrateur délégué faisaient de celui-ci un personnage tout puissant, mais qui ne supportait pas les responsabilités correspondantes : il pouvait facilement les esquiver en s'abritant derrière les délibérations du conseil, lequel se faisait couvrir à son tour par des votes trop facilement obtenus des assemblées. La loi du 16 novembre 1940 a voulu briser avec ce système en instituant un chef de la société, le président-directeur général, dont les pouvoirs prépondérants justifieront des responsabilités particulières. La réforme, accomplie en 1940, a été précisée par la loi du 4 mars 1943.

Le personnage choisi pour diriger la société est le président du conseil d'administration. L'article 12 de la loi du 4 mars 1943 dispose que «le conseil d'administration nomme parmi ses membres un président qui peut être élu pour la durée de son mandat d'administrateur». Le président doit être une personne physique, alors que le poste d'administrateur peut être détenu par une personne morale (publique ou privée). Le conseil peut, à tout moment, retirer ses fonctions au président.

Jusqu'à 1940 les fonctions du président étaient d'ordre majestueux (il présidait les débats du conseil) ou honorifique. Désormais l'article 2 de la loi du 16 novembre 1940, modifié par la loi du 4 mars 1943, décide que «le président du conseil d'administration assure, sous sa responsabilité, la direction générale de la société». L'article 22, deuxième alinéa, de la loi de 1867 est abrogé ; l'administrateur délégué est supprimé. La nomination au poste de président du conseil d'administration entraîne automatiquement pour l'administrateur choisi la qualité et les fonctions de directeur général, c'est-à-dire les fonctions qu'exerçait autrefois l'administrateur délégué. Elles consistent essentiellement dans la préparation et la discussion des marchés qui seront proposés à l'agrément du conseil et dans l'exécution de toutes les décisions de celui-ci. Le président-directeur général est généralement investi du pouvoir spécial de conclure et résilier les contrats de travail du personnel de l'entreprise. Les statuts précisent généralement les limites de ses pouvoirs.

17. *Système allemand — le Vorstand*

La direction d'une société anonyme y est confiée à l'organe directeur, le *Vorstand*, formé d'un seul

(1) Van Rijn, n° 602; Charley del Marmol, n° 44.

(2) Delvaux, n° 24.

(3) Van Rijn, nos 643 et suiv.; Delvaux, n° 23.

(4) Dans certaines sociétés, ses pouvoirs sont définis avec plus de vigueur; voir ainsi dans les sociétés de construction l'art. 16 du décret n° 54—1123 du 10-11-1954.

directeur ou de plusieurs membres. La loi ne fixe ni minimum, ni maximum.

Le conseil de surveillance, l'Aufsichtsrat, élit les membres du Vorstand pour une période maximale de cinq ans (art. 75, al. 1, 1^{re} phrase). Ne sont éligibles que les personnes physiques. Elles ne sont pas, d'ailleurs, tenues d'être actionnaires.

Le conseil peut révoquer les directeurs avant l'expiration de la période pour laquelle ils avaient été élus. Toutefois, à la différence du droit français, la révocation doit être justifiée par un motif grave (art. 75, al. 3, 1^{re} phrase).

L'assemblée générale ne peut pas révoquer un membre de l'organe directeur, encore que le fait d'exprimer sa méfiance envers un membre puisse constituer un motif grave pour le révoquer⁽¹⁾. Mais le conseil de surveillance n'est pas lié par un vote de l'assemblée; il doit apprécier librement s'il y a lieu d'en suivre l'indication⁽²⁾.

De leur côté, les directeurs ne peuvent démissionner que pour un motif grave⁽³⁾.

Si l'organe directeur est composé de plusieurs membres, le conseil de surveillance peut désigner un des directeurs comme président du conseil de direction (art. 75, al. 2).

18. *Le Vorstand fonctionne suivant la loi de la collégialité*

C'est l'ensemble des directeurs qui dirige la société. La loi le dit expressément en ce qui concerne la représentation de la société. Les membres de l'organe directeur ne peuvent représenter la société qu'en commun, sauf si un membre seul est autorisé par l'organe directeur à effectuer certaines opérations déterminées ou des catégories déterminées d'opérations (art. 71, al. 2, 2^e phrase).

Le principe de la collégialité s'applique aussi à l'intérieur de l'organe directeur. Toutefois, les diverses fonctions de la direction peuvent être réparties entre ses membres. Une telle répartition, d'ailleurs usuelle, ne libère pas entièrement les directeurs de la responsabilité relative à l'exercice des fonctions qui ont été attribuées à d'autres. Ils doivent se surveiller les uns les autres et seront responsables de tout manquement à leurs devoirs⁽⁴⁾.

La question de savoir si les décisions de l'organe directeur doivent, en l'absence d'un règlement statutaire, être prises à l'unanimité ou à la majorité, est controversée⁽⁵⁾.

Si le conseil de direction est présidé par un président nommé par le conseil de surveillance, son vote prime les autres en cas de désaccord (art. 70, al. 2, 2^e phrase). Cette prérogative lui confère un pouvoir autocratique car il peut créer un désaccord par sa seule opposition

aux autres directeurs. Le projet n'accorde plus au président de voix décisive qu'au cas de partage des voix⁽⁶⁾.

18 (suite). *Le Vorstand et la concentration de l'autorité*

L'organe directeur est chargé de diriger la société sous sa propre responsabilité de manière à satisfaire les intérêts de l'entreprise, ceux du personnel, et le bien commun du peuple et de l'Etat (art. 70, al. 1). Si la rédaction de cette formule est inspirée par l'idéologie nationale-socialiste, son contenu ne l'est pas. L'analyse de cette disposition indique la position de la législation et de la doctrine allemandes à l'égard de la concentration de l'autorité au sein de l'organe directeur.

L'article 70 pose un principe que la loi traduit ensuite par des dispositions spéciales délimitant le domaine réservé à l'organe directeur. En même temps, l'article justifie en quelque sorte cette concentration de l'autorité au sein de l'organe directeur qu'expriment certaines dispositions spéciales, car il lui confie des intérêts dont le respect ne saurait être attendu des actionnaires⁽⁷⁾.

Ainsi, cette concentration a été voulue par la loi de 1937; elle n'est pas le résultat accidentel de diverses solutions particulières.

L'idée n'était d'ailleurs pas nouvelle qu'une société ne saurait être gérée dans le seul intérêt de ses actionnaires. Walther Rathenau fut le premier à constater un changement dans le fonctionnement des grandes entreprises et des intérêts qu'elles devaient servir. Il démontra que ces entreprises avaient dépassé le plan de l'économie purement privée et qu'elles étaient affectées, dans une mesure toujours plus large, aux intérêts publics⁽⁸⁾.

Dès 1926, les meilleurs spécialistes du droit des sociétés anonymes approuvaient la thèse de l'auto-nationalisation des grandes entreprises, avancée lors d'une conférence qui fut donnée à Berlin par

(1) BGH, 28-4-1954, BGHZ, 13, 188 (192); 20-10-1954, BGHZ, 15, 71 (75); Würdinger, par. 20 II 2; Schmidt, par. 75, n° 14; Baumbach-Hueck, par. 75, n° 5 C.

(2) Würdinger, par. 21 I 5; Baumbach-Hueck, par. 75, n° 5; voir Mestmäcker, pp. 82, 83.

(3) Würdinger, par. 20 II 3; Schmidt, par. 75, n° 19.

(4) Würdinger, par. 20 IV 3 e; Baumbach-Hueck, par. 70, n° 4; Schmidt, par. 70, n° 15.

(5) En faveur de la première solution: Würdinger, par. 20 IV 3 e; Baumbach-Hueck, par. 70, n° 4; Schmidt, par. 70, n° 15.

(6) Projet, art. 72; dans le même sens: StKDJT, 32, 75.

(7) Voir Schlegelberger-Quassowski «Aktengesetz», 2^e éd. 1937, par. 70, n° 1, qui reprochaient à l'ancien droit de confier les décisions importantes pour le sort de la société à l'assemblée générale, alors que les actionnaires, pour la plupart irresponsables et peu experts, étaient préoccupés de leurs propres intérêts seulement.

(8) Walther Rathenau, «Vom Aktienwesen», 1917, p. 38.

J. M. Keynes : ce représentant éminent de la théorie économique socialiste constatait que, dans la gestion des entreprises, la réalisation des profits à distribuer aux actionnaires était subordonnée aux exigences du bien commun, et que les chefs des grandes entreprises se tenaient pour liés davantage par leurs devoirs envers l'économie du pays que par leur responsabilité envers les détenteurs du capital social ⁽¹⁾.

La nouvelle conception de l'entreprise et de ses fonctions prenait un aspect quelque peu différent et plus juridique dans la théorie de «l'entreprise en soi» ⁽²⁾.

Elle attribuait à l'entreprise une valeur autonome ⁽³⁾.

Les actionnaires devaient, dans l'exercice de leurs droits, se soumettre au bien de l'entreprise. Il appartenait à la direction de définir ce bien. L'organe directeur devait donc jouir de l'indépendance vis-à-vis de l'assemblée générale et il fallait garantir sa continuité en dépit de fluctuations dans la majorité. Une telle conception est d'ailleurs aujourd'hui loin d'être dépassée quoiqu'elle soit avancée avec plus de nuances ⁽⁴⁾.

Le législateur national-socialiste accueillit avec bienveillance les idées nées sous la république et les incorpora dans sa loi après les retouches inévitables et nécessaires pour les traduire dans la langue de la nouvelle idéologie. Le respect du bien commun fut imposé à la société comme un devoir dont la violation persistante entraînerait sa dissolution par l'Etat (art. 288). Cette sanction, pour peu pratique qu'elle soit, montre la rigidité du nouveau concept.

La doctrine d'après-guerre éprouva un certain embarras pour définir ce bien commun qui doit servir de guide à l'activité d'une société commerciale. La Constitution de 1949, toutefois, permettait de donner une nouvelle base à cette exigence. Du moment qu'un propriétaire doit user de sa propriété non seulement dans son intérêt privé mais aussi dans l'intérêt du bien commun (art. 14, al. 2 de la Constitution), l'obligation de la société et de sa direction apparaissait comme une conséquence de la nouvelle directive constitutionnelle ⁽⁵⁾.

L'établissement de la co-gestion ouvrière dans l'industrie charbonnière et sidérurgique fit entrer en pratique ce qui n'était guère jusqu'alors qu'une déclaration de principe ⁽⁶⁾. On ne pouvait évidemment plus désormais concevoir la société comme la simple organisation des intérêts des actionnaires et ses organes comme les mandataires des actionnaires seuls propriétaires de la société. Le conseil de surveillance en particulier représentait, outre les intérêts du capital, ceux du salariat. L'organe directeur à son tour était appelé à équilibrer les divers

intérêts en jeu. Pour lui faciliter la tâche, il fallait lui accorder plein pouvoir et indépendance ⁽⁷⁾.

La concentration d'autorité entre les mains des directeurs apparaissait ainsi moins comme un fait inévitable ou comme l'héritage d'une période idéologique révolue que comme le moyen nécessaire pour permettre un équilibre de tous les intérêts en jeu et placer les sociétés dans le cadre de l'économie sociale dont la Constitution avait jeté les bases.

Malgré l'adaptation idéologique de la loi de 1937 aux nouvelles exigences, on avait de la peine à décrire le fonctionnement juridique et l'importance pratique de la médiation dont l'organe directeur était chargé. On se demandait quelle place il fallait accorder au bien commun. Certains auteurs s'efforçaient de démontrer qu'en effet les divers intérêts convergent ⁽⁸⁾. Pour d'autres, le devoir de l'organe directeur d'observer le bien commun dans l'administration de la société n'a qu'un seul effet pratique : l'activité que l'organe directeur déploie dans l'intérêt public ne viole jamais un devoir envers les actionnaires ⁽⁹⁾. D'autres encore rejettent l'idée qu'il incombe aux directeurs de sociétés de promouvoir le bien public ⁽¹⁰⁾. Le projet supprime toute mention des intérêts que l'organe directeur doit prendre en considération dans la direction de l'entreprise (art. 73 du projet). Les motifs tiennent pour évident que l'organe directeur doit, en dehors des intérêts des actionnaires et du salariat, respecter le bien public. Toutefois, cette position a été dénoncée comme rétrograde ⁽¹¹⁾.

19. *L'Aufsichtsrat*

C'est la clé de voûte de la société anonyme. Il doit servir d'intermédiaire entre les actionnaires et la direction. En fait, il occupe rarement la place que le législateur lui a assignée. Selon que le conseil ne

⁽¹⁾ Voir Fischer, pp. 91 et 92.

⁽²⁾ La notion «Unternehmen an sich», qui a fait éclat, semble avoir été usitée pour la première fois par Hausemann «Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht», 1928, pp. 27 et suiv., dans sa critique des thèses avancées par Rathenau et Keynes.

⁽³⁾ Pour un exposé de la théorie et sa critique voir Fischer, pp. 103 à 106 et Mestmäcker, pp. 13 à 15, qui dénoncent sa non-juridicité. L'un et l'autre reprochent à la théorie de l'«Unternehmen an sich» d'identifier le bien de l'entreprise avec l'intérêt de l'administration en exercice et du groupe d'actionnaires qui la soutient.

⁽⁴⁾ Voir StKDJT, II, 73.

⁽⁵⁾ StKDJT I 23; Würdinger, par. 19 II 2; Schmidt, par. 70, n° 11.

⁽⁶⁾ Voir X. Herlin, «Les expériences allemandes de co-gestion», préface Hamel, Paris, 1960.

⁽⁷⁾ Würdinger, par. 19, II, 2 et 20, IV, 2 b; Schmidt, par. 70, n° 11.

⁽⁸⁾ Schmidt, par. 70, n° 11.

⁽⁹⁾ Würdinger, par. 20 IV 2 b; Baumbach-Hueck, par. 70, n° 3 A; Spieker, JZ 1962, p. 721.

⁽¹⁰⁾ Voir Mestmäcker, p. 37.

⁽¹¹⁾ Ballerstedt, p. 45; Spieker, JZ, 1962, p. 721.

remplit pas les fonctions qui lui ont été confiées, ou qu'il usurpe au contraire des fonctions qui ne sont pas les siennes, il réalise une autre répartition des pouvoirs que celle qu'a prévue le législateur.

L'assemblée générale élit les membres du conseil de surveillance à la majorité des voix (art. 87, al. 1, 1^{re} phrase). La représentation d'une minorité n'est nullement assurée; ainsi il se peut qu'un groupe d'actionnaires qui détient exactement la moitié des voix plus une nomme tous les membres du conseil (1).

Les membres du conseil de surveillance ne sont pas nécessairement actionnaires (2). Il est assez fréquent en pratique de nommer des personnalités étrangères à la société et sur les bonnes grâces desquelles l'entreprise peut et doit compter, banques, importants sous-traitants, clients, voire même concurrents (3).

On ne peut nommer au conseil de surveillance ni une personne morale ni une personne physique qui siège déjà dans dix conseils (art. 86, al. 2).

Le conseil de surveillance doit surveiller la direction (art. 95, al. 1). Il ne peut pas être chargé de fonctions de gestion (art. 95, al. 2, 1^{re} phrase). Les attributions respectives de l'organe directeur et du conseil de surveillance semblent ainsi nettement délimitées. Cependant, elles ne le sont pas, car les statuts de la société, et même le conseil, de sa propre autorité, peuvent prescrire que certaines catégories de transaction devront être effectuées avec le concours du conseil (art. 95, al. 5, 2^e phrase). Ce dernier peut donc, s'il le veut, définir sa propre compétence, par-là celle de l'organe directeur, et ainsi modifier celles que le législateur avait entendu assigner à chacun des organes. La loi elle-même montre la voie par laquelle le conseil de surveillance peut exercer une influence décisive sur la gestion de la société (4).

20. Evolution dans les fonctions et le rôle de l'Aufsichtsrat

En fait, le conseil de surveillance joue rarement le rôle qu'en attendaient les législateurs : lier capital et direction et exercer en pleine indépendance le contrôle de la direction sans empiéter sur son domaine. Le conseil de surveillance en général tombe dans l'un ou l'autre défaut, soit qu'il devienne le vrai détenteur du pouvoir et réduise les directeurs à exécuter ses volontés, soit qu'il demeure un ensemble honorifique de notables choisis par la direction, et qui ne sont ni capables ni disposés à exercer un véritable contrôle.

La répartition des actions déterminera à quel type le conseil d'une société se rallie. Si un actionnaire détient la majorité des actions, il exercera le pouvoir que donne une telle concentration sans s'inquiéter de la délimitation légale des compétences entre les divers organes. S'il se réserve la direction de la

société, il réduira le conseil de surveillance à n'être qu'une assemblée de personnalités bienveillantes envers l'entreprise. Le plus souvent, cependant, l'actionnaire majoritaire se contentera de siéger au conseil ou de s'y faire représenter. C'est le cas lorsque la société appartient à un groupement d'entreprises dont l'une détient la majorité des actions de la société. L'actionnaire majoritaire qui n'assume pas lui-même la direction fera du conseil de surveillance l'instrument par lequel il dominera la société (5).

Si les actions des sociétés sont dispersées, c'est l'organe directeur qui propose les membres du conseil à l'assemblée générale et qui, en fait, les nomme avec l'aide des banques (6). Il prendra soin de choisir des personnalités qui ont les meilleures intentions envers la direction sortante. Celles-ci ne doivent rien aux actionnaires et se savent liées à la direction par une communauté d'intérêts, voire par l'esprit de corps. Si elles venaient jamais à user de leur pouvoir de contrôle, elles le feraient dans leur propre intérêt et certainement pas dans celui des actionnaires.

Dans un cas comme dans l'autre, le conseil de surveillance n'exerce pas son pouvoir de contrôle. Il n'est pas cet organe qui représente les actionnaires et veille sur leurs intérêts, que l'on a pu concevoir, mais plutôt un deuxième organe directeur qui assure, dans une collaboration étroite avec la direction, la gestion de la société (7).

Ces critiques engagent à la réforme, mais on ne s'entend guère sur les moyens. L'un dit que le législateur devrait réagir en rétablissant le conseil dans son rôle de véritable organe de contrôle (8). Un autre soutient qu'il est artificiel de partager les fonctions administratives en fonction de direction et fonction de contrôle, que leur fusion dans la pratique et la domination d'un seul organe qui dirige et se surveille lui-même n'est pas l'effet d'une dénaturation, mais l'expression même de la nature

(1) Dans la société «Hansa-Mühle», une majorité de 50% disposait de tous les sièges dans le conseil de surveillance, suivant Wiethölter, p. 312, n° 162.

(2) Certains auteurs proposent, *de lege ferenda*, que les membres de surveillance soient choisis parmi les actionnaires seuls, pour remédier aux défaillances de cet organe; voir Fischer, AcP, pp. 154, 228; Dülfer, «Die Aktienunternehmung» 1962, p. 143.

(3) Voir Mestmäcker, p. 91.

(4) Voir Mestmäcker, p. 86; Dülfer, p. 140.

(5) Würdinger, par. 21 I 1; Wiethölter, p. 302. Dans les filiales, le conseil de surveillance est, en général, l'organe par lequel la société-mère domine la filiale; Dülfer, p. 143, n° 38.

(6) Würdinger, par. 21 I 1; Mestmäcker, p. 91; Wiethölter, p. 294; Fischer, p. 111; Rasch «Sind auf dem Gebiete des Konzernrechts gesetzgeberische Maßnahmen gesellschaftsrechtlicher Art erforderlich?» rapport pour le 42^e Deutscher Juristentag, p. 7.

(7) Mestmäcker, p. 96.

(8) Fischer, AcP, 154, 109 et suiv.; 227 et 228.

d'une société anonyme moderne; cet auteur propose alors d'abolir l'actuelle répartition et de charger un seul organe de gérer la société, solution qui, fait-il remarquer, faciliterait l'unification des droits européens dont la majorité ne connaît pas le conseil de surveillance comme organe obligatoire (1).

La plupart des auteurs, tout en concédant les défaillances du conseil de surveillance, ne veulent cependant ni le supprimer, ni lui apporter de grandes réformes (2).

Le projet maintient l'organisation actuelle. Il s'efforce cependant de rendre plus efficace le contrôle de la direction par le conseil de surveillance. A cette fin, il impose à la direction de faire régulièrement rapport au conseil et à celui-ci de donner son avis sur ce rapport (art. 87 du projet).

En conclusion, la loi allemande de 1937 a voulu la concentration de l'autorité au sein du Vorstand. Mais elle entendait la tempérer par un contrôle plus strict que celui que pourrait exercer l'assemblée générale; d'où l'institution de l'Aufsichtsrat; celui-ci devait servir de contre-poids à l'autorité de la direction. Mais ici, la loi a échoué. Assemblée impuissante ou, au contraire, maître de la direction, le conseil de surveillance n'a pas joué le rôle que l'on attendait de lui. Rien ne fait contre-poids à l'autorité de la direction.

21. Droit italien

La concentration de l'autorité y est facilitée par l'existence d'un seul organe d'administration. C'est l'administrateur unique ou le conseil d'administration de la société quand il y a plusieurs administrateurs.

Comme dans d'autres pays, la discussion est vive concernant la nature juridique de l'administration. La thèse du mandat est généralement récusée aujourd'hui (3). La réforme du code de 1942 y incline, encore que sur ce point les lignes directrices de ses intentions n'aient pas brillé par l'importance et l'élévation des vues (4).

L'administration, bien distincte de l'assemblée d'une part, des commissaires de contrôle de l'autre, a des fonctions qui en font l'organe fondamental de la société (5). On peut les grouper de la manière suivante:

a) elle exprime la volonté de la société pour tout ce qui n'est pas réservé par la loi ou par les statuts à la compétence de l'assemblée générale; elle a, dans ces limites, le pouvoir d'accomplir tous actes qui visent à la réalisation de l'objet social (6);

b) elle exécute les décisions de l'assemblée générale et plus généralement réalise l'objet social à travers les décisions de principe de l'assemblée générale;

c) elle représente la société dans tous les actes de la vie judiciaire et extrajudiciaire;

d) elle surveille la marche générale de la société et, à ce titre, elle tient les livres comptables, dresse l'inventaire et établit les comptes, propose la répartition des bénéfices à l'assemblée générale etc.

22. Droit néerlandais

S'il n'y a pas de hiérarchie soumettant la direction à l'assemblée générale (voir ci-dessus point 8), on n'oubliera pas d'abord que celle-ci désigne les membres de la direction. On tiendra compte surtout, d'autre part, de l'importance considérable du rôle que jouent les commissaires.

La direction (bestuur, directie) constitue un collège composé de directeurs (bestuurders, directeuren) qui ont la tâche de diriger la société. Ils sont nommés par l'assemblée générale (art. 48) qui peut les suspendre ou les révoquer en tout temps (art. 48 b) (7).

Mais surtout les commissaires jouent aux Pays-Bas un rôle tout à fait différent de celui que jouent les commissaires aux comptes français. Ceux-ci sont bien nommés: ils n'ont d'autre mission que celle de vérifier les comptes et de servir, pour tout ce qui concerne les chiffres, d'informateurs, d'ailleurs précieux, pour les associés; en particulier, ils n'ont en aucune façon le contrôle de la gestion des administrateurs. Au contraire, les commissaires néerlandais ont une mission de surveillance et de co-direction (8), mission qui remonte au XVII^e siècle (9), et que les textes, même si on ne les trouve pas très clairs (10), expriment fort bien en habilitant les commissaires à suspendre un administrateur à tout moment (art. 51 a) (11); certes, il ne s'agit que de suspension, non de révocation et la décision finale appartient à l'assemblée générale (art. 51 a, al. 2); on mesure néanmoins l'importance du rôle que peut couronner un pareil pouvoir de suspension.

Il faut évidemment tenir compte de ce que, d'abord, l'institution des commissaires n'est pas obligatoire (12); ensuite, de ce que les statuts peuvent leur

(1) Wiethölter, p. 303 à 309.

(2) Würdinger, par. 21 I 1; Mestmäcker, p. 96; à rapprocher Schmidt par. 86, introduction 5, qui ne croit pas nécessaire une réforme parce que la réglementation actuelle n'aurait pas démerité.

(3) Voir les discussions et les citations de doctrine dans Ascarelli, «Appunti sulle società», p. 150; Brunetti, II n° 620.

(4) Voir l'exposé des motifs (Relazione), n° 977.

(5) Colombo, n° 57.

(6) Cass. 27-1-1941, dans «Foro Italiano», 1941, n° 267.

(7) Molengraaf, pp. 274 et 277.

(8) Van der Grinten, n° 51.

(9) On trouve dans la constitution de la Compagnie des Indes orientales en 1622 un collège de «participants principaux» qui en est l'origine.

(10) Van der Esch, p. 220.

(11) Molengraaf, p. 289.

(12) Molengraaf, p. 286. L'article 50 dit que «les statuts peuvent stipuler qu'il y aura un ou plusieurs commissaires».

conférer de moindres pouvoirs, mais en fait il y a des commissaires dans toutes les sociétés qui font appel à l'épargne publique et dans un grand nombre de sociétés fermées ⁽¹⁾; d'autre part, la Cour de cassation tient fermement la main au respect de leurs pouvoirs ⁽²⁾. Les commissaires néerlandais évoquent ainsi davantage l'Aufsichtsrat allemand que les commissaires aux comptes français.

Ce point important noté, important notamment en ce que la concentration du contrôle en sera rendue plus difficile et en ce que les conflits d'intérêts entre la direction et la société pourront être mieux résolus ⁽³⁾, la direction jouit de grands pouvoirs; suivant l'article 47 du code de commerce, elle a «la charge des affaires sociales et la gestion du patrimoine social...»; elle est également chargée de représenter

la société dans tous les actes judiciaires et extrajudiciaires» ⁽⁴⁾.

Si la direction n'est pas subordonnée, d'après les auteurs et la jurisprudence (voir ci-dessus point 8), il est tout de même notable que l'analyse couramment donnée de la fonction des directeurs s'absorbe dans la notion de contrat de travail ⁽⁵⁾: un directeur est l'employé de la société.

⁽¹⁾ Van der Grinten, n° 51.

⁽²⁾ Cour suprême, 5-11-1954, NJ, 1956, p. 324.

⁽³⁾ La société sera ainsi, à défaut d'autres dispositions statutaires et à défaut d'autre désignation par l'assemblée, représentée «par des commissaires dans tous les cas où elle a un intérêt opposé à celui d'un ou de plusieurs administrateurs» (art. 51); Van der Esch, p. 181.

⁽⁴⁾ Van der Heijden, n° 232.

⁽⁵⁾ Van der Grinten, n° 35; Molengraaf, p. 276.

Renforcement ou usurpation du contrôle

23. *Objet de ce chapitre et idée générale*

L'exposé des principes concernant l'aménagement intérieur de la société anonyme a conduit déjà à présenter certaines observations qui entrent dans l'objet de ce chapitre : ainsi, pour ce qui concerne certains effets inattendus de la dualité de la direction en droit allemand, dont on aurait pu penser qu'elle rendrait plus difficile la concentration d'autorité, alors que cet effet est loin d'être obtenu (voir ci-dessus point 20).

Dans ce chapitre, il conviendra de décrire de façon plus précise les procédés par lesquels certains tendent à accroître le contrôle que la nature des choses (nombre d'actions, autorité personnelle) et leur position dans la société (qualité d'administrateur, de président etc.) leur accordent déjà. Il s'agit de voir dans quelle mesure les législations couvertes par la CEE favorisent ou au contraire découragent l'emploi de ces procédés et, par-là, favorisent ou au contraire découragent la concentration de l'autorité.

Mais il convient au préalable de reconnaître ces procédés et de les classer.

24. *Distinction fondamentale : procédés pratiques de renforcement et précautions législatives directes*

En bref, toutes les tentatives des «controlaires» se réduisent à des procédés propres à s'assurer un plus grand contrôle de la société moyennant le minimum d'efforts financiers. Si leur sacrifice allait jusqu'à se procurer au préalable la majorité des actions et surtout une large majorité, le contrôle de la société par eux serait naturel; il n'y aurait pas lieu de s'appesantir sur la concentration de l'autorité entre leurs mains et ce serait la loi de la majorité qui seule serait finalement en cause.

A l'inverse, les législateurs peuvent, outre leurs réactions défavorables aux tendances ci-dessus, se préoccuper directement d'éviter que la société ne soit guidée que par un très petit nombre de personnes et agir pour éviter des abus trop criants de la concentration. Ils prendront ici les devants, au lieu d'attendre en ripostant contre les tendances de la pratique.

En vérité, d'ailleurs, les deux ordres de mesures vont souvent de pair; prévenir et réagir conduisent à des solutions législatives souvent comparables. Mais l'analyse peut, pour la clarté de l'exposition, distinguer les deux attitudes.

On étudiera donc, dans une première section, les procédés de renforcement et les réactions législa-

tives; dans une seconde section, les précautions législatives directes.

SECTION 1

TENTATIVES DE RENFORCEMENT ET RÉACTIONS LÉGISLATIVES

25. *Classement des procédés*

C'est des procédés et des tentatives que révèle la pratique qu'il faut partir puisque le législateur n'intervient, quand il le fait, qu'après coup.

On peut ainsi distinguer :

- 1) les procédés qui permettraient de faire partie de la société et de participer à sa marche sans débours; c'est à quoi répondrait la reconnaissance des actions d'industrie;
- 2) les procédés destinés à renforcer une majorité, ceci dans n'importe quel organe collégial, qu'il soit nombreux ou peu fourni, qu'il s'agisse en particulier de l'assemblée générale ou du conseil d'administration; ces procédés sont d'autant plus tentants, sinon efficaces, que le corps est composé de plus de personnes; on fera entrer dans cette catégorie : la pratique des pouvoirs en blanc; l'utilisation des actions à vote plural ou des actions de priorité; les conventions de vote; on y comprendra également les procédés, apparemment inverses, mais qui reviennent au même si on les réserve «aux autres»: la création d'actions sans droit de vote, par exemple;
- 3) les procédés destinés à éviter les renversements de majorité, à quoi tendent en particulier les restrictions à la libre cessibilité des actions.

A chacun de ces groupes sera consacré un paragraphe.

§ 1. Tentatives pour faire partie de la société sans apports réels

26. *La prohibition des actions d'industrie*

On appelle d'une façon générale «apports en industrie» cette variété d'apports que représente la promesse de travailler pour une société, de la faire profiter de l'entregent de l'apporteur, de son crédit etc. Dans sa forme la moins contestable, c'est l'apport de travail. C'est une forme d'apport que la loi fran-

çaise admet d'une façon générale (art. 1833 c. civ.), ainsi que les autres législations.

Mais en matière de sociétés par actions, il n'est pas possible de rémunérer, par la remise d'actions, les services que certains s'engagent à rendre à la société ou même ont déjà rendus lors de sa constitution. L'interdiction est, sauf ce qui sera dit des Pays-Bas, générale dans les divers systèmes de droit en application sur le territoire de la CEE.

En *France*, la règle est certaine. On en donne comme motif que les actions représentent le capital social qui constitue une garantie pour les créanciers en ce sens qu'aucune distribution de bénéfices n'est possible s'il ne subsiste pas à l'actif social suffisamment de valeurs pour équilibrer le poste «capital social» du passif⁽¹⁾. Les auteurs prennent bien soin de montrer que la loi du 26 avril 1917 n'a pas apporté d'exception à ce principe; si cette loi a permis la création d'actions de travail dans les sociétés à participation ouvrière, ces actions restent la propriété collective du personnel salarié; elles sont frappées d'inaliénabilité et ne correspondent pas à une fraction du capital social de sorte que les tiers ne sont pas trompés; ce sont de fausses actions⁽²⁾.

On a parfois regretté que la législation française ne permette pas de créer des actions ne représentant pas une partie du capital social⁽³⁾. Mais, quoiqu'il ne le dise pas clairement, le projet de loi sur les sociétés commerciales présenté par le gouvernement à l'Assemblée nationale le 20 juin 1964 ne paraît pas davantage admettre cette création que le droit actuel (voir les art. 220 et suiv.)⁽⁴⁾.

La règle est la même en *Allemagne*. Si on y admet des contrats comme apports, c'est sous la condition qu'ils ne soient pas révocables *ad nutum*; ce motif est donné par les auteurs pour expliquer qu'on n'accepte pas comme apport un droit à des services personnels, ce qui exclut les actions en industrie⁽⁵⁾.

Les solutions sont identiques en *Belgique* et au *Luxembourg*. La valeur des apports en industrie n'est pas susceptible de réalisation forcée; elle ne doit donc pas être comprise dans le capital social qui représente la garantie des créanciers, disent les auteurs; on ne peut donc rémunérer des apports de ce genre par des actions représentatives du capital, mais seulement par des titres bénéficiaires⁽⁶⁾. Sur la base des textes, on peut induire cette solution de l'article 41 des lois coordonnées belges ou de l'article 37 de la loi luxembourgeoise (voir néanmoins ci-dessous point 27).

En *Italie*, le code précise que les apports doivent être faits en numéraire, en biens ou en créances (art. 2342); on en déduit que les apports en industrie ne peuvent pas être rémunérés par des actions proprement dites, mais seulement par des titres qui peuvent bien donner droit à une part des bénéfices,

voire même à une part du boni de liquidation, mais non à voter et par-là à participer à la marche de la société⁽⁷⁾.

Cependant, le droit italien prévoit «des actions de travailleurs» (art. 2349), mais outre que la doctrine italienne est réservée sur l'avenir de cette création⁽⁸⁾, elle n'y voit pas de véritables actions, mais plutôt la capitalisation d'une industrie, ce qui en vérité ne résout pas le problème et ne le tire pas de son obscurité.

Une autre disposition a excité la sagacité des auteurs de la péninsule. Il s'agit des «prestations accessoires» que régit l'article 2345 du code, qui paraît avoir été emprunté par lui au code de commerce allemand (art. 212 à 216 HGB). Ces prestations, qui peuvent consister en des obligations de faire ou de s'abstenir, peuvent constituer l'élément fondamental dans les sociétés constituées entre producteurs de matières premières en vue de leur transformation. Quoique l'apport en industrie soit interdit dans les sociétés par actions, il serait admis sous cette forme des prestations accessoires⁽⁹⁾. Mais il est douteux qu'un tel apport puisse être rémunéré par un titre détachable de l'action de capital qui lui sert de support. On ne peut donc pas dire que l'innovation de l'article 2345 permette d'introduire dans les sociétés par actions italiennes des actions en industrie proprement dites.

27. *L'exception du droit néerlandais et les titres bénéficiaires belges*

Alors que tous les autres systèmes prohibent les actions industrielles, le droit néerlandais marque ici encore sa liberté d'action.

Lors de la création de la SA et postérieurement, des services peuvent lui être prêtés : fourniture de main-d'œuvre, crédits, ouverture de marchés etc. D'une part, la rémunération de ces services serait trop lourde pour la jeune société et, d'autre part, leur valeur dépend de leurs résultats. D'où l'utilité de rémunérer ces services par l'attribution d'actions. «A condition que les dispositions des articles 40 a (mention dans l'acte constitutif) ou 40 b et 40 c (conventions postérieures à la fondation) soient respectées, que les services prêtés soient évalués en argent et que la souscription d'actions par ce moyen soit prévue par l'acte constitutif, il n'existe pas d'objec-

(1) Hamel et Lagarde, nos 396 et 544; Rodière, n° 567; H. Blaise, «L'apport en société», Rennes, 1955, nos 128 à 130.

(2) Rodière, n° 568.

(3) Ripert, n° 968; Blaise, *op. cit.*, n° 130.

(4) Document parlementaire n° 1003; ce projet sera désigné ci-dessous par les mots «projets français en cours».

(5) R. Fischer, par. 20, n° 7.

(6) Van Rijn, I, n° 234; Frédéricq, IV, p. 543. Pour le Luxembourg, Delvaux, n° 13.

(7) Brunetti, n° 440.

(8) Brunetti, *loc. cit.*

(9) Brunetti, nos 523 et suiv.

tion à leur création» (1). Les actions industrielles, une fois créées, ne diffèrent pas des actions ordinaires, dans la mesure où les statuts ne leur confèrent pas des droits particuliers.

En *Belgique*, d'autre part, s'il n'existe pas d'action sans apport matériel, il est admis que les services rendus à la société soient récompensés par des titres bénéficiaires auxquels les statuts peuvent attacher le droit de vote (2).

§ 2. Procédés de renforcement artificiels de la majorité

I. LE DOSAGE DES VOIX DANS L'ASSEMBLÉE

28. Principe de représentation proportionnelle

Les divers systèmes de droit en usage dans la CEE posent en principe que chaque action donne une voix à l'assemblée générale des actionnaires (en *France* : art. 1^{er}, al. 1 et 5 (3); en *Allemagne* : art. 12, al. 1, et art. 114, al. 1, loi de 1937; en *Belgique* : art. 74, al. 3, lois coordonnées; au *Luxembourg* : art. 77, al. 3, et art. 71, al. 2; en *Italie* : art. 2351, al. 1, c. civ.; aux *Pays-Bas* : art. 44 b, al. 1).

Est-il possible de déroger à ce principe soit en accordant à certaines actions relativement plus de force de vote qu'à d'autres (A), soit en privant certaines actions du droit de vote (B). Il conviendra d'examiner en outre certaines autres formules qui pourraient avoir une incidence sur le droit de vote en en modifiant arbitrairement la puissance chez certains actionnaires (C).

29. Actions à vote plural (A)

Elles sont en principe interdites sauf aux Pays-Bas et au Luxembourg. Dans les autres pays, certains accommodements se rencontrent qui enlèvent sa rigueur à la prohibition.

En *France*, la pratique n'avait pas imaginé de créer des actions à vote plural avant la guerre de 1914. Après cette guerre, à la faveur de la chute du franc, on s'aperçut que certains groupes étrangers achetaient à bon compte du franc et l'investissaient en actions de sociétés particulièrement importantes par leur objet. L'émotion fut portée à son comble quand on apprit que le Crédit Lyonnais était en passe de devenir l'affaire d'un groupe financier allemand.

Les dirigeants des sociétés ainsi menacés eurent alors recours à la création d'actions à vote plural. Ils firent voter par les assemblées générales une augmentation du capital, étant précisé que les actions nouvelles ne pourraient être acquises qu'avec l'agrément du conseil d'administration et qu'elles

donneraient droit à un droit de vote dix fois ou vingt fois plus fort que celui des actions ordinaires. Ainsi, sans mobiliser une trop forte somme d'argent, on réussit à sauver ces sociétés de la mainmise étrangère.

Mais cette pratique, qui à une heure héroïque avait rendu de grands services, donna lieu bientôt à de graves abus. C'était un procédé trop commode entre les mains des dirigeants. Une minorité d'actionnaires pouvait conserver indéfiniment la direction d'une entreprise, malgré les protestations d'une majorité hostile à sa politique, également impuissante à remplacer le conseil d'administration et à exercer contre lui des actions en responsabilité. Un pareil régime favorisait la formation d'une sorte de féodalité financière. Le Parlement s'est ému de ces critiques. L'article 6 de la loi de finances du 26 avril 1930 interdit la création à l'avenir d'actions à vote plural. La question fut reprise et tranchée dans son ensemble par la loi du 13 novembre 1933. Cette loi décide qu'en principe dans «les assemblées d'actionnaires le droit de vote attaché aux actions est obligatoirement proportionnel à la quotité du capital social souscrit qu'elles représentent respectivement».

Toutefois, une exception est admise. Un droit de vote double de celui accordé aux actions au porteur peut être conféré soit par les statuts aux actions nominatives libérées dès l'origine, soit par ces statuts ou une assemblée extraordinaire à toutes les actions libérées pour lesquelles il sera justifié d'une inscription nominative depuis deux ans au moins, au nom du même actionnaire. La fidélité des actionnaires peut être ainsi récompensée.

Seules les sociétés dont le capital est, pour un motif d'intérêt général, en partie propriété de l'Etat, de départements, de communes ou d'établissements publics et celles ayant pour objet des exploitations concédées hors de la France métropolitaine ont pu conserver les actions à vote plural prévues par leurs statuts en vigueur au jour de la promulgation de la loi (art. 6). Les autres ont dû les supprimer.

La sanction prévue est, indépendamment d'une amende frappant les administrateurs, la nullité des délibérations prises en méconnaissance de ces dispositions.

Les mêmes causes produisant les mêmes effets, un nouvel afflux de capitaux étrangers, américains cette fois, a conduit le gouvernement à proposer récemment l'octroi d'un droit de vote plural. Le projet de loi de finances rectificative pour 1964 comportait un article 43 accordant un droit de vote triple ou quintuple aux détenteurs d'actions nominatives immatriculées depuis plus de cinq ans au nom du même titulaire. C'était augmenter la prime de

(1) Van der Heijden, p. 292.

(2) Del Marmol et Dabin, nos 35 et 55.

(3) Art. 134 projet français en cours.

fidélité reconnue depuis 1933. Le Parlement a longuement discuté l'opportunité de cette résurrection sur un pied assez large des actions à vote plural. Il ne lui a pas paru possible qu'un groupe financier détenant 10 ou 20% du capital sous forme d'actions nominatives eût ainsi la possibilité de rester indéfiniment maître de la société. Le projet a donc été rejeté par l'Assemblée nationale en décembre 1964 et le «collectif» de 1964 a été promulgué sans qu'y figure la proposition gouvernementale.

Enfin, le projet français en cours, sans aller aussi loin que le projet qui vient d'être rejeté, va plus loin que la réglementation actuelle. Il admet que les statuts d'origine peuvent accorder un droit de vote double aux actions nominatives entièrement libérées dès leur émission. Il conserve d'autre part la règle actuelle suivant laquelle le même droit double peut être rattaché, soit par les statuts soit par une assemblée générale extraordinaire, aux actions nominatives inscrites depuis deux ans au moins au nom du même actionnaire (art. 135).

En résumé, si en France les actions à vote plural sont interdites, il y a une exception intéressante à noter en faveur des actions nominatives détenues depuis un certain temps et un mouvement gouvernemental assez net en faveur d'une résurrection limitée du vote plural.

30. En Belgique, la situation française d'après-guerre se rencontra et suscita les mêmes réactions dans la pratique. Un grand nombre de sociétés introduisirent le régime du vote plural, soit directement soit indirectement (par le jeu des valeurs nominales différentes), en tenant seulement compte de l'article 74 qui ne permet pas que quelqu'un puisse prendre part à un vote pour un nombre d'actions dépassant le cinquième des actions émises ou les deux cinquièmes des actions représentées. La légitimité du vote plural fut vivement contestée. Doctrine et jurisprudence se divisaient (1).

Les dangers du vote plural conduisirent à un arrêté royal du 31 octobre 1934 (art. 3) qui, incorporé dans l'article 74, alinéa 2, des lois coordonnées, supprime radicalement le vote plural et pose le principe rigoureux que la puissance du vote doit être en rapport direct avec les capitaux que l'actionnaire apporte dans la société.

Une loi du 10 novembre 1953 a depuis précisé encore que, lorsque les actions ont des valeurs nominales différentes ou que leur valeur n'est pas mentionnée, chacune d'elles «confère de plein droit un nombre de voix proportionnel à la partie du capital qu'elle représente». C'est supprimer l'ancien droit de vote plural indirect. Le même texte ajoute qu'on comptera pour une voix l'action représentant la quotité la plus faible, sauf à ne pas tenir compte des fractions de voix. Il y a dans cette dernière disposition une possibilité de donner, de façon

limitée (moins du double), une certaine supériorité de vote à certaines actions, celles dont la valeur nominale est la plus faible, mais excède de plus de la moitié la valeur nominale d'autres actions.

En Italie, les actions à vote plural ont été interdites par le code de 1942 (art. 2351, al. 3) (2).

Mais cette mesure nouvelle n'a pas été dotée d'un effet immédiat. Les actions à vote plural créées dans les sociétés déjà existantes sont maintenues pourvu qu'elles aient été émises avant le 27 février 1942. Mais on ne peut pas aggraver la situation : d'une part, il n'est pas permis d'augmenter le nombre de voix qui leur sont attachés; d'autre part, si la société proroge sa durée, les dispositions concernant le vote plural doivent disparaître des statuts.

31. En Allemagne, les actions à vote plural sont, en principe, interdites (art. 12, al. 2, 1^{re} phrase).

Sous l'empire du code de commerce, avant la mise en vigueur de la loi de 1937, des actions à vote plural avaient été créées en grand nombre. Elles se sont révélées très utiles pour concentrer l'autorité entre les mains d'un nombre restreint d'actionnaires. Mais elles prêtaient souvent à des abus (3), ce qui a conduit la loi de 1937 à les prohiber. Les actions à vote plural ne peuvent plus être créées que sur autorisation préalable du ministre compétent (art. 12, al. 2, 2^e phrase). Une telle autorisation ne peut être donnée que dans l'intérêt de la société intéressée ou de l'économie nationale toute entière.

En fait, aujourd'hui, les actions à vote plural ne jouent plus un rôle important. L'émission de nouvelles actions de ce type est assez rare. Il n'y a guère que les sociétés à participation publique qui en usent parfois, afin de maintenir, en cas d'augmentation du capital social, l'influence déterminante de l'autorité publique (4).

Le projet actuellement en cours se propose même de supprimer complètement les actions à vote plural, qui heurtent le principe que chaque actionnaire ne saurait avoir des droits qu'en proportion de sa participation au capital. La crainte que des actionnaires ayant le contrôle ne soient mis en minorité par des groupes étrangers, crainte qui avait justifié, en 1937, le maintien de la faculté de créer des actions à vote plural, ne peut plus se justifier aujourd'hui, vu l'interdépendance croissante des marchés internationaux de capitaux. Il est, d'ailleurs, selon les

(1) Frédéricq, V.

(2) Il a ainsi suivi les suggestions d'une doctrine hostile à ces «actions de gouvernement» : voir notamment Straffa, «Illegittimità delle azioni a vote plurimo» dans «Rivista di diritto commerciale», 1925, p. 210 et les autres auteurs cités par Brunetti, II, n° 434.

(3) Schmidt, par. 12, n° 3.

(4) Klug, «Neue Mehrstimmrechtsaktien» dans «Betriebsberater» 10 (1955), p. 234, pour un exemple récent et la critique.

rédacteurs du projet, d'autres moyens d'empêcher une mise en minorité, ainsi l'émission d'actions nominatives qui ne peuvent être transférées qu'avec l'autorisation préalable de la société ou la fixation du maximum de voix dont peut disposer un actionnaire (1).

Une des commissions parlementaires chargées de l'examen du projet a cependant proposé de maintenir, pour certaines sociétés exerçant des fonctions de service public, la faculté d'émettre des actions à vote plural (2).

Le législateur de 1937 ne s'est pas contenté d'interdire les actions à vote plural, sans autorisation ministérielle; il a veillé à ce que le but auquel elles servaient jusque là ne fût pas atteint autrement.

La création d'actions à vote plural permettait aux sociétés d'attirer de nouveaux capitaux sans ébranler la majorité établie jusqu'alors. Les actionnaires majoritaires pouvaient profiter de l'afflux de nouveaux capitaux sans partager avec les nouveaux actionnaires leur influence sur la marche de l'entreprise. La seule suppression des actions à vote plural ne suffisait pas à empêcher ces manipulations. Les anciens actionnaires pouvaient souscrire un nombre d'actions nouvelles suffisant à maintenir la majorité et ne verser que le minimum légal d'un quart de l'apport dû pour les actions souscrites (art. 28, al. 2, 2^e phrase; 155, al. 2, 1^{re} phrase). La société pouvait alors placer le reste des actions en exigeant le versement intégral du nominal (3). De cette façon, les anciens actionnaires disposaient de plus de voix que ce qui correspondait à leur participation réelle au financement de la société. Pour empêcher ce qui est apparu comme une création cachée d'actions à vote plural (4), la loi de 1937 a prescrit que seul le versement intégral du montant souscrit donnerait le droit de vote (art. 114, al. 2, 1^{re} phrase). Les statuts peuvent certes faire dépendre le droit de vote du versement du minimum légal (art. 114, al. 2, 2^e phrase), mais alors le versement minimum sert comme unité pour la distribution des voix, de sorte que les actionnaires qui ont effectué un versement supérieur au minimum obtiendront proportionnellement plus de voix (art. 114, al. 2, 3^e phrase) (5).

32. Liberté au Luxembourg et aux Pays-Bas

La loi luxembourgeoise n'ayant pas adopté la réforme parallèle à celle de la loi française de 1933 (voir ci-dessus point 29) ou à celle de l'arrêté royal belge de 1934 (voir ci-dessus point 30), il résulte de l'article 71 qu'il est licite d'établir des actions à vote plural sous la seule réserve de ne pas permettre à un actionnaire de prendre part au vote pour un nombre d'actions dépassant une certaine fraction du capital social (6).

Aux Pays-Bas, l'article 39 c, du code de commerce ne pose le principe de l'égalité des droits des action-

naires que sous la réserve de dérogations statutaires. Le principe de la proportionnalité intégrale affirmé par l'article 44 b, alinéas 2 et 3, tolère une dérogation statutaire par limitations dégressives (al. 4), sous la seule condition qu'il ne soit pas attribué à un actionnaire plus de 3 ou de 6 voix suivant que le capital est divisé en moins de 100 actions ou en 100 actions au moins. On en conclut qu'il est permis, sous cette réserve, de doter certaines actions d'un vote plural (7).

33. Actions sans droit de vote (B)

Une plus grande diversité existe entre les divers systèmes juridiques à l'intérieur de la CEE.

34. Le refus des législations française, belge et luxembourgeoise

La France prend une position absolue à laquelle il n'a été porté de fausse exception que récemment et dans un domaine très limité. Il n'est pas permis de priver une action de tout droit de vote. Certaines restrictions peuvent être portées à l'exercice proportionnel du droit de vote, mais elles ne gênent que les gros porteurs et ne vont jamais jusqu'à supprimer le droit de vote d'un actionnaire. Ceci paraîtrait contraire au principe de l'*affectio societatis* qui doit s'exprimer dans la participation de tout actionnaire à la marche de la société par ses votes en assemblée générale.

L'exception annoncée concerne la création des certificats pétroliers. La loi du 26 juin 1957, portant assainissement économique et financier, a autorisé le gouvernement à fixer les conditions dans lesquelles l'Etat sera autorisé à émettre «des certificats

(1) Exposé des motifs, art. 12 du projet.

(2) Klug, *op. cit. et loc. cit.*

(3) La société ne pourrait pas, sans violer le principe d'égalité entre les actionnaires, exiger ouvertement le versement intégral d'une partie des souscripteurs des actions nouvelles seulement, mais elle pourrait se servir d'intermédiaires qui souscriraient des actions et verseraient le montant d'émission intégral. Ces intermédiaires pourraient récupérer immédiatement les sommes versées lors de la souscription en plaçant aussitôt les actions souscrites.

(4) Schmidt, par. 114, n° 12.

(5) Exemple : 1000 actions d'un montant nominal de 1000 F chacune ont été émises. Pour 500, le montant d'émission a été intégralement versé; pour le reste, le minimum de 250 F plus la prime. Si chacune de ces dernières actions donne une voix, chacune des actions libérées en donnera quatre.

(6) Frédéricq, VI, p. 1460; Van Wijnen d'ael et H. Wouters, «Le droit des sociétés anonymes dans les pays de la CEE», 1961, p. 187.

(7) Molengraaf, pp. 267 et 268; Van der Esch, p. 142. Ainsi s'exprime l'ouvrage de Van der Heijden : «S'il est satisfait aux conditions indiquées, les actionnaires sont libres de régler le droit de vote comme ils l'entendent dans les statuts. (...) Ils peuvent attribuer à la plus petite action un droit de vote plural; à des actions de montant inégal un droit de vote égal, à des actions de montant égal mais de catégories différentes un droit de vote différent; bref, agir à leur guise. La possibilité est de ce fait ouverte de placer le «contrôle» d'une SA entre les mains d'une petite minorité parmi les détenteurs du capital» (p. 357).

négociables en représentation des droits attachés aux actions de sociétés de recherches, d'exploitation et de transformation d'hydrocarbures qui leur appartiennent à l'exclusion du droit de vote dans les assemblées générales».

Ce texte de principe a été mis en œuvre par un décret n° 1025 du 10 septembre 1957. Une première application en a été faite au cours du mois d'octobre 1957.

Cette création représente en France une révolution juridique. Elle aboutit en fait à créer des actions sans droit de vote, à l'imitation des *no voting shares* anglaises ou de certains Etats des USA. Mais, en droit, ces certificats ne sont pas de véritables actions. C'est l'Etat qui reste actionnaire de la société de pétrole; seulement pour les actions en représentation desquelles il a créé les certificats, il n'a plus qu'un seul droit : celui de voter dans les assemblées générales de la société. Le souscripteur (ou le porteur) de certificat reçoit tous les autres droits qu'il exercera soit de façon quasi directe comme les droits aux dividendes et au boni de liquidation, soit de façon médiate comme le droit de souscrire à des actions nouvelles en cas d'augmentation du capital ou à des obligations convertibles en actions.

Les porteurs de certificats possèdent tous les droits de l'associé, moins le droit de vote. Cela suffit à ne pas leur reconnaître ce titre. La loi de 1957, inspirée par des préoccupations budgétaires et nationales, a créé une forme de valeurs mobilières qui, en droit, exprime ce qu'est, en fait, une action dont le titulaire n'assiste jamais aux assemblées d'actionnaires (1).

Sans l'exprimer de façon dogmatique, le projet en cours ne change rien au principe. Il ne prévoit pas que l'on puisse priver une action du droit de vote qui lui est attaché naturellement. Il n'a rien retenu des suggestions de ceux qui, souhaitant traduire en termes de droit la distinction de fait entre les actionnaires de contrôle et les actionnaires bailleurs de fonds, en viendraient volontiers à priver ceux-ci de toute participation à la marche de la société (2).

La Belgique et le Luxembourg ne connaissent pas davantage d'actions sans droit de vote. C'est ce qui résulte de l'article 74, alinéa 2, des lois belges et des dispositions diverses de la loi luxembourgeoise sur les actions (3).

35. La solution nuancée du droit italien

La suppression partielle du droit de vote peut être la rançon d'autres avantages consentis à des actions dites alors « assorties de droits divers » ou privilégiées (art. 2348 c. civ.). Il serait plus exact de les nommer « actions particulières », car, comme le dit un auteur, si, sous certains points de vue, elles présentent des avantages, elles « sont désastreuses à

d'autres points de vue » (4). Les avantages sont d'ordre patrimonial. Les désavantages concernent précisément le droit de vote. L'article 2351 permet de les priver de ce droit dans les assemblées ordinaires, sous la condition qu'elles ne dépassent pas la moitié du capital social. Leurs titulaires auront alors seulement un droit spécial d'attaquer les délibérations prises en leur absence (art. 2377). Par contre, ces actions donneront le droit de participer aux assemblées générales extraordinaires délibérant sur la modification des statuts, sur l'émission d'obligations, sur les modalités de la liquidation (art. 2351, al. 2, et 2365) (5).

36. Les permissions des droits allemand et néerlandais

En droit allemand, tandis que des actions ne peuvent être dotées d'un vote plural sans l'autorisation ministérielle, elles peuvent être librement privées de ce droit, pourvu qu'il y ait une compensation : seules les actions de préférence peuvent être créées sans droit de vote (art. 12, al. 1, 2^e phrase). Cette préférence doit porter sur la distribution des dividendes et la priorité accordée doit s'étendre à tous les dividendes de priorité qui devraient être payés dans les années écoulées mais qui, en réalité, n'avaient pas été payés faute de profits suffisants (art. 115, al. 1). Cette tolérance de la loi de 1937 tient à ce que l'expérience avait montré combien les acheteurs d'actions de préférence attachaient plus de valeur au rendement de leurs titres qu'au droit de vote (6). Le législateur consacrait donc la distinction entre les actionnaires de contrôle et les actionnaires épargnants, entre ceux qui étaient liés à l'entreprise et à son sort et ceux qui ne cherchaient qu'un placement convenable qu'ils pouvaient abandonner d'un jour à l'autre.

Seul l'octroi d'une priorité dans le paiement des dividendes pouvait, aux yeux du législateur, justifier la privation du droit de vote. Dès lors, il accordait aux titulaires des actions de préférence un droit de vote si la société manquait à son obligation de leur payer des dividendes de préférence (art. 116, al. 2). L'octroi du droit de vote rendait alors plus difficile le calcul malhonnête d'une société qui attirait des capitaux par la promesse d'un dividende de priorité, alors que par la suite elle allait décider de n'en verser aucun.

La possibilité d'émettre des actions de préférence sans droit de vote est relativement peu employée. Parmi les sociétés dont les actions sont cotées à la Bourse, vingt seulement en ont émis (7).

(1) Pour plus de détails voir Rodière, n° 571 bis.

(2) Voir Champaud, nos 68 à 70 et les citations de cet auteur.

(3) Van Rijn, I, n° 521.

(4) Onida, cité par Brunetti, II, n° 432, note 2.

(5) Brunetti, n° 435.

(6) Exposé des motifs cité par Schmidt, par. 12, n° 2.

(7) Kriebel, « Mehr stimmrechtslose Vorzugsaktien, Aktiengesellschaft », pp. 8 (1963), 175 (176/7).

L'admission des actions sans droit de vote neutralise en quelque sorte la suppression des actions à vote plural. Leur émission procure à la société de nouveaux capitaux sans ébranler la majorité établie⁽¹⁾. Le sacrifice que font les actionnaires majoritaires en accordant aux nouveaux actionnaires une priorité sur les dividendes n'est pas très important. Le taux des dividendes prioritaires n'est pas, en général, si élevé que les actionnaires communs ne puissent s'attendre normalement à recevoir les mêmes dividendes que ceux versés aux titulaires des actions de préférence.

Pour empêcher qu'un groupe trop restreint d'actionnaires ne domine la société alors que les autres qui ont avancé les capitaux nécessaires ne peuvent, faute d'un droit de vote, influencer sur la marche de l'entreprise, le législateur a d'ailleurs fixé un plafond pour l'émission des actions sans droit de vote⁽²⁾. Le tiers du capital social peut au maximum être représenté par des actions sans droit de vote (art. 115, al. 2).

Quoique l'émission des actions de préférence sans droit de vote ait été dénoncée pour le motif qu'elles permettent le maintien d'une majorité contraire à la situation réelle⁽³⁾, le nouveau projet ne propose aucun changement fondamental⁽⁴⁾. Bien au contraire, une des commissions parlementaires a proposé une élévation remarquable du plafond jusqu'auquel peuvent être émises des actions de préférence sans droit de vote. Si cette proposition est admise, deux tiers (au lieu du tiers) du capital social pourraient être formés par des actions sans droit de vote. Cette proposition a été motivée par le souci de permettre aux sociétés, dominées par une famille, de chercher un financement par voie d'émission à l'extérieur qui laisse intacte l'emprise de la famille sur la société⁽⁵⁾.

37. Actions sans valeur nominale (C)

Leur validité permettrait d'éviter tout contrôle. On pourrait alors doter ces actions d'un droit de vote arbitraire et par-là permettre à leurs porteurs d'avoir une influence plus grande que celle que devrait leur donner l'importance du sacrifice financier qu'ils ont fait pour participer au capital de la société.

On rencontre deux partis dans les pays de la CEE.

Le premier prohibe radicalement et sans aucune réserve les actions sans valeur nominale. C'est la situation en France⁽⁶⁾, encore que la création en ait été demandée et qu'on en ait montré les avantages⁽⁷⁾. Cette prohibition ne tient pas, comme on l'a dit, au principe de l'intangibilité du capital, qui est hors de cause⁽⁸⁾, mais à des textes précis qui ont fait pareillement condamner les actions dites de quotité⁽⁹⁾ : il faut qu'une action porte un chiffre de nominal. Il se trouve que par-là on atteint un résultat

auquel on n'avait pas songé, savoir éviter l'attribution d'un pouvoir de vote discrétionnairement chiffré. Le projet en cours ne modifie pas la règle. L'article 222 déclare que «le montant nominal des actions ne peut être inférieur à un chiffre fixé par décret», ce qui implique l'existence et l'obligation d'une indication de nominal.

L'Allemagne, l'Italie et les Pays-Bas se rangent dans le même groupe.

L'Allemagne ignore actuellement les parts sans valeur nominale, à une exception près : le capital social des anciennes sociétés minières d'après le droit minier (*Bergrechtliche Gewerkschaften*) est divisé en parts dont la valeur n'est pas exprimée numériquement, mais directement par une quotité du capital social.

Lors de la discussion sur la réforme du droit des sociétés anonymes, on a proposé d'introduire les actions sans valeur nominale⁽¹⁰⁾. Le projet a refusé de suivre cette proposition, bien qu'il reconnaisse les avantages de ce genre d'actions⁽¹¹⁾.

En Italie, il résulte des articles 2328-5° et 2346 du code civil que les actions à vote plural et les actions de quotité sont interdites⁽¹²⁾.

Aux Pays-Bas, en énonçant expressément que toute action mentionne un montant (art. 36 d), le code prohibe les actions sans valeur nominale, du moins ne permet pas de donner à ceux qui en seraient titulaires le droit de participer par leurs votes à la marche de la société⁽¹³⁾.

Le second parti est représenté par la Belgique et le Luxembourg. Les textes y sont formels. L'article 41 des lois coordonnées belges sur les sociétés et l'article 37 de la loi luxembourgeoise énoncent que le capital des sociétés anonymes se divise en actions «avec ou sans mention de valeur». La doctrine l'admettait et une loi belge du 25 mai 1913 en a consacré expressément la validité⁽¹⁴⁾.

(1) Schmalenbach, «Die Aktiengesellschaft», 7^e éd. 1959, p. 63; Kriebel, pp. 175 et 177.

(2) Exposé des motifs, cité par Schmidt, par. 115, n° 4.

(3) Kriebel, pp. 175 et 177.

(4) Voir art. 12, al. 1, pp. 132, 133, 134 et l'exposé des motifs.

(5) Kriebel, p. 177.

(6) Hamel et Lagarde, I, n° 540; Ripert, n° 1062.

(7) N. Polti, «L'existence et l'opportunité des actions sans valeur nominale» dans «Revue trimestrielle du droit commercial», 1950, p. 553.

(8) Rodière, n° 569.

(9) Crim. 14-1-1905, D. 1906. 1. 129; S. 1907. 1. 529.

(10) Voir, parmi d'autres, Coing-Kronstein, «Die nennwertlose Aktie als Rechtsproblem», 2^e éd. 1962; Jahr-Stützel, «Aktien ohne Nennbetrag», 1963; Claussen, «Die Aktie ohne Nennbetrag ist die richtigere», AG, 1963, pp. 237 et suiv.

(11) Exposé des motifs, par. 6.

(12) Brunetti, n° 407.

(13) Van der Heijden, pp. 305 et 306.

(14) Frédéricq, IV, pp. 531 et 532.

En Belgique, le rapport de la Commission bancaire pour 1947-1948 en a montré les abus et certains proposent de supprimer cette facilité (1).

II. LES CONVENTIONS DE VOTE

38. *L'incertitude des solutions dans les divers pays*

L'absence de loi qui explicitement prohibe ou valide les conventions par lesquelles les actionnaires s'engageraient les uns envers les autres ou envers des tiers à la société, ou enfin envers la société elle-même, à voter dans un certain sens à telle assemblée générale ou à voter pour la nomination de tel administrateur ou à l'inverse pour sa révocation a souvent causé des difficultés d'interprétation. De pareils pactes de vote se conçoivent également entre administrateurs pour les délibérations du conseil d'administration. Les textes sont muets pour eux.

La question ne manque cependant pas de présenter un grand intérêt pour la concentration de l'autorité au sein de la société anonyme. On conçoit sans peine que la liberté de pareils pactes ne peut qu'autoriser le renforcement des pouvoirs de la majorité. Lier un actionnaire à voter dans le sens indiqué par le conseil d'administration pendant cinq ans constitue un admirable procédé de renforcement artificiel du pouvoir des membres en place du conseil.

L'absence de textes a suscité d'assez vives controverses en doctrine et des hésitations de la jurisprudence. Il ne s'agit pas d'en faire l'étude détaillée, mais seulement d'indiquer les grandes lignes des tendances que l'on relève dans les six pays de la CEE.

Deux positions s'affrontent : une position de sévérité pour ces pactes ; le chef de file y est la France ; une position plus indulgente, dont l'Allemagne est le champion.

39. *Sévérité française*

Avant toute intervention du législateur, la jurisprudence n'avait pas manqué de dégager l'importance que revêt pour un actionnaire son droit de voter aux assemblées générales et d'y voter librement. Si l'on pouvait y porter atteinte, c'en serait fait bientôt de toute participation des actionnaires à la marche de leur société. Il n'y aurait plus pour eux d'*affectio societatis*. Ceci étant, les tribunaux ne pourfendraient pas sans distinction les conventions relatives au droit de vote.

Le décret-loi du 31 août 1937 a cru pouvoir résoudre les difficultés soulevées fréquemment dans les prétoires en annulant : « dans leurs dispositions principales et accessoires, les clauses ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte au libre

exercice du droit de vote dans les assemblées générales des sociétés commerciales » (art. 4, al. 2, loi du 13-11-1933, modifié par ce décret-loi de 1937).

Ce texte a été mal accueilli par la doctrine, et la jurisprudence ne paraît pas en avoir suivi les prescriptions (2). Mais cette tendance n'est pas partagée par tous et la jurisprudence continue d'être divisée (3). Les syndicats de blocage sont-ils en particulier tous répréhensibles ? On appelle ainsi les conventions par lesquelles certains porteurs de titres conviennent de les grouper. C'est la finalité de ces conventions qui les fait annuler ; si le blocage a pour objet de réunir les votes afférents à ces titres, et conduit par-là à l'unité de vote des intéressés, la liberté de chacun est compromise et la convention est annulable (4).

Les pactes entre administrateurs donnent lieu à d'autres procès que la jurisprudence tend à trancher dans le sens de la nullité des conventions qui obligent un contractant à voter sans suivre sa conscience et l'idée qu'il peut se faire de l'intérêt social au moment de la délibération (5).

En Belgique, la tendance est également à la sévérité, mais elle n'est pas aidée en cela comme en France par un texte légal. Il est bien des auteurs qui, faisant un raisonnement un peu étroit, disent que les ententes (ou pactes de votation) sont permises puisqu'on est en présence de conventions d'intérêt privé que la loi ne prohibe pas. Mais la question est précisément de savoir s'il n'y a que des intérêts privés en jeu.

Selon Frédéricq, les conventions sont nulles, d'une part quand elles concernent le vote à des fonctions d'administrateur, d'autre part lorsqu'elles dégénèrent en trafic de la fonction, enfin quand elles enlèvent son caractère de sincérité aux délibérations. Ceci conduit à la nullité de tous les actes de votation et à reconnaître que l'actionnaire qui ne les respecte pas ne commet pas de faute (6).

(1) J. Heenen, « L'existence et l'opportunité des actions sans valeur nominale dans les sociétés anonymes » dans « Revue de l'Institut belge de droit comparé », 1950, numéro spécial, p. 75.

(2) Freyria, « Etude de la jurisprudence sur les conventions portant atteinte à la liberté du vote dans les sociétés » dans « Revue trimestrielle de droit commercial », 1951, p. 419 ; Ripert, nos III et suiv.

(3) Hamel et Lagarde, I, n° 533.

(4) Exemple dans Comm. 2-4-1955, JCP 1955. II. 8823 ; « Travaux pratiques de droit commercial », par R. Rodière, 2^e éd., 1962, n° 33.

(5) Exemple dans Paris, 4-5-1960, D. 1960, p. 637 ; JCP 1960. II. 11745, note D. B. ; « Travaux pratiques de droit commercial » préc. n° 35 ter. Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par Comm. le 8-5-1963, JCP 1963. II. 13282.

(6) « Traité » voir p. 594 ; voir aussi pour les pactes relatifs à la désignation des administrateurs : J. Heenen, « Le choix des administrateurs » dans « Revue pratique des sociétés », 1965, p. 65.

40. Indulgence allemande

La doctrine présente les conventions de vote d'abord comme un mode de défense des minoritaires contre une majorité oppressive. Ces minoritaires s'accorderaient pour adopter une politique commune dans les assemblées générales. Pour bien établir cette politique, ils se lient d'avance par des conventions de vote. Mais les auteurs doivent admettre aussi que de pareilles conventions peuvent servir non seulement à la défense, mais également à l'attaque, par la création d'une majorité artificiellement rendue stable.

Dans les limites générales des bonnes mœurs, les conventions de vote sont considérées comme valables par la jurisprudence ⁽¹⁾ et la doctrine ⁽²⁾.

Les conventions de vote s'étendent souvent sur une dizaine, voire une vingtaine d'années. Le seul fait que les partenaires se lient pour une période si longue n'entache pas la validité de la convention, car chaque partie pourrait y renoncer pour un motif grave ⁽³⁾.

Il est douteux cependant qu'un actionnaire puisse s'engager envers la société elle-même à voter selon ses instructions. Certains auteurs lui refusent ce droit parce qu'une société ne saurait influencer sur le vote dans ses propres assemblées ⁽⁴⁾.

Enfin, est nulle et constitue un délit pénal toute convention de vote établie moyennant une rémunération des actionnaires intéressés (art. 299, n° 2 et art. 300, n° 2 du code pénal).

41. Incertitudes italiennes et néerlandaises

Suivant l'exposé des motifs du code civil, «la multiplicité des situations dont il aurait fallu tenir compte a déconseillé toute intervention législative en matière de syndicats d'actionnaires». Ceux qui font l'objet de discussions tant en doctrine qu'en jurisprudence ... ce sont ceux qui assignent un sens donné au vote. Dans ce cas, l'appréciation dépend surtout de l'étude de la situation concrète, c'est donc plutôt l'affaire du juge que celle du législateur. Du reste, puisque le nouveau code interdit à l'associé d'exercer le droit de vote dans les délibérations où son intérêt est en conflit avec celui de la société, le juge peut déjà trouver dans cette règle un critère d'appréciation de la licéité des «syndicats» qui lient le droit de vote. C'est pourquoi les ententes que l'on ne doit pas admettre sont celles qui tendent à troubler le processus de formation de la volonté sociale, en la constituant d'une manière non conforme à l'intérêt de la société, c'est-à-dire contraire à celle qui aurait été vraisemblablement la résultante du libre exercice du droit de vote ⁽⁵⁾.

Cette analyse de la situation et cette philosophie de la question n'ont guère aidé à sa solution. Le problème des conventions de vote n'a toujours pas

trouvé de réponse et la jurisprudence a trop varié pour qu'on puisse la systématiser ⁽⁶⁾.

Il semble cependant que l'accord tende à se faire sur la base suivante : la convention de vote serait en principe valable, mais elle devrait être invalidée soit lorsqu'elle lie le vote à l'égard d'un administrateur, soit lorsqu'elle est instituée dans l'intérêt d'un tiers ⁽⁷⁾. Ne pourrait-on pas dire plus simplement qu'elle est nulle chaque fois qu'elle engage à voter dans un autre intérêt que celui de la société, plus précisément dans un autre sens que celui dont la personne liée par la convention estime que va l'intérêt social ? ⁽⁸⁾

La vérité est, sur le plan général, qu'on ne voit pas bien pourquoi on pourchasserait ces conventions quand le même résultat peut être atteint dans les holdings : n'y est-il pas vrai qu'alors le vote est délibéré, de la part des porteurs des titres, non pas au sein de la société contrôlée, mais au sein du conseil d'administration de la holding ? ⁽⁹⁾

Aux *Pays-Bas*, la Cour de cassation a admis la validité des conventions de vote ⁽¹⁰⁾, mais si cette solution est approuvée par certains auteurs, d'autres la contestent ⁽¹¹⁾.

III. LES PROCURATIONS ET LES POUVOIRS EN BLANC

42. Validité du vote par procuration

Dans le principe, c'est une règle générale également admise dans les six pays membres de la CEE. Sauf interdiction (exceptionnelle en fait) des statuts et sauf certaines limitations concernant le cumul des voix sur la même tête, les six pays admettent que l'actionnaire ne soit pas présent à la délibération de de l'assemblée générale et s'y fasse représenter.

⁽¹⁾ RG, 19-6-1923, RGZ 107, 67; 10-1-1928, RGZ, 119, 386; 11-6-1931, RGZ 133, 90; BGH, 12-3-1959, BGHZ, 29, 385.

⁽²⁾ Würdinger, par. 13 IV 4; Schlegelberger-Quassowski, par. 114, n° 25; Baumbach-Hueck, par. 102, n° 2 F; Schmidt, par. 114, n° 43; Peters, «Die Erzwingbarkeit vertraglicher Stimmrechtsbindungen», AcP 156 (1957), p. 311; Boesebeck, «Abstimmungsvereinbarungen mit Aktionären», NJW, 13 (1960), pp. 7 et suiv.; *contra, de lege ferenda*, Fischer, AcP, 154, pp. 224 et 225.

⁽³⁾ Boesebeck, NJW, 1960, p. 7 (9).

⁽⁴⁾ Baumbach-Hueck, par. 102, n° 2 F; Boesebeck, NJW 1960, p. 7. Le projet interdit également le vote d'après les instructions de la société ou d'un de ses organes (art. 130, al. 3).

⁽⁵⁾ «Relazione», n° 972.

⁽⁶⁾ Voir Cottino, «Le convenzioni di voto nella società commerciale», Milan, 1958; Sena, «Il voto nella assemblea», Milan, 1961, pp. 309 et suiv.

⁽⁷⁾ Sena, *op. cit.*, p. 330.

⁽⁸⁾ Brunetti, n° 676.

⁽⁹⁾ Brunetti, *loc. cit.*; voir dans Cottino, *op. cit.*, n° 6, p. 18, l'article 7 du projet dû au regretté Ascarelli.

⁽¹⁰⁾ Cass. 30-6-1944, Weekblad van het recht, 1944/45, p. 465; Trib. Rotterdam, 27-2-1942 et Cour d'appel La Haye, 11-6-1943, *ibid.*, p. 241.

⁽¹¹⁾ Voir Van der Heijden, n° 217; Molengraaf, p. 266.

En France, si le principe n'est pas énoncé clairement de façon générale, de nombreux textes l'impliquent (ex. l'art. 31, al. 6, loi de 1867, visant les «actionnaires présents ou représentés»; l'art. 28, al. 3, de la même loi, disant que la feuille de présence doit être émarginée par les actionnaires présents ou leurs mandataires ...) ou l'énoncent pour des cas précis (art. 27, al. 1, sur la faculté de groupement des petits actionnaires) ⁽¹⁾. La loi luxembourgeoise procède de même (voir p. ex., art. 67, in fine, loi sur les sociétés). Les autres lois sont explicites : en Belgique, l'article 74 des lois coordonnées prescrit que tous les actionnaires ont «le droit de voter par eux-mêmes ou par mandataire». Le code italien, sauf disposition contraire des statuts, permet aux associés de «se faire représenter dans l'assemblée» (art. 2372). Aux Pays-Bas, le code de commerce autorise tout actionnaire à «voter par porteur d'une procuration écrite» (art. 44 a). La loi allemande enfin autorise expressément l'exercice du droit de vote par un mandataire (art. 114, al. 3).

On notera que la même question peut se poser au sein du conseil d'administration. L'usage veut que les administrateurs ne se fassent pas représenter. Le code italien l'interdit formellement (art. 2388).

On doit admettre dans tous ces pays que le mandant n'est pas tenu de donner des instructions à son mandataire; celui-ci, alors, votera librement ⁽²⁾.

Ceci dit, et pour nous borner aux votes au sein des assemblées générales, cette faculté de représentation a été détournée à leur profit par les dirigeants ou les «controlaires» des sociétés anonymes. Les exigences des lois concernant le quorum et la majorité (*infra*) ont conduit les administrateurs à solliciter la délivrance de procurations de la part des actionnaires qui n'ont pas le dessein de se rendre en personne à l'assemblée générale, et pour plus de commodité et, afin de dissimuler leur influence ou de la diluer, ils ont sollicité des pouvoirs en blanc. Dans d'autres pays, les banques dépositaires des titres de leurs clients ont demandé à ceux-ci de les représenter et l'usage s'en est introduit d'une façon générale. Dans quelle mesure les systèmes de droit de la CEE favorisent-ils ou du moins tolèrent-ils ces procédés? N'ont-ils pas au contraire pris des précautions directes pour éviter ces détournements du pouvoir de se faire représenter qu'ont les actionnaires? C'est ce qu'examineront les développements qui suivent.

43. Positions opposées concernant les pouvoirs en blanc

La validité en est admise sans réserves en France ⁽³⁾, en Belgique ⁽⁴⁾, au Luxembourg. Dans ce système, il est envoyé à l'actionnaire une procuration qu'il n'a qu'à signer; il la date et l'envoie après l'avoir signée; on ne peut pas même dire qu'il est trompé, comme le faisait justement observer le doyen Ripert

parce qu'il sait bien que le mandat sera utilisé par le conseil d'administration et dans le sens souhaité par celui-ci.

Les textes italien (art. 2372 c. civ.) néerlandais (art. 44, c. co.) et allemand (art. 114, al. 3, loi de 1937) exigent une procuration écrite. Ceci signifie-t-il que le nom du mandataire doit être écrit par l'actionnaire représenté lui-même? Les auteurs italiens l'interprètent en ce sens, dans leur majorité, ce qui conduit à prohiber les pouvoirs en blanc ⁽⁵⁾.

La réponse allemande est plus complexe et les auteurs n'aident guère à la résoudre ⁽⁶⁾. Il semble qu'il faille distinguer:

1) la situation où le représentant exercera le droit de vote en son nom; en ce cas, tout mandataire peut exercer le droit de vote sur un pouvoir en blanc, à condition qu'il ne s'agisse pas d'une banque (voir ci-dessous point 44);

2) la situation où le mandataire doit agir au nom de l'actionnaire représenté, auquel cas tout représentant peut agir en vertu d'un mandat en blanc, même une banque.

En pratique, d'ailleurs, les pouvoirs en blanc proprement dits sont inconnus. Les banques, dépositaires des titres, sollicitent de leur client des procurations qui leur permettent d'exercer le droit de vote en leur propre nom et, selon leur choix, de se faire représenter lors du vote. Cette faculté accordée au mandataire de s'en substituer un autre équivaut pratiquement à un pouvoir en blanc. Les banques usent, d'ailleurs, assez souvent, de la permission de se substituer à un autre mandataire. La représentation des banques est alors assurée par d'autres banques qui doivent exercer le droit de vote afférent aux actions qu'elles représentent, au nom de leur propre mandant, c'est-à-dire au nom de la banque dépositaire.

L'enquête sur la concentration de l'économie allemande a fourni quelques chiffres sur l'exercice du droit de vote par les banques, qui permettent des déductions sur l'importance des substitutions de mandataire. L'enquête, entreprise pour l'année 1961,

(1) Sans être positivement explicite, le projet en cours suppose plus clairement encore cette faculté de représentation des actionnaires par des mandataires (art. 141).

(2) Ainsi jugé en Belgique : Cass. 13-1-1938, Pasicrisis, 1938, 1. 6.

(3) Hamel et Lagarde, I, n° 533-1°; Ripert, n° 1175; Rodière, n° 474; Com. 27-10-1959, D. 1960, p. 454. Cette pratique conduit à des difficultés internes lorsque le conseil d'administration est lui-même divisé. Il faut admettre que la majorité au conseil s'adapte le bénéficiaire de tous les mandats en blanc reçus par celui-ci : Comm. 27-10-1959, préc.

(4) Van Rijn, I, n° 688.

(5) Sena, *op. cit.* p. 310; Cottino, *op. cit.* p. 145; voir Cass. 30-6-1960, n° 2231, dans «Foro Italiano», 1960, p. 490. Il y a des auteurs italiens en sens contraire; voir les citations de Sena et Cottino, *loc. cit.*

(6) Voir Schmidt, art. 114, nos 24 et 25; voir BGH, 24-3-1959, BGHZ, 13, 49.

portait sur les actions de 425 sociétés cotées en bourse et déposées auprès de 343 banques. Ces actions représentaient un capital nominal de 7983 millions de DM. De ce capital 5475 millions ont été représentés en vertu d'un pouvoir donné à la banque dépositaire, à savoir :

- 122 millions de DM par la banque même au nom du client;
- 4225 millions de DM par la banque même à son propre nom;
- 998 millions de DM par un tiers au nom de la banque dépositaire;
- 130 millions de DM par un tiers en son propre nom.

Que le tiers autorisé par la banque dépositaire fût, dans la plupart des cas, lui-même une banque ressort d'une statistique supplémentaire qui englobait l'ensemble du capital social détenu par les banques tant comme actionnaires (1200 millions) que comme dépositaire (7983 millions). 54% de ce capital ont été représentés par la banque elle-même; 3% par un membre de la banque personnellement, 13% par une autre banque et 2% seulement par un autre tiers qui était, dans la moitié des cas, la société en cause elle-même.

44. Transferts fiduciaires — pratique allemande

Le droit de vote ne doit pas être cédé, au sens propre du terme. Toutefois, le résultat pratique d'une cession peut être atteint par le transfert de l'action à titre fiduciaire (1). Le tiers peut alors exercer les droits afférents à l'action en son nom propre (2).

Les banques surtout ont usé du transfert fiduciaire pour représenter, dans les assemblées générales, une grande partie des petits actionnaires et pour y exercer, bien souvent, une influence déterminante.

Le législateur a soumis l'exercice du droit de vote par les banques, en leur nom propre, à certaines formalités (art. 114, al. 4). Il faut que l'autorisation soit écrite. L'actionnaire doit donner son accord sur un document spécial, qui ne doit faire mention d'aucun autre acte juridique. Ainsi, une banque ne peut pas être autorisée par une simple clause de ses conditions générales. De plus, l'autorisation ne peut pas être donnée d'avance pour une période dépassant quinze mois. Elle reste, de plus, révocable *ad nutum*.

Les règles légales déterminant la forme dans laquelle une banque peut valablement représenter un client dans les assemblées générales, sont complétées par des principes de fond (*Grundsätze über die Ausübung des Depotstimmrechts*) qui ont été élaborés par l'association allemande des banques privées (*Bundesverband des privaten Bankgewerbes e.V.*) avec le concours du ministère fédéral de la justice. Ces

règles sont effectivement observées par toutes les banques.

Les banques s'engagent envers leurs clients à suivre soigneusement les instructions données et à porter à leur connaissance toutes les modifications des statuts envisagées, ainsi que toutes les autres motions sur lesquelles il ne peut être statué qu'avec une majorité des trois quarts du capital représenté et à leur demander expressément des instructions à cet égard. De même, les banques s'engagent à faire connaître les oppositions de tiers et à ne participer, elles-mêmes, à aucune opposition, avec les voix des clients, sans l'autorisation expresse de ceux-ci.

Cette pratique de la représentation des petits actionnaires par les banques assure une forte concentration d'autorité en leur faveur. Ceci d'autant plus que les banques exercent pratiquement toujours leur pouvoir de vote en faveur de la direction, et en fonction des propositions que fait la direction (3). La représentation des titulaires d'actions dispersées par les banques tend donc à renforcer la position des administrations.

Si toutes les actions d'une société sont dispersées, c'est précisément avec l'aide des banques que la direction exerce et maintient son emprise sur la société; car le fait, pour la direction, de solliciter des votes est presque inconnu en Allemagne.

Si en revanche la direction est soutenue par un fort groupe d'actionnaires, le concours des banques n'est plus d'une grande importance. Il peut être décisif cependant s'il y a une forte opposition ou si plusieurs groupes d'actionnaires luttent pour s'emparer du pouvoir.

L'exercice du droit de vote pour les banques a fait, dès son apparition, l'objet d'une controverse qui n'est pas close et il a été au centre de presque tous les efforts tentés pour une réforme du droit des sociétés anonymes. Les banques sont souvent le siège d'un conflit d'intérêts. Leur position comme banques d'affaires et comme créanciers importants de la société peut les opposer aux intérêts des actionnaires qu'elles sont chargées de représenter. Dans un pareil conflit, on ne saurait s'attendre à ce que les banques protègent loyalement les intérêts des actionnaires à leur propre détriment (4).

Nombreuses sont les propositions faites pour prévenir le danger inhérent à l'exercice du droit de vote des petits actionnaires par les banques. Plusieurs auteurs se proposent d'ôter complètement aux banques le droit de représenter leurs clients. Ils veulent confier ce droit soit à des associations

(1) Baumbach-Hueck, par. 62, appendice, n° 2; R. Fischer, par. 61, n° 23.

(2) La validité de l'exercice du droit de vote par un tiers en nom se laisse déduire de l'art. 110, 1^{re} phrase.

(3) Mestmäcker, p. 92; Wiethölter, p. 324.

(4) Voir Mestmäcker, pp. 240 et suiv.; Wiethölter, p. 328.

d'actionnaires, soit à des experts indépendants comme les conseillers économiques, soit à la direction elle-même, sur le modèle de la pratique américaine (1).

La plupart des auteurs préfèrent encore conserver aux banques la faculté d'exercer le droit de vote pour les actions qu'elles tiennent en dépôt (2). Les règles élaborées par l'association des banques privées paraissent constituer un bon point de départ pour la protection des actionnaires contre les abus du droit de vote accordé à leur banque (3). Le projet en cours incorpore ces règles dans la loi. De plus, il modifie la forme de la représentation des actionnaires par les banques. Si le projet devient loi, les banques devront exercer le droit de vote ouvertement en tant que mandataires. De plus, ne sera plus permise la pratique actuelle suivant laquelle le client autorise sa banque globalement et pour quinze mois d'avance à exercer le droit de vote afférent à toutes ses actions déposées chez elle. Il faudra une autorisation spéciale pour chaque assemblée de chacune des sociétés dont le client est actionnaire.

La première «innovation» n'apporte rien de nouveau, car la banque ne sera pas, même comme mandataire déclaré de ses clients, tenue de communiquer leurs noms parce qu'elle est liée par le secret professionnel. La deuxième «innovation» ne constitue qu'un geste inutile et très coûteux pour les banques, et donc pour leurs clients (4). Le projet ne satisfait presque personne. Pour les conservateurs il est allé trop loin, pour les réformateurs il s'est arrêté à mi-chemin (5).

45. *La lutte contre l'accumulation des pouvoirs entre les mains des dirigeants ou des «contrôlares»*

Elle n'est efficace que si elle inspire des mesures directes de limitation.

On citera d'abord en ce sens les législations qui interdisent de donner procuration aux administrateurs ou aux salariés de la société. Tel est le cas de l'article 2372, alinéa 2, du code civil *italien* (6), et de l'article 44 a, alinéa 4, du code de commerce *néerlandais*, mais on peut redouter que ce moyen soit peu efficace parce qu'il conduit les administrateurs à chercher et trouver d'autres hommes de paille.

Dans le même ordre d'idées, on signalera les dispositions qui, du moins pour certaines sociétés, interdisent que les procurations soient faites à d'autres qu'à des actionnaires. Tel est encore le cas du code *italien*, pour les coopératives (art. 2534).

Quand cette dernière règle se conjugue avec une autre disposition qui interdit à un actionnaire de représenter plus d'un certain nombre d'actions, on se trouve en présence d'un genre d'interdiction qu'il est bien difficile de tourner. C'est ce que fait le code *italien* pour les coopératives qui interdit qu'un associé représente plus de cinq associés (art. 2354) et,

plus sévèrement, la loi *française* qui n'admet pas dans les coopératives qu'un associé dispose jamais de plus d'une voix (art. 9, loi du 10-9-1947).

Sans aller jusqu'à la limitation légale, la loi peut au moins contrôler la limitation conventionnelle. Telle est la loi *française* depuis 1930. Chaque actionnaire a autant de voix qu'il possède d'actions et qu'il en représente comme mandataire, «sans limitation», disait la loi de 1913. Il était donc impossible de limiter le nombre de voix des gros actionnaires et d'empêcher l'écrasement des petits. Il n'en est plus ainsi depuis la loi du 1^{er} mai 1930, qui a ainsi modifié le texte : «et ce sans limitation, à moins que la limitation ne soit prévue par les statuts et à condition que cette limitation soit uniforme pour toutes les actions, même s'il y a plusieurs catégories d'actions créées en vertu de la loi du 16 novembre 1903» (al. 2). Est donc valable la clause statutaire fixant un maximum de voix qui ne pourra être dépassé; mais ce maximum doit être le même pour tous les actionnaires et il ne peut, à cet égard, être créée aucune inégalité, même entre des actionnaires de catégories différentes.

Le projet en cours annonce une réglementation qui sera sans doute destinée à lutter contre la concentration trop facile et factice par le procédé des procurations. Mais il faut attendre le décret pour la connaître. L'article 121 du projet de loi dit en effet qu'un «actionnaire ne peut se faire représenter en vertu d'un contrat de mandat que par les personnes et dans les conditions déterminées par décret» (al. 1).

Le projet de code *néerlandais*, de son côté, ajoutant un membre de phrase à l'article 33 actuel, précise que «les statuts peuvent limiter le droit des actionnaires de se faire représenter».

IV. CLAUSES OLIGARCHIQUES

46. *Aux Pays-Bas et en Allemagne*

On peut appeler d'une façon générale «clause oligarchique» toute stipulation des statuts qui confère à certains porteurs d'actions un droit de priorité pour la désignation des organes sociaux ou un droit particulier au sein de l'assemblée générale. Elles sont oligarchiques dans la mesure où

(1) Voir pour une présentation des diverses propositions, Wiethölter, p. 331.

(2) Hérold, NJW, 1951, pp. 900 et suiv. et «Mélanges Heinrich Lehmann», 11, pp. 563 et suiv.; Klug, «Mélanges Walter Schmidt», pp. 39 et suiv.; Rasch, «Deutsches Konzernrecht», 2^e éd., p. 305; Schmidt, NJW, 1957, p. 1337; Mestmäcker, pp. 93 et suiv.

(3) StKJT, II, p. 73; Mestmäcker, p. 93.

(4) Klug, p. 61; Wiethölter, p. 328.

(5) Voir pour une revue des opinions critiques, Wiethölter, p. 325, n^o 54.

(6) Les règles sont les mêmes dans les sociétés à responsabilité limitée, par suite du renvoi de l'art. 2486.

elles assurent à une minorité un pouvoir plus grand que celui qui correspondrait au capital ou aux actions qu'elle détient lorsque, d'autre part, ce pouvoir s'applique spécialement à la désignation des dirigeants. C'est ainsi qu'on ne nommera pas de la sorte les clauses qui peuvent conférer un droit de vote plural parce que leur finalité est moins précise.

Ceci dit, les droits *français, belge et luxembourgeois* ne connaissent pas de pareilles clauses et les réproveraient si elles tentaient de s'y faire jour. Il en est autrement aux Pays-Bas et en Allemagne.

Aux *Pays-Bas*, la forme de clause oligarchique qui s'est frayé une voie triomphale est celle qui limite les pouvoirs de l'assemblée générale dans la nomination des administrateurs et des commissaires en l'obligeant à les choisir sur des listes établies par les porteurs d'actions privilégiées. On discutait la validité de ces clauses lorsqu'en 1898 la Royal Dutch reçut l'autorisation royale de modifier ses statuts en ce sens. Depuis la première guerre mondiale, ces clauses se sont multipliées et le ministère s'est employé à les faire autoriser. Elles sont aujourd'hui la règle ⁽¹⁾. L'article 48 *a* se borne à énoncer que la liste de présentation doit comporter au moins deux noms par place à attribuer.

En *Allemagne*, les statuts peuvent conférer à des actionnaires nommés ou aux titulaires des actions nominatives le droit de désigner des membres au conseil de surveillance. Le tiers des sièges, au maximum, peut être pourvu de cette façon (art. 88, al. 1, loi de 1937).

Le droit inconditionnel accordé à des actionnaires déterminés de nommer des membres du conseil leur assure une influence sur la gestion des sociétés, quelle que soit la fraction du capital social qu'ils détiennent. Ce droit a moins pour but de protéger une minorité que d'accorder un privilège à des actionnaires individuels ⁽²⁾.

C'était surtout dans l'intérêt du fisc, actionnaire des sociétés remplissant une fonction publique, que le législateur avait autorisé les statuts à prévoir le droit pour certains actionnaires de nommer des membres du conseil ⁽³⁾.

46 bis. La clause de protection des minorités

On conçoit à l'inverse que cette protection soit assurée par leur représentation au conseil de surveillance. Elle a été réclamée depuis le début du siècle ⁽⁴⁾, mais a rencontré une forte opposition et s'est heurtée à des difficultés pratiques.

Bien que la plupart des auteurs soient en faveur d'une représentation au moins des minorités stables au conseil de surveillance et qu'on ait proposé des moyens pour y parvenir, le projet en cours ne la

prévoit pas. Il fait valoir qu'une telle représentation ne serait pas viable dans les sociétés charbonnières et sidérurgiques dont les conseils sont composés paritairement des membres élus par les actionnaires et par le salariat ⁽⁵⁾.

V. LES MANIPULATIONS D' ACTIONS

47. Précautions contre le rachat

Elles sont de diverses sortes.

D'abord, plusieurs législations spécifient que le rachat par une société de ses propres actions n'est pas possible lorsque ces titres ne sont pas entièrement libérés (art. 2397 c. civ. *italien* ; art. 41 *a*, 1^o c. com. *néerlandais*).

D'autre part, le principe même du rachat est sinon interdit, du moins limité, par la loi *allemande* qui n'admet le rachat que pour écarter un grave danger qui menace la société (art. 65, al. 1, loi de 1937) et qui, même dans ce cas, n'autorise le rachat qu'à concurrence de 10% du capital social, sauf autorisation du ministre compétent (même texte). On notera qu'aux *Pays-Bas*, l'achat n'est jamais autorisé par le ministre de la justice au-delà de 50% du capital social ⁽⁶⁾.

La loi *française*, quoiqu'on le regrette parfois ⁽⁷⁾, ne prend par contre aucune autre précaution que celle qui interdit de procéder au rachat si les bénéfices libres de la société ne permettent pas d'y consacrer les sommes nécessaires à l'opération ⁽⁸⁾. En *Allemagne*, au contraire, le fait qu'il y a des bénéfices ne suffit pas à permettre l'opération, ce qui tient entre autres à ce que l'amortissement des titres n'y est pas possible ⁽⁹⁾. C'est d'ailleurs surtout la crainte de manipulations sur les cours qui ont inspiré la sévérité de la loi allemande.

Les lois *néerlandaise* et *belge* ou *luxembourgeoise* sont assez libérales. Elles demandent que le rachat soit prévu par les statuts, mais dans ce cas et sous la condition qu'il s'agisse d'actions libérées et que l'opération soit aux *Pays-Bas* autorisée, le rachat est possible ⁽¹⁰⁾.

La loi *italienne* est celle qui prend le plus de précautions juridiques, mais elle n'est finalement pas

(1) Van der Heijden, n° 430.

(2) Voir Würdinger, par. 24, I, 5.

(3) Baumbach-Hueck, par. 88, n° 1; Schmidt, par. 88, note préliminaire.

(4) Voir Wiethölter, pp. 310 et suiv., pour une présentation exhaustive de la doctrine.

(5) Exposé des motifs, par. 98; dans le même sens, Wiethölter, p. 314.

(6) Van der Heijden, p. 533.

(7) Ripert, n° 1132 et les citations; voir aussi Frédéricq, n° 536. Le projet en cours interdit le rachat (art. 1661), sauf en vue d'une réduction du capital (al. 2).

(8) Voir les exemples chiffrés dans Rodière, n° 520.

(9) Schmidt, par. 52, n° 3; Baumbach-Hueck, par. 52, n° 2 B.

(10) Van der Heijden, p. 537; Van der Esch, p. 200; en Belgique : Van Rijn, n° 1345.

sévère. Elle requiert que l'opération se fasse grâce à des prélèvements sur les bénéfiques et qu'elle soit autorisée par l'assemblée des actionnaires (art. 2357).

La plupart de ces conditions sont d'ailleurs écartées quand l'opération est inspirée par un souci d'assainissement financier, en cas de réduction du capital social.

48. Règle générale concernant le sort des actions rachetées par la société

C'est une précaution très efficace contre la tentation qu'auraient les administrateurs de procéder à des rachats aux fins d'asseoir leur autorité en votant avec les droits attachés aux actions rachetées. Toutes les législations l'interdisent; soit explicitement comme le code *italien* (art. 2357, al. 2) ou la loi *allemande* (art. 65, al. 7), soit par le fait de raisonnements de la doctrine et de solutions jurisprudentielles, comme en *France* ⁽¹⁾, en *Belgique* ⁽²⁾, au *Luxembourg* et aux *Pays-Bas* ⁽³⁾.

Cette solution est la seule propre à détourner les administrateurs d'un procédé qui permettrait trop facilement et dangereusement une concentration de leur autorité.

§ 3. Procédés destinés à éviter des renversements de majorité

49. Les effets de la libre négociabilité des actions

Ils peuvent se produire dans les deux sens. D'une part, la liberté peut permettre à un certain groupe de s'assurer par des acquisitions successives une majorité propre à lui donner le contrôle de la société. D'autre part, la liberté peut permettre à un groupe minoritaire nouveau d'acheter, de certains transfuges du groupe majoritaire, le nombre d'actions propres à faire passer le contrôle d'un groupe à un autre. Les entraves à la libre cessibilité des actions permettront dans le premier cas d'éviter la constitution d'une majorité trop puissante, dans le second cas d'éviter à la majorité existante de perdre sa position dominante.

Ainsi, vu dans l'abstrait, le problème de la libre négociabilité des actions et celui de la validité des entraves à cette libre négociabilité paraissent neutres puisque le même procédé peut servir à affirmer ou à ébranler la concentration de l'autorité. Dans la réalité, il n'en est pas ainsi. En effet, les entraves à la négociabilité des actions se rencontrent dans deux situations : d'une part, dans les sociétés de famille qui ne veulent pas que les titres s'égarer de part et d'autre, de sorte que le contrôle passe à des personnes étrangères à la famille; d'autre part, dans les sociétés où un groupe détient déjà la majorité et ne veut pas la perdre par surprise. En d'autres termes,

les entraves à la liberté de négociation tendent en pratique toujours à éviter au groupe de contrôle la perte de sa position. Ainsi, la faveur faite à ces entraves est en relation directe avec la faveur directe ou indirecte que le système de droit considéré consent à la concentration de l'autorité dans la société anonyme. Plus un système de droit est favorable à cette concentration, plus facilement il doit admettre la validité des clauses apportant des entraves à la cessibilité ou à la négociabilité des actions.

Aucun système parmi ceux qui régissent les pays de la CEE n'a pris en la matière de position abrupte. Leurs solutions sont faites de nuances et il est même assez difficile de les classer. Cependant, les uns et les autres partent du principe que l'action est un titre normalement négociable, de sorte que dans tous ces systèmes les entraves se présentent comme portant atteinte à un principe de droit. S'agissant de dérogations, la question est de savoir dans quelle mesure elles sont admises et reconnues efficaces.

50. Grande liberté aux Pays-Bas, en Allemagne et en Italie

Le droit *néerlandais* ne dément pas sa réputation de droit libéral. Les auteurs se bornent à douter qu'il soit possible d'interdire totalement à l'actionnaire de se défaire de ses actions et observent que le ministère de la justice n'accorderait pas son visa à des statuts qui contiendraient une clause en ce sens ⁽⁴⁾. C'est dire combien ce droit se montrera indulgent aux clauses d'entraves. Elles sont, en effet, couramment pratiquées, du moins pour les titres nominatifs, et prennent trois formes : soit qu'on se borne à exiger que l'acquéreur réponde à certaines conditions de nationalité, de profession et même de filiation; soit que l'aliénation des actions soit subordonnée à l'approbation d'un organe; soit enfin que le vendeur éventuel doive d'abord offrir ses actions à ses co-actionnaires ou à la société elle-même. Toutes ces clauses sont valables et la seule préoccupation semble être d'éviter que l'actionnaire ne reçoive pas la valeur réelle de son titre ⁽⁵⁾. On remarque, en particulier, la validité des clauses du second type qui sont les plus dangereuses, puisque l'actionnaire en cas de refus d'agrément peut se trouver prisonnier de son titre. On verra que les systèmes plus stricts, à la française, n'admettent plus ce genre de blocage des titres.

⁽¹⁾ Ripert, n° 1132.

⁽²⁾ Van Rijn et Frédéricq, *loc. cit.*

⁽³⁾ Van der Heijden et Van der Esch, *loc. cit.*

⁽⁴⁾ Van der Grinten, n° 30. A noter que, lors de la réforme de 1928, il fut question de préciser que les limitations à la cessibilité étaient autorisées. Mais on estima que la chose allait de soi et que la liberté des statuts était naturellement entière (Van der Heijden, n° 181).

⁽⁵⁾ Van der Grinten, *loc. cit.*; Molengraaf, p. 247.

En *Allemagne*, l'article 61, alinéa 3, énonce clairement que les clauses qui subordonnent la transmission à l'approbation de la société sont valables. Elles peuvent même prévoir que le *Vorstand* ⁽¹⁾ n'aura pas à donner les mobiles de son refus (al. 3, 3^e phrase, *a contrario*). Les auteurs réservent finalement le seul cas où l'organe compétent pour agréer l'acquéreur abuserait de son droit ⁽²⁾. Comme ces dispositions n'intéressent que les titres nominatifs, qui sont peu pratiqués, et ne sont pas applicables aux titres au porteur ⁽³⁾, elles présentent assez peu d'intérêt.

Le droit *italien* pratique le même laxisme. Suivant l'article 2355, «l'acte constitutif peut soumettre à des conditions particulières l'aliénation des actions nominatives». Aussi la libre négociabilité de l'action n'est pas le postulat d'où partira la doctrine; elle sera au contraire portée à valider toutes les clauses statutaires qui limitent la faculté de céder ses titres chez l'actionnaire ⁽⁴⁾.

51. Relative sévérité en France, en Belgique et au Luxembourg

Sur des textes également discrets, les auteurs et la jurisprudence, dans leur ensemble, aboutissent à des solutions semblables que dictent dans les trois pays des principes de base semblables.

Dans les trois pays, l'action se présente d'abord comme un titre négociable ⁽⁵⁾. Aussi dira-t-on dans tous ces pays que l'actionnaire ne doit pas être mis dans l'impossibilité pratique de céder ses titres; il ne doit pas en rester le prisonnier ⁽⁶⁾.

La solution du droit positif *français* peut être résumée dans les termes suivants. On distingue la clause d'agrément et la clause d'agrément et préemption ⁽⁷⁾. La première soumet les projets de cession à l'autorisation préalable de la société, celle-ci s'exprimant par l'organe de son assemblée générale ou de son conseil d'administration. La seconde a le même effet mais, en cas de refus, la société doit racheter le titre dont elle refuse la vente à l'acquéreur désigné; plus précisément, à moins qu'elle ne soit en mesure de procéder elle-même à ce rachat, elle doit acheter au nom de qui il appartiendra, le bénéficiaire étant déterminé par elle dans les conditions prévues aux statuts ⁽⁸⁾.

De ces deux clauses, la première est trop sévère pour les actionnaires qui risquent de rester «prisonniers de leurs titres». Avec la seconde, ils n'ont rien à redouter si du moins les conditions du rachat ne s'éloignent pas à l'excès de la valeur réelle des titres, auquel cas l'actionnaire n'aurait plus que le choix entre la prison et la spoliation, suivant l'expression de Hamel et Lagarde.

Encore faudrait-il peut-être sous-distinguer suivant que sont soumises à l'agrément les seules cessions

projetées au bénéfice d'étrangers à la société ou toutes les cessions, même celles qui sont projetées avec des acquéreurs, déjà actionnaires. Les clauses de ce second ordre paraissent devoir ménager trop de pouvoirs au conseil en sa propre faveur; elles semblent destinées à lui permettre de contrôler que les actions ne passent pas entre les mains d'actionnaires mécontents de sa gestion. La Cour de Paris avait été sensible à ce dernier argument et, par un arrêt qui avait inquiété la pratique, avait annulé une clause d'agrément et préemption parce qu'elle devait jouer en cas de cession entre actionnaires, mais sa décision a été cassée ⁽⁹⁾ et la Cour de renvoi s'est rangée à l'avis de la Cour de cassation ⁽¹⁰⁾.

Dans la mesure où elles sont valables, ces clauses peuvent aussi bien être insérées dans les statuts par une décision de l'assemblée générale extraordinaire que figurer dans les statuts d'origine. On avait soutenu le contraire sous prétexte qu'une clause de ce genre augmentait les engagements des actionnaires. Mais cette analyse est inexacte: la clause diminue leurs droits; elle n'augmente pas leurs dettes; elle relève donc de la compétence de l'assemblée extraordinaire ⁽¹¹⁾.

Les solutions en *Belgique* sont semblables ⁽¹²⁾, sauf le dernier point. On n'y admet pas que l'assemblée générale extraordinaire puisse introduire des clauses restreignant la libre cessibilité des titres. Il faut soit que ces clauses figurent dans le pacte d'origine, soit qu'elles soient admises par l'unanimité des actionnaires en cours de vie sociale ⁽¹³⁾.

(1) Sauf indication contraire des statuts, c'est le *Vorstand* qui est compétent pour donner l'accord de la société (art. 61, al. 3, 2^e phrase).

(2) Schmidt, par. 61, n° 15; Baumbach-Hueck, par. 61, n° 4 B.

(3) Würdinger, par. 9 VI 2; Baumbach-Hueck, appendice au par. 62, n° 1.

(4) Brunetti, n° 410.

(5) En France, Ripert, n° 1035; Hamel et Lagarde, I, n° 523 et suiv.; Rodière, I, n° 572 et suiv.; en Belgique, Van Rijn, I, n° 535 et suiv.; Frédéricq, n° 373; Del Marmol et Dabin, n° 27-G; au Luxembourg: Delvaux, n° 12.

(6) Hamel et Lagarde, n° 529; Rodière, n° 575; Delvaux, n° 19.

(7) Voir un modèle dans «Travaux pratiques de droit commercial», par Rodière, n° 44.

(8) Sur cette désignation des bénéficiaires et les difficultés soulevées par des achats indivis, voir note Derruppé, JCP 1959, II, 11023.

(9) Comm. 22-10-1956, D. 1957, p. 177, note G. Ripert; JCP 1956, II, 9678, note D. Bastian.

(10) Rouen, 18-11-1958, D. 1959, p. 286; JCP 1959, II, 10971.

(11) Civ. 9-2-1937, DP 1937, 1. 73; S. 1937, 1. 129. Tous ces arrêts sont reproduits et commentés dans les «Travaux pratiques de droit commercial» préc. n° 44.

(12) Van Rijn, I, pp. 359 et suiv.; Frédéricq, IV, pp. 582 et suiv.; P. Coppens: «L'abus de majorité», n° 142. Les auteurs renvoient à la jurisprudence française.

(13) Del Marmol et Dabin, n° 54; J. Hepp, «Aperçu du régime des sociétés en Belgique et au Luxembourg», Paris, 1959, p. 11.

PRÉCAUTIONS LÉGISLATIVES DIRECTES

52. *Intentions communes des législateurs*

S'ils les mettent à exécution par des procédés différents et surtout avec une énergie plus ou moins appliquée, les législateurs des six pays de la Communauté, comme d'ailleurs ceux de presque tous les pays parvenus à un certain stade de progrès industriel et technique, ont des desseins communs qui peuvent se réduire à deux idées forces.

La première est qu'il n'est pas souhaitable qu'une concentration, trop facilement obtenue par l'indifférence de la masse des actionnaires, permette à un très petit nombre de dirigeants de mener à leur guise les affaires de la société. La seconde est qu'il ne faut pas que, sous le couvert de la raison sociale, les dirigeants fassent leurs propres affaires et, plus ou moins consciemment, finissent par confondre leurs biens, leur crédit ou leurs affaires personnelles avec les biens, le crédit, les affaires de la société.

A la première de ces idées correspondent les exigences législatives relatives au quorum et à la majorité nécessaire pour les délibérations de l'assemblée générale, les règles concernant le maximum des voix dont peut disposer un même actionnaire, la faculté de groupement dont on ne peut pas priver les petits porteurs. A la seconde, correspondent la défense des actions à intérêt spécial et les mesures concernant les conflits d'intérêt entre les actionnaires et la société et surtout entre les administrateurs et la société.

Chacun des deux groupes de mesures fera l'objet d'un paragraphe distinct.

§ 1. Mesures contre l'oligarchie

I. *QUORUM ET MAJORITÉ*53. *Considérations générales*

Si l'on prend le cas du droit allemand où pour les assemblées ordinaires les délibérations sont prises à la majorité simple, sans aucune exigence de quorum, solution qui est également celle du droit français, du moins sur deuxième convocation, on observe comment les exigences de la loi peuvent répondre à des intentions différentes.

Exiger un quorum donné tend à protéger les actionnaires qui ne s'intéressent pas à la société. Exiger une majorité renforcée revient à se préoccuper des intérêts des actionnaires qui eux-mêmes s'intéressent à la marche de la société puisqu'il s'agit de protéger parmi eux ceux de la minorité.

En fait, lorsque toutes les actions sont dispersées, la direction est omnipotente. Edicter des règles de quorum et de majorité sévères conduirait à solliciter les procurations et ne changerait rien aux pouvoirs de fait des dirigeants.

La portée des règles sur le quorum et la majorité sont plus subtiles si un actionnaire ou un groupe d'actionnaires cohérent possède la majorité. Si elle est absolue, la seule exigence d'un quorum n'enlèvera rien au pouvoir des actionnaires majoritaires. Par contre, l'exigence d'une majorité caractérisée facilitera la formation d'une opposition. L'existence d'une opposition peut, en effet, dépendre d'autres facteurs, notamment de la répartition des autres actions.

Si un actionnaire ou un groupe cohérent d'actionnaires ne détient qu'une majorité relative, les effets de l'exigence d'une majorité caractérisée sont plus marqués que ceux d'une exigence de quorum.

L'exigence d'une majorité caractérisée rendrait moins sûre la tentative de s'imposer à la société. Par contre, l'actionnaire pourrait, à supposer que sa majorité relative soit assez importante, bloquer toute décision qui ne peut être prise qu'à une majorité caractérisée. Une pareille faculté de blocage apparaît comme un contre-poids à l'omnipotence de la direction si les autres actions sont dispersées. Toutefois, on peut alors redouter un compromis entre la direction et la majorité au détriment de la véritable majorité des actionnaires.

Si, à côté de la majorité relative, d'autres groupes minoritaires sont capables d'agir de concert et y sont résolus, la situation sera différente. Le détenteur de la majorité relative ne pourra songer à s'imposer à la société. La faculté de blocage dont il jouit et qui serait renforcée par l'exigence d'une majorité caractérisée pourrait être considérée moins comme un contre-poids à la concentration d'autorité existant déjà que comme une entrave à l'omnipotence de la véritable majorité formée par le concours de plusieurs groupes. Le pouvoir de blocage pourra servir soit à protéger des intérêts légitimes, soit à obstruer la marche de la société.

S'il y a enfin plusieurs groupes minoritaires, ainsi qu'un surplus assez important d'actions dispersées, c'est la direction qui exercera une influence considérable, pourvu que les autres intéressés ne s'entendent pas entre eux. L'exigence d'une majorité caractérisée donnerait à chacun des groupes un pouvoir de blocage.

L'exigence d'un quorum n'a qu'une portée minime. Si, à côté d'une majorité relative, il existe des groupes minoritaires intéressés, tout quorum exigé, à moins d'être exorbitant, sera aisément atteint. Si, par contre, les actions autres que celles qui constituent la majorité relative sont dispersées, l'exigence d'un quorum pourra, dans des circonstances

exceptionnelles, contrebalancer la concentration d'autorité entre les mains du détenteur de la majorité relative.

Souvent celui-ci et la direction sont en plein accord. Ils le seront notamment si la majorité est ancienne et si les directeurs lui doivent leur poste. En pareil cas, l'accord de la direction et du détenteur de la majorité relative l'emportera toujours. L'exigence d'un quorum ne changera rien.

Par contre, si une majorité récemment constituée cherchait à changer la composition du conseil d'administration pour influencer sur la nomination des directeurs, la direction avertie s'efforcera de solliciter le concours d'un nombre assez important d'actionnaires libres pour s'opposer avec leur aide aux efforts de la majorité hostile. Si, cependant, la direction ne s'aperçoit pas du danger imminent, l'exigence d'un quorum pourrait entraver un coup de surprise lancé contre elle, coup qui ne pourrait d'ailleurs réussir qu'à la condition que le groupe hostile ne soit pas tenu, préalablement, de faire connaître ses intentions, et de faire inscrire sa proposition à l'ordre du jour.

D'autre part, il faut sans doute prendre des précautions différentes selon les pouvoirs de l'assemblée. On distinguera ainsi entre les assemblées ordinaires et les assemblées extraordinaires, sauf aux Pays-Bas, où cette distinction est inconnue de la loi.

54. *Libéralisme néerlandais*

Il se manifeste une fois encore. Le code de commerce dispose expressément que la loi ne requiert aucun quorum. Les délibérations, quel qu'en soit l'objet, doivent seulement être prises à la majorité absolue des votes émis.

Les statuts peuvent déroger à ces règles. Mais le contrôle ministériel empêchera les exigences d'aboutir à la paralysie de la société. Une trop forte majorité serait interdite; il ne semble pas que l'on puisse dépasser une exigence des deux tiers des votes émis. Encore une pareille majorité serait-elle difficilement tolérée dans les décisions concernant le bilan, le compte de profits et pertes ou la distribution des bénéfices (1).

Autre chose concerne les exigences de la loi dans les cas où il s'agit d'aller contre une prescription destinée à informer les actionnaires ou à leur permettre de se rendre à la convocation. Ainsi, l'article 43 *g* interdit de statuer sur des questions qui ne figurent pas à l'ordre du jour à moins que l'unanimité des actionnaires représentant l'intégralité du capital souscrit ne soit d'accord pour passer outre à cette interdiction. L'article 43 *b* en fait autant pour le respect du délai de convocation (2).

55. *Faibles sévérités des lois concernant les assemblées ordinaires*

Pour le quorum, les lois *allemande, belge et luxembourgeoise* ne requièrent rien. La loi italienne et la loi française, qui requièrent un quorum sur la première convocation ($\frac{1}{2}$ en *Italie*, art. 2368; $\frac{1}{4}$ en *France*, art. 29, al. 1, loi de 1867), n'imposent plus rien sur la seconde convocation.

Pour la majorité, l'assemblée statue à la simple majorité des voix émises, à moins que les statuts n'en disposent autrement, en *Allemagne* (art. 113, loi de 1937), en *France* (art. 28, al. 1, loi de 1867), en *Italie* (art. 2368), en *Belgique* et au *Luxembourg* (3), mais on notera la règle spéciale de ce dernier pays: les actionnaires non présents ni représentés sont censés avoir voté dans le sens des propositions du conseil d'administration, mais au maximum pour un cinquième des voix (art. 71, loi de 1915). L'avis de convocation doit d'ailleurs en prévenir les actionnaires (loi du 20-6-1930, complétant l'art. 71).

56. *Règles complexes de la loi française concernant les assemblées extraordinaires*

L'évolution de la loi française est constante; elle facilite progressivement les délibérations de l'assemblée extraordinaire, d'une part, en élargissant sa compétence, d'autre part, en réduisant les exigences primitives de quorum et de majorité. L'exposé des règles techniques et de leurs modifications serait sans intérêt pour cette étude. Il suffit de savoir qu'aujourd'hui l'assemblée extraordinaire peut tout changer dans les statuts, sauf augmenter les engagements des actionnaires et en général changer la nationalité de la société (4); que, d'autre part, un certain quorum est nécessaire, qui après deux convocations peut n'être plus que du quart; enfin que les délibérations doivent être prises à la majorité des deux tiers des voix des actionnaires présents ou représentés (5).

57. *Comparaison critique avec les autres systèmes (celui des Pays-Bas a été exposé ci-dessus, sous 51)*

Cette comparaison est délicate parce que les différences tiennent à divers facteurs. Le droit *luxembourgeois* est celui qui paraît d'abord se rapprocher le plus du droit français; d'abord en ce qu'il autorise tout changement des statuts, sous les mêmes réserves que notre droit (art. 67, al. 2, loi de 1915); ensuite en

(1) Van der Heijden, pp. 362 et 363.

(2) Voir Molengraaf, pp. 264 et 265.

(3) Faut-il tenir compte des actionnaires qui s'abstiennent? Voir Frédéricq, VI, n° 480; Resteau, «Les sociétés anonymes», n° 1207; Van Rijn, n° 703.

(4) Voir les traités de droit commercial ou de droit des sociétés pour plus de détails.

(5) Voir R. Rodière, «Travaux pratiques de droit commercial», 2^e éd., n° 34 et «Précis», 1, n° 484.

ce qu'il requiert un quorum, de moitié ou du tiers, sur seconde convocation; enfin en ce qu'il n'exige, sur seconde convocation, qu'une majorité des voix des actionnaires présents ou représentés. Il y a des différences avec le droit français, mais les idées sont les mêmes. Voilà par contre qui est très différent : en cas de prorogation de la seconde assemblée, les actionnaires non présents ni représentés sont censés voter les propositions du conseil d'administration, sans que leur vote fictif puisse d'ailleurs dépasser le tiers de la totalité des voix, ce qui est encore beaucoup (art. 67, al. 7). Le droit *belge* ne permet pas à l'assemblée extraordinaire de modifier ce qui concerne les éléments essentiels de la société (art. 70, al. 2, LCS) et exige pour la délibération une majorité des trois quarts des voix (art. 70, al. 5); une loi du 5 janvier 1958 a bien autorisé la modification de l'objet social, mais il faut alors un quorum du quart sur seconde convocation et surtout la délibération doit réunir les quatre cinquièmes au moins des voix (art. 70 *bis*). Sur tous les points le droit belge se montre plus sévère que le droit français ⁽¹⁾.

Le droit *italien* est plus nuancé; il ne requiert pas de quorum, ni sur première ni sur seconde convocation, mais il demande une majorité de la moitié ou du tiers du capital social selon qu'il s'agit d'une première ou d'une seconde convocation, exigeant toujours la majorité de moitié lorsque le vote concerne le changement de l'objet social, transforme la société ou en transfère le siège à l'étranger ou en décide la dissolution anticipée (art. 2369 c. civ.).

58. En droit allemand

L'article 113 énonce en principe que l'assemblée générale statue à la simple majorité des voix à moins que la loi ou les statuts ne prescrivent une majorité plus forte ou n'aient d'autres exigences. La loi prescrit en effet, pour nombre de décisions, une majorité plus élevée. Il s'agit :

a) des décisions qui modifient le capital social : augmentation (art. 149, al. 1; 153, al. 3; 160, al. 1; 169, al. 2); réduction (art. 175, al. 1; 182, al. 2);

b) des décisions qui portent sur l'existence de la société ou sur sa forme juridique : dissolution (art. 203, al. 1, n° 2); continuation de la société en liquidation (art. 215, al. 1); fusion (art. 234, al. 2; 247, al. 1); accords permettant aux co-contractants de la société de participer à ses profits (art. 256, al. 3); transformation de la société (art. 257, al. 2; 263, al. 2, et *Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften und bergrechtlichen Gewerkschaften* du 12-11-1956);

c) décisions autres que les précédentes si elles modifient les statuts (art. 146, al. 1, 1^{re} phrase);

d) décisions qui opèrent renonciation à des dommages-intérêts dus à la société par les fondateurs,

administrateurs ou directeurs ou par des tiers (art. 43; 84, al. 4; 99 et 101, al. 4).

A quelques exceptions près, les décisions classées dans les trois premières catégories demandent, outre la simple majorité des voix, le concours des trois quarts du capital représenté. Les dernières ne peuvent passer si une minorité qui représente au moins un cinquième du capital social s'y oppose.

La distinction que fait la loi allemande entre la majorité des voix et la majorité du capital ne joue pas si le principe de la proportionnalité du droit de vote à la quotité du capital social est strictement observée. En pareil cas, une majorité des trois quarts du capital social représenté correspond à la majorité des trois quarts des voix représentées. La distinction deviendra importante s'il est dérogé au principe de la proportionnalité, soit par l'émission d'actions à vote plural, soit par la fixation d'un plafond pour le nombre de voix que peut posséder un actionnaire. Dans ces deux cas, une majorité des trois quarts des voix peut représenter considérablement moins que la même majorité du capital.

En calculant le montant du capital représenté, il ne faut d'ailleurs pas tenir compte des actions dont les titulaires sont privés de tout droit de vote, c'est-à-dire des actions de préférence sans droit de vote ⁽²⁾.

La distinction faite entre majorité de voix et majorité de capital efface pour les décisions importantes une inégalité établie par la création des actions à vote plural ou par la limitation du droit de vote. Dans la mesure où une telle limitation avait entravé une concentration de pouvoir de vote, l'exigence du concours des trois quarts du capital représenté ne change rien, alors qu'elle accorde aux détenteurs du capital exclu de la participation au vote un pouvoir de blocage supplémentaire. En revanche, dans la mesure où la création d'actions à vote plural avait effectué une concentration du droit de vote, l'exigence du concours des trois quarts du capital social enlève à cette concentration toute efficacité.

Les statuts peuvent modifier les exigences de la loi en ce qui concerne la majorité requise. Ils ne peuvent cependant pas les atténuer, sauf si la loi elle-même le prévoit (ex. art. 146, al. 1) et ne peuvent pas non plus les aggraver s'il s'agit de délibérations que la société doit prendre, car on pourrait alors redouter la paralysie de la société ⁽³⁾.

II. LIMITATION DU NOMBRE DES VOIX

59. La lutte contre les gros porteurs

Elle peut être considérée comme inspirée par l'hostilité législative à l'égard de toute oligarchie qui peut mener la société.

⁽¹⁾ Voir sur le système belge Van Rijn, n° 796.

⁽²⁾ Baumbach-Hueck, par. 113, n° 3; Schmidt, par. 113, n° 8.

⁽³⁾ Voir Schlegelberger-Quassowski, par. 113, n° 5; Baumbach-Hueck, par. 113, n° 3 B; Schmidt, par. 113, n° 5.

La loi elle-même n'édicte de maximum que dans des cas précis. Il en est ainsi en *France* où, dans l'assemblée constitutive, aucun actionnaire ne doit avoir plus de 10 voix (art. 27, al. 2, loi de 1867). La *Belgique* va plus loin en interdisant dans toutes les assemblées qu'un actionnaire prenne part au vote pour un nombre de voix dépassant le cinquième du nombre total des voix attachées à l'ensemble des titres ou les deux cinquièmes du nombre des voix attachées aux titres représentés (art. 76, LCS) (1).

Le *Luxembourg* n'a retenu cette règle sévère que pour les délibérations des assemblées ordinaires (2). D'autre part, dans les assemblées constitutives, chaque souscripteur ne dispose que d'une seule voix, quelle que soit l'importance de son apport. La solution est déduite en *Belgique* de l'article 33, alinéa 2, LCS (3). La loi *luxembourgeoise* s'exprimant de même (art. 30, al. 2, loi de 1915), la solution doit y être la même. Les règles des assemblées constitutives n'intéressent pas la concentration des entreprises et il n'y a pas lieu d'y insister. On retiendra par contre comme fort intéressantes les règles concernant les assemblées de tous genres en Belgique et les assemblées ordinaires au Luxembourg.

Les autres Etats de la CEE ne connaissent pas de limitation légale et s'interrogent même parfois sur la possibilité pour les statuts d'en créer. C'est notamment le cas en *Italie* (4). Par contre, les *Pays-Bas* admettent l'institution d'un système de droit de vote dégressif, à condition qu'il soit égal pour tous les porteurs du même nombre d'actions (5). En droit *allemand*, les statuts peuvent déroger à la règle de la proportionnalité du droit de vote de deux façons (art. 114, al. 1), soit en fixant un plafond absolu, soit en accordant à un actionnaire pour les actions qui dépassent un maximum déterminé moins de voix que ne lui en donnerait le principe de la proportionnalité. La limitation du droit de vote peut opérer, soit dans tous les cas, soit seulement à l'occasion de certaines décisions des assemblées générales énumérées par les statuts (6). Elle doit s'appliquer à l'ensemble des actions et non seulement à certaines catégories de celles-ci (6). De plus, la clause limitant le droit de vote est soumise à une autorisation ministérielle préalable (7).

La limitation du droit de vote a le même effet que la dispersion des actions parmi un grand nombre d'actionnaires : elle rend difficile la formation d'une majorité hostile à la direction de la société. Chose curieuse, cette limitation est en effet présentée comme tendant à la position de la direction sortante à la protéger contre le risque d'être renversée (8).

Le transfert des usines «Volkswagen» en propriété privée fournit un exemple intéressant d'une limitation du droit de vote dans un but plus attendu. Ce transfert devait favoriser la détention d'actions

par les couches sociales aux revenus moyens ou faibles et les intéresser au système capitaliste (9). Le législateur s'est donc efforcé de donner à la société nouvellement créée un caractère en quelque sorte social et de lui garantir ce caractère pour l'avenir. Il a voulu, par une rigoureuse limitation du droit de vote, empêcher la société de passer immédiatement entre les mains de groupes financiers puissants (10). Un actionnaire ne peut voter, à titre individuel, avec plus de voix que le nombre qui correspond au dix-millième du capital social. D'autre part, un mandataire ne peut représenter, dans l'exercice du droit de vote, plus de 2% du capital social. On doute, toutefois, que le pouvoir de vote reste réellement déconcentré. Il a été montré que les trois grandes banques privées d'Allemagne pourraient se rendre maîtres des assemblées générales en exerçant les voix correspondant aux 2% du capital social que chacune d'elles a le droit de représenter (11).

60. La règle des sociétés coopératives

On n'y insistera pas parce que ces sociétés ne présentent pas un grand intérêt pour l'édification du Marché commun et que surtout ce n'est pas chez elles qu'il faut le plus redouter (ou espérer) une concentration très forte. On se bornera à noter que les lois s'accordent à édicter, en ce qui les concerne, une limitation rigoureuse du droit de vote qui interdit toute concentration d'autorité. En *France*, comme en *Allemagne*, ou en *Italie*, le principe est que chaque coopérateur n'a qu'une voix dans l'assemblée générale, quel que soit le nombre d'actions qu'il possède (*France* : art. 9, loi du 10-9-1947; *Allemagne* : art. 43, loi du 1-5-1899; *Italie* : art. 2532, al. 2, du c. civ.).

Il en est de même en *Belgique* (art. 146 *bis* LCS) mais, aux termes mêmes du texte, les statuts peuvent en disposer autrement. En fait, la puissance de vote est souvent mise en corrélation avec le nombre de parts du sociétaire et, comme on l'a fait observer (12), ce qui est paradoxal c'est qu'on ne peut même pas

(1) Van Rijn, n° 705.

(2) Frédéricq, VI, p. 1460. L'article 67, al. 3, l'indique clairement.

(3) Van Rijn, n° 489.

(4) Brunetti, n° 572.

(5) Van der Heijden, p. 349. Le projet français en cours est dans le même sens (art. 137).

(6) Schmidt, par. 114, n° 10.

(7) Troisième arrêté d'application de la loi sur les sociétés par actions, datant du 21-12-1938, art. 13.

(8) Voir Ballerstedt (2), pp. 885 et 886.

(9) On avait octroyé aux souscripteurs aux revenus faibles un important «rabais social» à condition qu'ils renoncent, pour une certaine période, à transférer leurs actions.

(10) Une loi du 21-7-1960 fixait les principaux traits de la société.

(11) Wiethölter, pp. 333/4, qui s'appuie sur le calcul de Hirche, «Die Volksaktie», 1958.

(12) Van Rijn, II, n° 1028.

alors tempérer les abus éventuels par l'application de l'article 76 qui interdit à un même associé de prendre part au vote pour un nombre de voix dépassant le cinquième du nombre des voix attachées à l'ensemble des titres ou aux deux cinquièmes de celles qui sont attachées aux titres représentés (voir ci-dessus point 59). La loi *néerlandaise* de 1925 sur les sociétés coopératives adopte la même solution que la loi belge. Le projet en cours ne prévoit pas de modification.

III. PARTICIPATION AU VOTE DES PETITS PORTEURS

61. Isolement du droit français

Le droit français devra ici prendre une précaution qu'il fait à tort paraître comme plus démocratique que les autres systèmes de droit. C'est le contraire qui est pourtant vrai.

On trouve dans la loi de 1867 la disposition suivant laquelle les actionnaires qui n'ont pas le nombre minimum requis pour participer aux votes peuvent «se réunir pour former le nombre nécessaire et se faire représenter par l'un d'eux» (art. 27, 1, 1^{er}). Cette faculté de groupement est d'ordre public.

On ne trouve de disposition semblable dans aucun autre système de droit en vigueur dans la CEE. Mais cela tient à ce que seul le droit français tolère les clauses suivant lesquelles les statuts interdisent l'accès de l'assemblée générale à l'actionnaire qui ne possède pas ou ne représente pas un certain nombre d'actions. La seule précaution que prenne la loi française est alors d'interdire que ce chiffre dépasse vingt, à moins que ce nombre représente une fraction du capital social inférieure au vingt-millième, auquel cas il est permis de fixer un chiffre qui correspond à cette fraction ⁽¹⁾. Le projet en cours réduit le chiffre à dix dans les assemblées ordinaires (art. 125) et interdit toute limitation par les statuts dans les assemblées extraordinaires (art. 126).

Les autres systèmes de droit interdiraient pareille stipulation. En droit *allemand*, tout actionnaire a le droit de participer à l'assemblée générale et seul l'abus qu'il ferait de son droit pourrait l'en priver ⁽²⁾. En *Italie*, la doctrine estime que les statuts qui interdiraient à un petit actionnaire l'accès personnel à l'assemblée porteraient atteinte à l'inaliénable droit de discussion affirmé par la Cour de cassation et impliqué par l'article 2351, alinéa 1^{er} ⁽³⁾. La réaction est la même aux *Pays-Bas*, sur la base de l'article 44 *b*, alinéa 1 ⁽⁴⁾, en *Belgique*, sur la base de l'article 74 LCS ⁽⁵⁾, et au *Luxembourg*, sur la base de l'article 71 ⁽⁶⁾.

§ 2. Mesures contre la confusion des intérêts

I. CONFLITS ENTRE LES INTÉRÊTS PERSONNELS DES ADMINISTRATEURS ET LES INTÉRÊTS SOCIAUX

62. Procédure rigoureuse de la loi française

Elle est plus complexe que partout ailleurs. On verra que les lois *belge* et *luxembourgeoise* ont adopté une solution semblable, mais plus simple.

Le siège de la matière est l'article 40 de la loi de 1867, modifié en 1943. C'est une des dispositions le plus souvent invoquées depuis quelques années avec succès contre les abus des administrateurs. La règle est même sans doute devenue trop oppressive et déborde les intentions de ses rédacteurs. La matière est si importante que le projet en cours lui consacre six articles (art. 96 à 101). Il retient les grandes lignes et certains détails de l'article 40 actuel, mais en restreint le domaine d'une manière qui répond aux vœux de la doctrine ⁽⁷⁾.

La loi de 1867, redoutant les dangers auxquels peut donner lieu pour la société les accords qu'un administrateur passerait pour son propre compte avec la société dans le conseil de laquelle il figure, avait décidé que les contrats portant sur des prestations échelonnées ne pourraient être conclus sans une autorisation préalable de l'assemblée générale. Ce système n'a pas donné satisfaction car, par avance, les administrateurs se faisaient autoriser par l'assemblée ordinaire à passer avec la société tous contrats et marchés. L'article 10 de la loi du 4 mars 1943 a modifié l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867 et régleménté à nouveau la question.

Tout d'abord, il interdit aux administrateurs, autres que les personnes morales, de contracter des emprunts de toute nature auprès de la société, sauf si la société est une banque.

Pour toute autre convention entre la société et l'un de ses administrateurs, soit directement ou indirectement, soit par personne interposée, ainsi que pour toute convention entre la société et une entreprise, où l'un de ses administrateurs est propriétaire,

⁽¹⁾ Voir exemple chiffré dans R. Rodière, n° 47.

⁽²⁾ Würdinger, par. 32, IV, 1b; Schmidt, par. 102, n° 3.

⁽³⁾ Brunetti, II, n° 573; Cour de cass. 10-4-1961, n° 851.

⁽⁴⁾ Van der Heijden, p. 342, relève l'importance de ce texte.

⁽⁵⁾ Frédéricq, V, n° 480; Van Rijn, 1, p. 353.

⁽⁶⁾ Frédéricq, VI, pp. 1453 et 1460.

⁽⁷⁾ M. Lauriol, «Le rapport spécial de l'article 40» dans «Revue trimestrielle de droit commercial», 1955, pp. 723 à 775; voir aussi sur ce texte outre les traités généraux : J. Noirel, «La société anonyme devant la jurisprudence française», 1958, pp. 139 et suiv.; C. Berr, «L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales», 1961, n°s 261 et suiv. et 300 et suiv.; C. Heurteux, «L'information des actionnaires», 1961, n°s 388 et suiv., 409 et 427; M. Vanhaecke, 1959, n°s 327 et suiv.

associé en nom, gérant, administrateur ou directeur, la loi exige d'abord une déclaration par l'administrateur au conseil d'administration, puis une autorisation du conseil qui doit être préalable au marché. Avis doit ensuite en être donné aux commissaires aux comptes : ceux-ci présentent à l'assemblée un rapport spécial sur les conventions autorisées par le conseil. En pratique, ce rapport était très peu explicite, mais la jurisprudence a vivement réagi. Le rapport, sous réserve de ne pas gêner l'intérêt social, doit éclairer suffisamment les actionnaires pour qu'ils puissent voter en connaissance de cause ⁽¹⁾. L'assemblée statue sur ce rapport. Les conventions qu'elle approuve ne peuvent être attaquées qu'en cas de fraude et sauf si la décision elle-même se trouve annulée parce que le rapport des commissaires était insuffisant. Les conventions qu'elle désapprouve peuvent continuer de produire leurs effets, mais ceci sous la responsabilité de l'administrateur intéressé et la responsabilité solidaire du conseil.

Cette procédure et ces précautions n'opèrent pas lorsqu'il s'agit d'une convention normale du genre de celles que la société conclut avec ses clients. On pourrait étendre cette exception à la situation semblable que la loi n'a pas prévue : aux contrats avec un fournisseur, mais la Cour de Paris ne l'a pas admis ⁽²⁾.

Hors cette exception, prévue par l'article 40, alinéa 3, l'article 40 a un domaine général. On l'a appliqué à la convention par laquelle une pension de retraite est assurée au président de la société ou au contrat de travail conclu avec l'un des administrateurs ⁽³⁾. L'article 40 joue de plus en plus le rôle d'un élément de moralisation des sociétés anonymes et l'on tend à l'appliquer à des opérations normales parce que sa lettre est trop générale.

Chose assez singulière et qui montre que ce texte, s'il lutte contre la concentration de l'autorité, ne lutte pas contre la concentration des entreprises, il a été jugé qu'il ne s'appliquait pas à une fusion entre sociétés ayant des administrateurs communs, lorsque les assemblées générales qui ont décidé la fusion ont été exactement informées de la situation ⁽⁴⁾. La solution est sans doute bonne, mais la connaissance de fait de l'assemblée ne devrait pas empêcher le déroulement strict de la procédure réglementée par l'article 40.

Le projet en cours apporte au domaine de la procédure un allègement notable et raisonnable en précisant qu'elle ne s'applique pas «aux conventions portant sur des opérations normales et conclues à des conditions courantes» (art. 97). Il apporte également à la sanction une retouche importante en précisant que l'assemblée générale, informée des raisons pour lesquelles la procédure n'a pas été suivie, peut couvrir l'irrégularité commise (art. 101).

63. *Similitude des solutions belge et luxembourgeoise*

Très exactement imitées par l'article 57 de la loi luxembourgeoise de 1915, les lois coordonnées belges dans l'article 60 disposent : «l'administrateur qui a un intérêt opposé à celui de la société, dans une opération soumise à l'approbation du conseil d'administration, est tenu d'en prévenir le conseil et de faire mentionner cette déclaration au procès-verbal de la séance ; il ne peut prendre part à cette délibération».

«Il est spécialement rendu compte, à la première assemblée générale, avant tout vote sur d'autres résolutions, des opérations dans lesquelles un des administrateurs aurait eu un intérêt opposé à celui de la société».

Plus légère que la disposition française, cette disposition a donné lieu à une doctrine et à une jurisprudence semblables : d'abord quant à l'appréciation générale, puisque les auteurs belges insistent sur le fait que le législateur a ainsi «tracé aux administrateurs une conduite très nette» ⁽⁵⁾ ; ensuite quant au domaine puisqu'ils marquent que la procédure doit jouer dès que l'opération projetée présente pour l'administrateur un intérêt matériel quelconque ⁽⁶⁾ ; enfin, dans la sanction puisqu'elle n'est pas la nullité de l'opération mais la responsabilité pécuniaire personnelle de l'administrateur en faute ⁽⁷⁾.

64. *Solution moins générale du droit allemand*

Il n'existe pas de disposition comparable à l'article 40 de la loi française de 1867. Un administrateur de société anonyme peut donc, tant qu'il respecte les règles sur le contrat avec soi-même, contracter avec la société sans avoir sollicité, au préalable, l'autorisation de ses co-administrateurs ou d'un autre organe social. Il n'y a qu'une seule exception. Les administrateurs et certains cadres ne peuvent obtenir un crédit qu'après l'autorisation expresse du conseil de surveillance (art. 80). Cette disposition n'entend pourtant pas empêcher, comme le fait la loi française, l'octroi des crédits aux administrateurs, mais seulement assurer le contrôle nécessaire. On précise qu'il est même souhaitable que les administrateurs satisfassent leur besoin de crédit auprès de la société ⁽⁸⁾. Sont assimilés aux administrateurs d'une société déterminée ceux d'une société

⁽¹⁾ Paris, 23-11-1955, D. 1956, 290, note Goré.

⁽²⁾ Paris, 24-2-1954, D. 1954, 244.

⁽³⁾ Soc. 9-3-1961, JCP 1961, 12163 ; voir A. Dalsace, «Les rémunérations exceptionnelles des administrateurs» JCP 1962, I, 1963 ; M. Carteron, J. Agréés, 1964, p. 163.

⁽⁴⁾ Comm. 7-6-1963, JCP 1963, 13374 ; D. 1964, 308.

⁽⁵⁾ Frédéricq, VI, n° 428.

⁽⁶⁾ Frédéricq, *loc. cit.*

⁽⁷⁾ Voir les citations dans Frédéricq, n° 429. La sanction est jugée insuffisante par Van Rijn, n° 600.

⁽⁸⁾ Baumbach-Hueck, art. 80, n° 1 ; projet, exposé des motifs, art. 86, p. 128.

dominante ou dépendante. C'est alors le conseil de surveillance de la société dominante qui doit donner l'autorisation nécessaire. Par crédit on entend, outre les crédits directement consentis, toute opération par laquelle la société se porte garante envers un tiers, créancier d'un administrateur (1).

Le projet modifierait cet état du droit : la société serait, dans ses rapports avec ses administrateurs, représentée par le conseil de surveillance (art. 109). C'est la solution néerlandaise.

65. Solutions indirectes, mais brutales, des codes italien et néerlandais

Selon l'article 2391 du code civil *italien*, lorsqu'un administrateur a des intérêts en conflit avec ceux de la société, soit pour son propre compte soit pour le compte de tiers (ce qui englobe les cas où il a des intérêts personnels dans une autre société) dans une opération déterminée, il doit :

- 1) en donner avis aux autres administrateurs ainsi qu'au collège de surveillance ;
- 2) s'abstenir de participer à la délibération du conseil.

Comme le disent les auteurs, il y a en pareil cas un retrait de sa compétence ordinaire à l'administrateur ; il perd son pouvoir de représenter la société (2). Cependant, si l'administrateur n'observait pas la règle prescrite, sa responsabilité personnelle serait engagée (al. 2), et de toute façon la résolution du conseil peut être attaquée par les absents ou les dissidents dans les trois mois de sa date (al. 3).

On ajoutera que l'article 2631 érige en infraction punie d'amende le fait pour l'administrateur de participer à la délibération dont il doit être exclu en vertu de l'article 2391.

Le code de commerce *néerlandais* retire même toute compétence au conseil d'administration dans les cas où la société a un intérêt opposé à celui d'un ou de plusieurs administrateurs, puisque c'est alors aux commissaires de représenter la société (art. 51). Ainsi les Pays-Bas puisent une précaution décisive dans la forte institution des commissaires de surveillance.

II. CONFLITS ENTRE LES INTÉRÊTS PERSONNELS DES ACTIONNAIRES ET DES INTÉRÊTS SOCIAUX

66. Prévisions italiennes

Le code italien est seul à prendre une disposition générale et à prévoir dans l'article 2373 que le droit de vote ne peut être exercé par un associé dans les délibérations où il a, pour son propre compte ou pour celui d'un tiers, un intérêt en conflit avec la société.

La sanction est la nullité de la délibération à laquelle il a indûment participé si du moins son vote a pesé sur la décision et si celle-ci a causé dommage à la société.

(1) Schmidt, art. 80, n° 6.

(2) Brunetti, n° 639, après Publiatti, «Abuso di rappresentanza e conflitto di interessi», dans «Rivista di diritto commerciale», 1936.

DEUXIEME PARTIE

Concentration des entreprises

INTRODUCTION

1. La notion de «concentration d'entreprises»

On peut entendre par ces mots le phénomène qui englobe les diverses mesures tendant à constituer un groupement d'entreprises par la centralisation des pouvoirs de décision et l'accumulation de la masse financière.

Cette centralisation sera atteinte souvent par la mainmise d'une entreprise sur une ou plusieurs autres. Lorsque ce résultat est atteint par la «fusion», le phénomène a été décrit dans le rapport spécial adressé à la CEE le 12 novembre 1964. Elle peut également résulter de la participation financière d'une société à la constitution (la chose peut intervenir lors d'une augmentation) du capital d'autres sociétés. Les règles générales du droit des sociétés donneront alors à la première un certain pouvoir d'action au sein des secondes ; et ce pouvoir peut être accru grâce aux procédés plus ou moins artificiels, plus ou moins tolérés par les législations nationales, qu'un second rapport déposé le 12 février 1965 a décrits et analysés sous le titre de la «concentration d'autorité». La seule situation des faits aboutit parfois à cette concentration : ainsi dans la concentration de fait par subordination. Il en est autrement dès qu'il y a coordination parce qu'elle implique un vouloir affecté à produire le résultat considéré ; la centralisation du pouvoir n'est pas assurée alors par une certaine hiérarchie entre les entreprises participant à l'accord ; elles vivent sur le pied d'égalité ; l'unité d'action est atteinte par la création d'organes communs aux diverses entreprises ou se trouve assurée par l'identité au moins partielle de leurs dirigeants.

L'intensité de la coordination, qu'il s'agisse de la concentration par subordination ou de la concentration par coordination, peut atteindre divers degrés. Elle peut affecter toute l'activité des entreprises groupées ou une partie seulement de leurs activités, les entreprises du groupe conservant leur autonomie pour le reste.

Sous l'angle du droit des sociétés, l'intérêt se portera principalement sur les relations qui agissent suffisamment sur l'autonomie des sociétés intéressées pour dérouter les vues initiales des législateurs. C'est pour ces liens que crée la concentration que se pose utilement la question de savoir si le droit des sociétés favorise ou défavorise la concentration. Par contre, les mesures qui visent simplement l'alignement d'intérêts communs et ne portent que sur une petite partie de l'activité des sociétés intéressées se rencontrent dans presque toute gestion de société moderne ; elles n'atteignent pas la structure de l'organisme social et ne modifient pas son fonctionnement interne. Ainsi les accords de coopération

scientifique, technique ou commerciale sont compatibles avec l'idée classique de société, encore que bien souvent elles préfigurent la constitution d'un véritable groupement.

On appellera par la suite «groupe d'entreprise» les combinaisons d'entreprises qui atteignent un degré d'intensité tel que ses membres ont perdu l'essentiel de leur autonomie économique.

2. L'intervention des législateurs

Elle est quasiment nulle à l'heure actuelle encore dans les divers pays du Marché commun. Exception sera faite pour l'Allemagne, surtout si le projet de réforme en cours voit le jour, ce qui, aux dernières nouvelles (mai 1965), ne saurait tarder.

La carence législative est très remarquable. On a pu dire depuis quelques années ⁽¹⁾ que les législateurs réglèrent la société comme si elle devait vivre d'une vie économique et financière absolument indépendante de la vie d'autres groupements. Or ceci est radicalement faux pour un grand nombre de grosses et moyennes entreprises. Les économistes ont décrit le phénomène de la concentration. Ils ont forgé des classifications, différentes les unes des autres, et par-là sans secours pour les juristes. Quant à ceux-ci, ils ont pris l'habitude de travailler sur l'atome et ont négligé la molécule.

Si l'on essaie de résumer les critiques, on dira que toute la défaillance législative tient à ce que la notion juridique d'entreprise n'est pas construite. En particulier dans les pays comme la France, qui se font du patrimoine une idée métaphysique ferme et stricte, l'entreprise ne peut se voir doter d'aucun statut propre. L'idée qu'un groupe de biens, actifs et passifs, constitue un tout homogène dont la destinée ne suit pas nécessairement celle du chef d'entreprise (personne physique ou personne morale), cette idée ne fait pas partie de notre bagage conceptuel de juristes français. Tant qu'il en sera ainsi, tant que l'idée d'une affectation des biens à un certain groupe et celle d'une transmission possible des dettes ne seront pas reçues, notre droit se condamne à ne pas saisir de façon puissante les phénomènes économiques de concentration d'entreprises.

Cette carence apparaîtra tout au long de ce rapport. Il suffit pour en prendre conscience d'opposer la masse des questions de droit que pose la concentration des entreprises à la minceur des réglementations législatives. On a vu également, tout au long du précédent rapport, que les législations nationales

(1) Voir André Percerou, «Lois nouvelles et projets récents en matière de sociétés par actions», thèse, Paris 1932, *passim*.

ne sont pas armées pour dominer les problèmes de concentration d'autorité et qu'elles ont dû agir par pièces et par morceaux, tantôt pour favoriser, tantôt pour décourager cette concentration de l'autorité dans les sociétés.

En France, la législation sur les entreprises groupées se limite :

— sur le plan commercial, à l'interdiction des participations réciproques dans les termes de la loi du 4 mars 1943, au jeu de l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867 dans les cas où un administrateur d'une société voudrait favoriser une autre société dans laquelle il a un intérêt plus grand ;

— sur le plan pénal, à l'interdiction de faire servir les biens et le crédit d'une société aux intérêts d'une autre société dans les termes de l'article 15-6° de la loi de 1867 ou de l'article 38 de la loi du 7 mars 1925 ;

— sur le plan fiscal, par diverses mesures destinées à éviter les doubles impositions ;

— sur le plan comptable, par les mesures, bien timides encore, concernant la présentation des bilans consolidés ;

— enfin par l'apparition d'une certaine réglementation des sociétés de placement.

En réalité, c'est au droit commun qu'il faut en général demander la solution des problèmes. Il n'y a pratiquement pas de droit français de la concentration des entreprises. Le vote du projet de loi en cours ne changera guère cet état. On y trouve cependant aux articles 307 à 312 quelques règles sur les filiales et les participations.

Le droit allemand des groupes d'entreprises n'est pas davantage l'œuvre du législateur. Il doit sa naissance et sa croissance à la jurisprudence du tribunal d'Empire (*Reichsgericht*) et à la Cour des finances d'Empire (*Reichsfinanzhof*) et surtout à la pratique des conseillers des grands empires industriels et financiers. Auteurs de presque tous les ouvrages portant sur le sujet, ces conseillers et avocats se sont efforcés, dans la suite, de systématiser leur pratique.

Penché d'abord sur les aspects fiscaux des groupements d'entreprises, le législateur touchait pour la première fois aux problèmes que les groupements posent sur le plan du droit privé avec la loi du 30 janvier 1937, sur les sociétés anonymes. Cette loi se contentait d'ailleurs de définir le «Konzern» et de quelques dispositions éparses sur le groupement, qui ne constituent même pas la première esquisse d'un droit cohérent des groupements d'entreprises. Si le législateur n'ignorait pas les problèmes soulevés par ces groupements, il s'abstenait toutefois «d'éclairer complètement les rapports entre sociétés-mères et filiales et de les régler par voie de législation», une telle législation étant prématurée avant que tous les problèmes économiques et juridiques eussent surgi et fussent reconnus dans toute leur ampleur.

En revanche, le projet d'une nouvelle loi sur les sociétés par actions présente pour la première fois une réglementation extensive et cohérente du droit des groupements d'entreprises. Cette réglementation constitue la partie la plus intéressante et la plus controversée du nouveau projet. Elle n'est cependant pas révolutionnaire. Le projet suit la doctrine dominante. Il incorpore les solutions qui ont trouvé un appui unanime. Son apport original consiste moins en des solutions nouvelles qu'à la mise au point de celles qui ont été proposées jusqu'ici.

Selon Friedländer, l'organisation juridique des groupes et tous les rapports et situations juridiques qui naissent de l'apparition de tels groupes sont réglés par le droit civil, par le droit des sociétés par actions, par le droit de la propriété industrielle (1). C'est dire que le droit des groupes de sociétés n'a pas sa propre substance et qu'il est constitué de règles juridiques empruntées à diverses branches du droit. C'est l'interaction de ces règles et les modifications qu'elles subissent en présence d'un groupe d'entreprises qui font l'objet du «droit des groupes d'entreprises».

Aux Pays-Bas, la loi ne contient aucune réglementation relative aux groupes d'entreprises. Doctrine et jurisprudence ont statué en application des règles du droit commun et ont tiré argument du silence même de la loi en notre matière.

La doctrine y distingue les phénomènes de groupement (*stapelvormen*) ainsi, dans le cas où une société anonyme est actionnaire, administrateur ou commissaire d'une autre société et les phénomènes de contrôle (*beheersingsvormen*) dont le meilleur exemple est fourni par les holdings qui réalisent la concentration entre les mains d'une ou plusieurs autres sociétés (2).

Le droit belge des sociétés n'édicte aucune règle particulière aux groupes d'entreprises ou de sociétés, du moins en droit privé (3). La doctrine y distingue, comme aux Pays-Bas, outre le procédé d'intégration que représente la fusion, d'une part les participations, d'autre part les contrôles de holding. Les participations peuvent être le moyen de faciliter la conclusion d'accords de rationalisation et de spécialisation, qui peuvent être le prélude d'une intégration plus poussée. Les sociétés holding sont nombreuses en Belgique (4). Le droit luxembourgeois les définit comme une société qui a pour seul objet de prendre des participations, sous quelque forme que ce soit, dans d'autres sociétés luxembourgeoises ou étrangères et de gérer et mettre en valeur lesdites participations, sans activité économique propre (loi du 31-7-1929). Les deux législations diffèrent sur

(1) «Konzernrecht», p. 1.

(2) Van der Heijden-Van der Grinten, n° 97.

(3) Charley del Marmol, «Jura Europea».

(4) Passelecq, n° 992.

un autre point; la coordination des entreprises peut s'exprimer en un accord sous la forme de constitution d'une association momentanée; dépourvue de personnalité juridique en Belgique, une pareille association s'en trouverait dotée au Luxembourg (1).

Le code *italien* présuppose également, dans sa réglementation des sociétés, et plus particulièrement des sociétés par actions, une situation idéalisée qui n'est que rarement réalisée. La société à laquelle le législateur a donné une organisation et dont il a réglé le fonctionnement est une société autonome de tous les points de vue, dont les associés déterminent le sort par des délibérations communes (2). Toutefois, il n'a pas ignoré l'existence et l'importance des groupes d'entreprises. La notion du contrôle, apparue déjà en 1930 dans la terminologie du législateur (3), fut introduite dans le code de 1942. Il a donc, au moins implicitement, reconnu la réalité des groupes et des sociétés contrôlées par d'autres. Il ne leur a cependant pas consacré de réglementation cohérente (art. 2359, 2360, 2399, 2424, 2624 c. civ.). Ces dispositions ne constituent pas même l'ébauche d'un droit des groupes, malgré l'affirmation de la part du législateur qu'il s'est «préoccupé» d'endiguer ces combinaisons «qui peuvent surprendre la bonne foi des associés et des créanciers, de sorte qu'elles constituent un danger pour l'économie nationale» (4).

3. Le «Konzern» allemand

Le droit allemand des groupes d'entreprises s'est formé autour de cette notion. Si le «Konzern» est d'abord un phénomène économique, il devient une institution de droit lorsqu'il fait l'objet d'un règlement juridique propre.

La loi actuelle sur les sociétés anonymes a donné du «Konzern» une définition générale à laquelle il convient de se tenir même en dehors du champ d'application de la loi de 1937 (5). Constituent un «Konzern» les entreprises qui, bien que juridiquement indépendantes, sont rassemblées dans un but économique sous une direction unitaire (art. 15, al. 1). Le projet de loi reprend l'essentiel de cette définition du «Konzern» dans son article 17.

La direction unitaire des entreprises groupées dans un ensemble est donc le trait caractéristique d'un «Konzern». Elle doit, pour que plusieurs entreprises constituent un «Konzern», affecter la totalité de leurs activités (6).

Comme la loi actuelle, le projet précité renonce à préciser la forme et l'étendue que doit affecter une direction concertée pour être une suffisante direction unitaire au regard de la définition du «Konzern». Le projet est soucieux d'en retenir une notion assez large pour couvrir toutes les formes de centralisation que la pratique économique a inventées (7). Du fait qu'une pareille concentration est assurée, il y a

direction unitaire, sans égard à la méthode utilisée pour y parvenir. Il suffit que la politique commerciale de chacun des membres d'un groupe et la solution des problèmes principaux soient au diapason (7). Un critère plus précis a été formulé dans la doctrine : la direction unitaire supposerait, outre une certaine durée de la coopération des entreprises intéressées, l'existence d'un plan unique pour la gestion de ces entreprises (8). A dire vrai, un pareil plan existera chaque fois que des entreprises se groupent pour une coopération technique ou commerciale. En revanche, il manquera si le groupement est motivé par des raisons financières, ainsi le plus souvent si le groupement a été formé sous les auspices d'une banque ou d'un établissement chargé uniquement de financer les membres du groupe (9).

Les deux manières d'établir un «Konzern» correspondent aux deux formes de concentration : par voie de subordination (projet art. 17, al. 1) et par voie de coordination (projet art. 17, al. 2). Cependant, subordination ni coordination ne suffisent seules à faire d'un groupe d'entreprises un «Konzern». Elles doivent soumettre les entreprises à une direction unitaire, celle-ci étant le seul critère décisif d'un «Konzern».

Il n'est pas toujours facile de savoir si des entreprises sont soumises à une direction unitaire. La difficulté d'en faire la preuve a cependant été écartée par le projet pour le cas, de loin le plus important, de formation d'un «Konzern» par subordination. L'entreprise dominante cherchant en général à imposer sa direction à l'entreprise qui dépend d'elle et à transformer ainsi le groupe en un «Konzern», les rédacteurs du projet se sont servis de cette observation de la pratique commerciale pour en faire la base d'une présomption légale : l'entreprise dominante et l'entreprise dépendante sont présumées former un «Konzern» (art. 17, al. 1 *in fine*). Cette présomption devient irréfutable si un contrat de contrôle confirme cette dépendance ou si une des entreprises est économiquement intégrée dans l'autre (art. 17, al. 1, 2^e phrase).

La loi actuelle ne fait la distinction entre le «Konzern» proprement dit (art. 15, al. 1) et le simple état de dépendance d'une entreprise à l'autre (art. 15, al. 2) que pour les assimiler ensuite : la société dominante

(1) Arendt, «Colloque des juristes européens sur le groupement d'entreprises», rapport luxembourgeois, Paris, 5 au 6-12-1964.

(2) Redenti, dans «Rivista trimestriale di diritto procedura civile» 1960, pp. 561 et suiv.

(3) Décret-loi du 30-10-1930, n° 1459.

(4) «Relazione», n° 963 (cité par Frè, art. 2359, n° 1, p. 2433, note 1, qui soutient que le législateur a donné les grandes lignes d'une discipline des groupes de sociétés).

(5) Friedländer, pp. 36, 151; Rasch, p. 21.

(6) Rasch, p. 31; Baumbach-Hueck, art. 15, n° 2 A.

(7) Exposé des motifs, art. 17, p. 101.

(8) Rasch, pp. 36 et 37.

(9) Rasch, p. 37.

et la société dépendante sont supposées former un «Konzern». Le projet, de son côté, réserve le terme «Konzern» aux seuls groupements d'entreprises sous direction unitaire, afin d'écartier toute ambiguïté (1). Sur le plan pratique il sera plus important de distinguer suivant qu'il y a ou non contrat passé par les entreprises intéressées. Un groupe formé par contrat sera soumis à un régime juridique particulier.

Une entreprise sera considérée comme en état de dépendance chaque fois qu'une autre entreprise peut exercer sur elle un contrôle décisif (art. 16, al. 1). Par crainte de provoquer de fausses interprétations, le projet renonce à énumérer les sources d'une pareille faculté de contrôle (2). La participation majoritaire d'une entreprise dans une autre crée toujours une dépendance, que cette participation soit directe ou réalisée par l'intermédiaire d'une autre entreprise (projet, art. 16, al. 2, 5). Tandis qu'un contrôle virtuel d'une entreprise sur une autre suffit à créer entre elles un état de dépendance, il doit être exercé pour que les entreprises ainsi liées constituent un «Konzern». C'est la différence essentielle entre «Konzern» par subordination et simple état de dépendance.

L'incorporation (*Eingliederung*) d'une entreprise dans une autre constitue un lien encore plus étroit que celui qui lie les membres d'un «Konzern». D'après le projet, qui crée cette notion, l'incorporation peut avoir lieu si une société par actions détient le total du capital social d'une autre société par actions (projet, art. 308). Quoiqu'une telle incorporation vaille intégration économique, l'identité juridique de la société incorporée sera maintenue. De ce fait, l'incorporation se distingue de la fusion (3). Elle ne constitue pas une situation irréversible comme la fusion et peut être considérée comme une fusion à terme (4).

Le projet a aménagé pour les sociétés dont l'une est incorporée à l'autre un régime relativement simple. La société qui incorpore l'autre est libérée des devoirs qui incombent, au profit des actionnaires et des créanciers d'une société dépendante, à la société dominante. Les créanciers de la société incorporée sont protégés par la co-responsabilité de la société incorporante pour toutes les dettes encourues par la première.

Si une société détient au moins les 95% du capital social d'une autre, elle pourra procéder à l'incorporation de celle-ci. Les actions appartenant aux minoritaires seront alors transmises de plein droit à la société incorporante (projet, art. 309, al. 4). Ces minoritaires auront droit à une indemnité, selon leur choix en espèces ou en actions de la société incorporante (art. 309, 5).

On ne trouve dans l'état actuel des législations du Marché commun aucune réglementation qui approche de l'allemande. Le «Konzern» peut bien exister comme tel en France, aux Pays-Bas, en

Italie ou en Belgique, il n'est pas réglementé comme institution juridique. Le projet français en cours n'en souffle mot.

4. Distinction fondamentale

On la trouve formulée, quoique en termes divers, chez la plupart des auteurs des divers pays du Marché commun. La concentration d'entreprises prend les deux formes typiques de la constitution de groupe et de la participation financière.

La première correspond entre autres au «Konzern» allemand. Plus généralement, elle implique un accord contractuel. On a vu l'exemple dans les fusions étudiées dans un précédent rapport. Cet accord définira les bases du groupement; il sera plus ou moins explicite, rédigé par écrit ou verbal. Il est impensable qu'il n'existe pas.

La seconde prend également des formes variées. Il peut y avoir simple participation d'une société A à la constitution de la société B; du chiffre de la participation de la première dépendra son influence sur la marche et la gestion de la seconde. Il peut y avoir des participations croisées, chacune des deux sociétés A et B ayant participé à la constitution de l'autre. Il peut y avoir surtout des participations plus complexes par la création de filiales, de sous-filiales, de filiales de filiales et, par la reconstitution au troisième ou quatrième échelon, d'une forme sociale qui participe à la constitution de la société-mère. Des exemples précis en sont donnés par les auteurs. Ainsi, on a pu distinguer les participations radiales, les participations pyramidales, les participations circulaires, et enfin des participations plus complexes qui utilisent et mêlent entre eux les types précédents (5).

Contrat et participation financière vont souvent ensemble. Le contrat sera appelé par la participation; celle-ci, de son côté, conduira à clarifier les rapports entre les membres du groupe à l'aide d'un contrat. Un contrat à lui seul ne peut suffire. Si deux entreprises entendent aligner leurs activités et le faire de façon durable et stable, elles ne peuvent exposer leur liaison aux vicissitudes d'un contrat. Elles se lieront de façon plus définitive en donnant à chacune un droit de regard dans l'autre ou, plus souvent, à l'une d'elles un droit de regard dans l'autre, et ce droit, qui s'exprimera par des votes aux assemblées générales et aux délibérations des conseils d'administration, s'acquerra par une participation ou par des participations financières (6). Souvent ainsi

(1) Exposé des motifs, art. 15, p. 99.

(2) Exposé des motifs, art. 16, p. 100.

(3) Exposé des motifs, p. 235.

(4) Ballerstedt, p. 901.

(5) Champaud, pp. 213 à 220.

(6) Mestmäcker, p. 123; Rasch, BB 1959, 165, qui constate la tendance à établir des konzerns par subordination, voire par intégration plutôt que par coordination.

le contrat ne créera pas le groupement; il ne fera que mettre en forme plus juridique, plus ferme et mieux méditée, de part et d'autre, une situation que les participations financières avaient déjà créée (1).

5. *Plan*

Cette distinction fondamentale sera suivie dans un premier titre qui exposera les règles de formation des groupements d'entreprise.

Le second titre sera consacré au fonctionnement de ces groupements.

Les problèmes fiscaux restent hors du champ de cette étude. Leur importance est décisive, mais ce

rapport est consacré à la seule influence des règles du droit commercial privé sur le problème de la concentration des entreprises. Il n'est pas inutile de rappeler que ce n'est pas la concentration en soi qui doit y être étudiée, mais la mesure dans laquelle le droit national de chacun des pays membres de la CEE favorise, ou au contraire décourage, la concentration des entreprises.

(1) Mestmäcker, pp. 324 à 342. A titre d'exemple on mentionnera le contrat récemment passé entre deux entreprises sidérurgiques importantes, «Bochumer Verein» et «Rheinhausen», appartenant toutes deux à l'empire industriel de Krupp. Le contrat n'a fait que sanctionner une étroite liaison existant déjà. Voir «Handelsblatt» du 17/18-6-1964, p. 9.

TITRE I

FORMATION DES GROUPEMENTS D'ENTREPRISES

6. Observations générale et fondamentale

Sauf sur certains points où les législateurs sont intervenus (p. ex. interdiction des participations croisées) et sauf l'influence générale des lois (le traité de Rome compris et en première ligne) concernant les ententes, l'absence de dispositions législatives d'ensemble sur les concentrations d'entreprises aura pour effet que, d'une façon générale, la formation des groupements d'entreprises n'est ni favorisée ni défavorisée par la loi commerciale. Il en est autrement de la loi fiscale dont on voit, sans entrer dans aucun détail, qu'elle tend en général à favoriser les concentrations d'entreprises, dès qu'elle prend l'élémentaire précaution d'éviter les doubles impositions.

Dans nos six pays du Marché commun règnent encore, au moins théoriquement, le principe de la liberté contractuelle et le principe de la liberté des chefs d'entreprises. Tant que le socialisme n'aura pas pris davantage racine dans nos pays, la liberté économique doit sinon favoriser, du moins tolérer tous les phénomènes de concentration. On dira de façon plus large que le droit commercial est indifférent au phénomène.

Cette vérité dominera nos explications sur l'une et l'autre des formes qu'étudieront les deux chapitres de ce titre.

CHAPITRE I

Participation d'une société à une autre

7. Plan du chapitre

On étudiera successivement les conditions de validité de la participation et ses moyens de réalisation.

Les conditions de la prise de participation seront examinées successivement sous l'angle des personnes morales qui peuvent s'y livrer, sous le rapport de la compatibilité qui doit exister entre la prise de participation et leur objet social, sous l'angle de la décision à prendre.

On examinera également, dans la première section, l'incidence possible de la législation sur les ententes.

Les moyens de réalisation conduiront à s'interroger d'abord sur le problème particulier des participations réciproques, ensuite sur les modalités pratiques des prises de participation, toujours considérées de ce point de vue : les législations nationales favorisent-elles ou défavorisent-elles ces procédés de concentration ?

SECTION 1

CONDITIONS DE VALIDITE DES PARTICIPATIONS

§ 1. Quelles sociétés peuvent être «participantes» ?

8. Sociétés de personnes et sociétés de capitaux

Les participants étant des associés, le problème se réduit à se demander si une société peut être membre d'une autre société.

La réponse est généralement affirmative. Les membres d'une société peuvent être des personnes physiques ou des personnes morales, indifféremment en principe. Si cependant, sous réserve de ce qui sera dit ci-dessous des Pays-Bas, il ne paraît douteux dans aucun pays qu'une société de personnes puisse faire partie d'une société de capitaux, il n'en est peut-être pas de même pour la situation inverse. L'hésitation provient de ce que les membres d'une société de personnes sont souvent tenus indéfiniment des dettes sociales; alors une société de capitaux pourrait-elle être membre d'une société de personnes et — ce qui est important dans le cadre de cette étude — pourrait-elle prendre une participation dans une société de personnes ?

C'est raisonner faiblement car, si les membres de la société de capitaux ne sont tenus que limitativement, la société de capitaux, elle, peut être tenue indéfiniment. On dira qu'elle n'est finalement tenue que sur son actif; mais il en est de même des individus, personnes physiques. La réponse, sauf indication contraire explicite des lois, sera donc qu'une société de capitaux peut prendre une participation dans une société de personnes ⁽¹⁾.

9. Exceptions

Elles sont de divers ordres.

a) On notera d'abord la position *néerlandaise* qui tient à ce que pour faire partie d'un groupement quelconque la personnalité juridique est requise, ce qui exclut les sociétés en nom collectif et les commandites qui, aux Pays-Bas, n'ont pas la personnalité juridique. Par contre, une société anonyme peut entrer dans une association en participation, faire partie d'un trust, d'un consortium, d'un cartel, d'un syndicat, même si ces groupements n'ont pas eux-mêmes la personnalité juridique ⁽²⁾.

b) On notera ensuite la solution *belge* concernant les sociétés à responsabilité limitée, dont seules des personnes physiques peuvent faire partie : article 119, alinéa 1, LCV ⁽³⁾. Par contre, il est admis qu'une société de personnes à responsabilité limitée fasse partie d'une société anonyme ou d'un autre groupement; on a prétendu le contraire, mais le législateur a voulu seulement empêcher que des sociétés de familles servent de couverture juridique à des trusts ou à des holdings; elle n'a pas voulu interdire à une société à responsabilité limitée de s'intéresser à la formation d'une autre société ⁽⁴⁾.

c) En *Italie*, la participation d'une société quelconque à une société de capitaux est admise sans difficulté puisque le code en suppose à plusieurs endroits la validité ⁽⁵⁾. Par contre, on hésite sur la faculté, pour une société de capitaux, de participer à une société

(1) En *Allemagne* : RG 4-7-1922, RGZ 105, 101; voir Weipert, art. 105 n° 26 et les références; en *Belgique* : Passelecq, n° 331; Frédéricq, IV n° 75; en *France* : Vanhaecke n° 23 et les références.

(2) Van der Heijden-Van der Grinten, n° 96.

(3) A. Tschoffen, «Les sociétés de personnes à responsabilité limitée», 4^e éd.; Bruxelles, 1959, n° 20.

(4) Frédéricq, IV, n° 75.

(5) Frè, «Società per azioni», 3^e éd. 1962, dans «Commentario del Codice civile», ed. par Scialoja et Branca, art. 2331, n° 3, p. 84; Guerra, «Le Società di partecipazione», 1957, p. 28; Libonati, «Holding e investment trust», 1959, p. 82; pour les sociétés à responsabilité limitée: Graziani, «Diritto delle società», 4^e éd. 1959, p. 445.

de personnes (1). La Cour de cassation leur refuse cette faculté par une jurisprudence constante et ferme (2). Plusieurs Cours d'appel et tribunaux résistent (3) et la majorité des auteurs est également en faveur de la thèse contraire (4).

Ce grand nombre d'arrêts témoigne de l'intérêt pratique de la question; cet intérêt se marque en matière de faillite. Au reste, l'interdiction faite par la Cour suprême ne gêne guère la concentration des entreprises. Si une société de personnes envisage de participer à une société de capitaux, elle peut se transformer, auparavant, en société à responsabilité limitée. Une telle transformation pourrait tout au plus gêner les concentrations sur une petite échelle où l'inconvénient d'avoir à changer la raison sociale (voir art. 2473 du c. civ.) et le crédit quelque peu diminué dont jouit une société à responsabilité limitée est compensé par l'adhésion de la société à un groupe puissant. Il se pourrait cependant qu'il y eût parfois des inconvénients d'ordre fiscal à transformer une société de personnes en société de capitaux.

d) En dernier lieu, certaines législations peuvent interdire que tel ou tel poste de direction soit tenu par une personne morale. Tel est le cas en France du poste de président-directeur général de la société anonyme (art. 12, loi du 4-3-1943) ou en Allemagne du poste de directeur (art. 75, al. 1).

En Italie, la question est discutée, niée par les uns (5), la faculté pour une société d'occuper un poste d'administrateur est admise par un nombre croissant d'auteurs (6).

Aux Pays-Bas, ces restrictions semblent inconnues (7).

§ 2. Rapport entre l'objet social et la prise de participation

10. Question posée

On s'est demandé dans la doctrine de nombreux pays si une société pouvait prendre une participation dans une autre société dont l'objet est différent de celui de la sienne. La question a un sens à condition de s'entendre sur la notion de participation et de lui donner un sens étroit.

En effet, on peut dire d'un façon large que toute acquisition par souscription ou achat d'une action constitue une participation à la constitution du capital de cette société, est une prise de participation dans cette société. En ce sens, la réponse sera indubitablement affirmative car une société quelconque peut avoir un portefeuille et le garnir des actions d'une autre société. Mais si la participation n'est

plus une affaire d'épargne et de placement et concerne soit un bien particulièrement utile au fonctionnement de la société (ainsi l'apport d'un fonds de commerce ou d'un brevet d'invention) ou s'il s'agit d'un apport en numéraire qui doit intéresser largement la constitution du capital de la société, alors l'opération dépasse l'ordre du placement et la question se pose.

11. Discussion et réponse italiennes

La question ainsi délimitée a été très discutée, surtout en Italie.

Bien que le législateur ait, par l'article 2361 du code civil, indiqué la solution, les auteurs ont abordé le problème sur le plan général de la signification et de la fonction de l'objet social. Ils ont alors réanimé la vieille querelle : l'objet social d'une société limite-t-il sa capacité ou, au contraire, la société est-elle douée, comme une personne physique, d'une capacité générale, qui n'est pas liée à son objet social (8). Dans cette deuxième conception l'objet social ne fait que limiter les pouvoirs de ceux qui sont appelés à représenter la société. La majorité de la doctrine s'est engagée dans cette voie (9) mais

(1) La participation d'une société de personnes à une autre société de personnes ne présente guère d'intérêt pratique. Pour son admissibilité voir Libonati, p. 88, qui se fonde pourtant sur la thèse très contestée — et contraire à la conception du législateur (v. Graziani 44) — d'après laquelle chaque société commerciale est dotée de personnalité juridique.

(2) Cass., 18-6-1955, n° 1903, «Repertorio generale della Giurisprudenza italiana», 1955, s. v. Società, n° 91; 11-1-1962, n° 21; «Foro Italiano» 1962, I. p. 690; 16-2-1963, n° 342; «Foro Italiano» 1963, I. 1990.

(3) App. Messina, 29-11-1957, «Foro Italiano», 1958, I. p. 260; Napoli, 4-4-1955, «Foro Italiano», 1726; Trib. Pinerolo, 7-12-1959, «Foro Italiano», 1960, I. p. 1180.

(4) Ascarelli, «Problemi giuridici» II, 1959, pp. 428, 429; Bigiavi, «Foro Italiano», 1960, I. p. 1180; Graziani pp. 81 à 82; Guerra, pp. 27 et suiv.; Libonati, pp. 81 et suiv.; Ferrara, «Foro Italiano», 1964, I. p. 370; *contra*; Bonfante e Straffa, «Rivista di diritto commerciale», 1921, I. p. 609 (cité par Libonati, pp. 83 et 84); Frè, art. 2331, n° 3, p. 84 à 85; pour d'autres références voir Frè et Ferrara, *loc. cit.*

(5) Minervini, «Gli amministratori di società per azioni», 1956, pp. 87 et suiv. (cité par Graziani, p. 362, n° 1); Frè, art. 2382, p. 366.

(6) Guerra, pp. 32 et suiv.; Libonati, pp. 173 et suiv., 180; Candian, «Temi», 1959, pp. 326 et suiv. (cité par Graziani, p. 362, n° 1); Greco, «Le società nel sistema legislativo italiano», 1959.

(7) Voir pour la faculté de nommer une société en nom collectif comme administrateur, Molengraaf, p. 275; comme commissaire : Van der Heijden-Van der Grinten, n° 284.

(8) Le rapport entre ce problème général et celui de la participation d'une société à des entreprises qui lui sont étrangères a été affirmé surtout par Fanelli, «Mélanges Mossa», II, 1961, pp. 77 et suiv. et Graziani, «Rivista di diritto civile», 1956, pp. 36 et suiv.

(9) Graziani, «Diritto delle società», pp. 56 et suiv.; Ascarelli, «Scr. giur.» II, 670; Guerra, pp. 43 et suiv.; Greco, p. 200; Mignoli et Nobili, «Enciclopedia del diritto», II, 1958, p. 140.

d'autres affirment que la société n'a de capacité qu'en fonction de son objet social (1).

Selon l'article 2361 du code civil, une société ne peut pas prendre de participation dans une «autre entreprise», même si les statuts l'autorisent de façon générale, si cette participation par son importance ou par son objet, modifie *substantiellement* l'objet social de la société participante (2). La difficulté vient du mot en italique : il paraît indiquer que le législateur distingue plusieurs degrés d'une incompatibilité d'après le but social.

En général, on soutient, par un raisonnement *a contrario*, que le législateur a, par l'article 2361 du code civil, permis aux sociétés d'acquérir, sans modification préalable des statuts, toute participation qui ne modifierait pas substantiellement l'objet social. Il en est ainsi de celles qui, sans égard à leur importance, concernent une activité comprise dans l'objet social de la société participante, et de celles qui, concernant une activité quelconque, ne sont que de faible importance par rapport à l'activité principale poursuivie par la société participante (3).

Les statuts ne peuvent pas, par une clause générale, autoriser la société à changer, implicitement par voie de participation, le domaine d'activité qu'ils ont défini. Cette manœuvre tournerait les règles de procédure qu'il faut suivre en cas de modification de l'objet social (4). Si une autorisation statutaire ne peut donc pas valider une participation quelconque, devient-elle une condition nécessaire à l'acquisition d'une participation qui, par sa nature et par sa mesure, cadre avec l'objet social? Certains auteurs l'affirment (5), d'autres le nient (6).

Ces considérations générales mises à part, un cas particulier a surtout attiré l'attention des auteurs, celui de la transformation d'une société en holding. En pareil cas une participation de contrôle remplacera l'actif producteur qui sera transféré à la société contrôlée (7). On s'est demandé si cette séparation institutionnelle de la direction et de la gestion financière de l'exploitation industrielle ou commerciale dans les entreprises faisant partie du groupe constitue ou non une modification substantielle de l'objet social. La réponse dominante est négative (8). Le fait, pour une société, de poursuivre l'objet social, non plus directement mais par l'intermédiaire d'une autre société, laisse cet objet intact. Les actions reçues en contrepartie du transfert du patrimoine producteur représentent des droits (du deuxième degré) relatifs à ce patrimoine qui continue d'appartenir (économiquement) aux actionnaires. Le capital engagé reste exposé aux mêmes aléas et la dépendance où se trouve la société de production par rapport à la société participante réserve aux dirigeants de celle-ci, c'est-à-dire à ceux auxquels les actionnaires ont confié le sort de la société et de

l'entreprise sociale, le pouvoir d'arrêter au moins les grandes lignes de l'exploitation du patrimoine social (9).

12. Discussion et réponse allemandes

Si la loi de 1937 prescrit d'indiquer dans les statuts l'objet de la société (art. 16, al. 3), la doctrine déplore la trop grande latitude qu'a prise la pratique avec cette exigence. Le projet en cours suit cette indication en se montrant plus sévère (voir art. 20, al. 3, n° 2) (10). Lorsque le but social est précisément l'acquisition et la détention des participations à d'autres sociétés, en d'autres termes, lorsqu'il s'agit

(1) Romano Pavoni, «Le deliberazioni delle assemblee della società», 1951, p. 77; Zanelli, «La nozione di oggetto sociale», 1962, pp. 376 et suiv. et 389 et suiv.; la Cour de cassation, enfin, par décisions récentes, a jugé nulles les garanties données par les deux administrateurs d'une société, qui en étaient les seuls associés, en faveur d'une autre société à laquelle ils étaient personnellement intéressés : Cass., 20-6-1958, n° 2148; 25-10-1958, n° 3471, «Foro Italiano» 1959. I. p. 1150. La Cour a fondé sa décision au premier chef sur un conflit d'intérêt entre la totalité des associés de la société et la société même et, au deuxième chef, sur ce que les administrateurs-associés n'avaient pas observé la procédure prescrite pour la modification de l'objet social; pour une interprétation de ces deux arrêts d'un intérêt majeur et dont les attendus esquissent toute une philosophie de la société commerciale : Zanelli, pp. 382 et 83.

(2) Cette disposition fait partie du chap. sur les sociétés par actions et non du chap. général sur les sociétés. On soutient, pourtant, qu'il s'y agit d'un principe général qu'il convient d'appliquer à toutes les sociétés, Graziani, «Diritto delle società», p. 457; Libonati, p. 112.

(3) Frè, art. 2361, p. 256; Guerra, pp. 51 et suiv.; Graziani, dans «Rivista di diritto civile», 1956, pp. 36, 40; Zanelli, pp. 282 et suiv.; Antonini, dans «Giurisprudenza italiana», 1960. IV. 57. 60. *Contra* : Fanelli, «Studi Mossa», pp. 77 et suiv., voir Libonati, pp. 111 et suiv., 118, qui soutient que le législateur a voulu empêcher qu'une société constituée aux fins d'une exploitation directe assume, sans modification formelle de son objet social, la fonction principale d'une société holding.

(4) Voir *Relazione*, n° 965, Graziani, dans «Rivista di diritto civile», 1956, p. 59.

(5) Lordi, «Istituzioni di diritto commerciale», 1943, p. 298; rapp. Frè art. 2361, p. 254, n° 2.

(6) Guerra, p. 42.

(7) Le terme allemand *Effekten-Substitution* qui saisit bien ce procédé se trouve souvent employé par la doctrine italienne. En général, on affirme qu'une société peut valablement avoir pour objet social la détention et la gestion de participations, car une pareille activité est «économique», aux termes de l'art. 2247 : Fanelli, «Mélanges Mossa», p. 86; Libonati, pp. 68 et suiv.; Zanelli, pp. 275 et suiv., 280. En pareil cas, l'application de l'art. 2361 est évidemment exclue; Graziani, dans «Rivista di diritto civile», 1956, p. 40; Libonati, p. 115.

(8) Voir déjà l'exposé des motifs d'une loi du 13-11-1931, depuis abrogée, qui supprimait temporairement le droit de sortie dont l'actionnaire jouit en cas de modification de l'objet social, précisément dans l'hypothèse où une société se transforme en holding (rel. d. l. 13-12-1931, n° 1434, cité par Frè, art. 2361, n° 1).

(9) Guerra, p. 55; *contra* : Fanelli, pp. 90 et 97; Libonati, p. 117.

(10) Fischer, art. 16, n° 11; Baumbach-Hueck, art. 16, n° 4 CLV; exposé des motifs, art. 20, p. 105.

d'un holding, la doctrine n'admet pas que l'objet social soit décrit simplement comme la «participation à d'autres entreprises»⁽¹⁾. Cette thèse est contestable.

La désignation de l'objet social par les statuts a une double fin :

a) le juge qui tient le registre de commerce doit pouvoir se convaincre de ce que la société est constituée dans un but légal⁽²⁾, qu'elle ne doit justifier d'aucune autorisation administrative pour l'exercice de cette activité;

b) elle indique l'ordre des risques que les actionnaires acceptent de courir en confiant leur capital à la société ou que les tiers acceptent en lui accordant des crédits; or ceux qui confient leur argent à une société holding doivent en connaître l'objet qui est, pour la plupart, de s'engager dans diverses branches de l'industrie et du commerce; cette diversité doit protéger les intérêts du groupe contre les vicissitudes auxquelles est exposée l'entreprise dont l'activité est trop étroite, et limiter les risques propres à toute exploitation industrielle ou commerciale.

13. Discussion et pratique dans les autres pays

En France, la question a fait l'objet d'un seul arrêt⁽³⁾ qui approuva une décision de la Cour d'Alger qui avait reçu l'idée que la capacité des sociétés se trouve limitée par leur objet. Mais cette solution qui n'est pas certaine⁽⁴⁾ et que les auteurs n'approuvent guère⁽⁵⁾ a eu pour seul effet d'inciter les fondateurs de sociétés à rédiger les statuts de façon très large et à prévoir en particulier que la société pourra prendre des participations dans les entreprises ayant un objet semblable au sien ou mieux dans les entreprises travaillant dans le même secteur économique.

En Belgique ce serait, dit-on, altérer l'objet social que de prendre une participation dans une société qui n'a pas de rapport avec l'objet de la société participante⁽⁶⁾.

14. Modification préalable des statuts

Quant une société ne peut pas acquérir de participation dans une autre société parce que la réponse juridique (ou législative) de l'État considère qu'une pareille participation n'entrerait pas dans son objet social, il lui reste la ressource de modifier ses statuts préalablement à l'opération de façon qu'elle cadre avec l'objet défini de façon désormais différente ou plus large.

En Italie, où la solution est l'objet d'une disposition législative (voir ci-dessus, point 11), la modification de l'objet doit être décidée en assemblée extraordinaire par une majorité représentant plus de la moitié du capital social (art. 2368 et 2369), solution qui peut

à l'occasion constituer un obstacle sérieux à la transformation d'une société active en holding⁽⁷⁾. Les minoritaires seront protégés par les mesures générales de l'article 2437 (droit de retrait et de compensation).

Une prise de participation contraire à l'article 2361 est donc interdite sans modification préalable des statuts. Mais quelle est la nature de la sanction? Ceux qui y voient une restriction à la capacité de la société penchent pour l'annulabilité⁽⁸⁾. Ceux qui y lisent une règle relative aux pouvoirs des administrateurs répondent que l'opération ne lie pas la société et engage la responsabilité des administrateurs⁽⁹⁾.

En Allemagne, il faudra pareillement élargir ou changer l'objet social. Ce sera l'œuvre d'une assemblée convoquée à cette fin et délibérant avec les trois quarts du capital social (art. 145, 146); sinon, la prise de participation ne sera pas nulle, le droit allemand ignorant la théorie anglaise de l'*ultra vires*⁽¹⁰⁾, mais les dirigeants seront responsables envers les actionnaires et envers les tiers. L'absence d'indication de jurisprudence engage à croire que la concentration d'entreprises n'a pas été gênée en Allemagne par la règle de la nécessaire conformité à l'objet social.

La modification des statuts, aux conditions ordinaires requises par la loi, sera pareillement nécessaire dans les autres pays du Marché commun en vue d'opérations qui n'entreraient pas dans l'objet social de la société participante.

15. Coopératives

Les buts qu'elles se proposent et l'esprit qui les inspire peuvent être incompatibles avec la prise de participation qui paraît relever de la conception capitaliste. La loi allemande sur les coopératives précise qu'elles ne peuvent entrer dans une société, une association ou un établissement public à moins que l'opération ne serve à promouvoir l'activité et l'exploitation économique de leurs membres ou le bien public (art. 1, al. 2).

(1) Fischer, art. 16, n° 11; Baumbach-Hueck, art. 16, n° 4 C.

(2) Voir Baumbach-Hueck, art. 16, n° 4 C.

(3) Req. 30-4-1913, D. 1914. I. 279, rendu sur un pourvoi sur Alger 16-2-1911, «Journal des sociétés», 1914, I, p. 414, note.

(4) Elle paraît confondre la capacité de la société et les pouvoirs de ses gérants; elle est contraire à l'esprit du droit français et se ressent fâcheusement de l'influence de la doctrine anglo-américaine de l'*ultra vires*.

(5) Voir les citations dans Vanhaecke, nos 28 à 30.

(6) Frédéricq, V, n° 511.

(7) Voir Libonati, p. 112.

(8) Greco, «Lezioni di diritto commerciale», 1944, p. 211 (cité et critiqué par Fanelli, dans «Rivista di diritto civile», 1956, pp. 682, 692, n° 65).

(9) Fanelli, *op. et loc. cit.*; voir Bigiavi dans «Giur. it.», 1946, IV, 6.

(10) Baumbach-Hueck, art. 16, n° 4 C.

La même règle peut être considérée comme inspirée par les lois sur les coopératives des autres pays. Mais il ne faut pas leur interdire toute prise de participation. Ainsi on conçoit que des coopératives de consommation s'unissent pour financer un organisme de production qui alimentera leurs magasins.

§ 3. La décision de participer à une autre société

16. L'habilitation des administrateurs de la société participante

A moins qu'il n'ait été réglé spécialement par la loi ou par les statuts, la décision de prendre une participation dans une autre société dépendra des règles générales concernant les pouvoirs des administrateurs. Si l'on suppose que l'opération n'est pas incompatible avec l'objet social de l'entreprise participante (voir ci-dessus points 10 et suiv.), les gérants ou les administrateurs puiseront dans leurs pouvoirs généraux celui de conduire et de conclure l'opération qui aboutira à cette prise de participation. Telle est la solution dans les divers pays du Marché commun (1).

Si les statuts prévoient la nécessité d'obtenir quelque autorisation, la violation entraînera la nullité de l'opération en France (2), mais non en Allemagne. C'est la règle courante, différente dans l'un et l'autre pays concernant l'incidence des restrictions apportées par les statuts aux pouvoirs ordinaires des gérants ou des administrateurs.

17. Hésitations italiennes

On n'hésite pas lorsque la participation à prendre entre dans l'objet social. C'est alors au conseil d'administration d'agir (3).

Lorsque, par contre, les statuts fixent un objet social incompatible avec l'opération projetée, la combinaison des articles 2384 et 2298 du code civil dénie aux administrateurs le pouvoir de représenter la société.

Cette solution est logique du point de vue de ceux qui contestent à une société la capacité d'acquiescer une participation incompatible avec son but social. Mais la majorité des auteurs ne partagent pas cette thèse. Encore la solution pourrait-elle être acceptable pour ceux qui ne voient dans l'article 2361 du code civil que la confirmation de la théorie plus ou moins nouvelle d'après laquelle la compatibilité d'un acte avec le but social d'une société n'est plus déterminée par le contenu de cet acte considéré *per se* mais par sa relation avec le but social (4). Ceux qui n'adhèrent ni à l'une ni à l'autre de ces thèses doivent chercher ailleurs le pouvoir que l'article 2298 du code civil refuse aux administrateurs.

C'est la thèse de Graziani qui attribue à l'assemblée (ordinaire) une compétence résiduaire qui lui permet d'accomplir tous les actes qui, bien que couverts par la capacité de la société, n'entrent pas dans le pouvoir de ses administrateurs (5). Cette solution aboutit à tourner la nécessité de modifier l'objet social et témoigne du désarroi d'une doctrine perdue par la subtilité.

18. Précautions belges contre les opérations personnelles des administrateurs

Aucune règle légale n'interdit à l'administrateur d'une société de prendre une participation personnelle dans une autre entreprise. Mais en Belgique les statuts de sociétés prévoient assez souvent des restrictions à la négociabilité des actions, précisément pour éviter qu'elles ne soient acquises par des personnes intéressées dans des entreprises concurrentes (6).

Dans le même ordre d'idées, la Commission bancaire, créée par l'arrêté royal du 9 juillet 1935, s'est intéressée aux prises de participation par négociations directes entre actionnaires d'une société et associés d'une autre société. Elle a estimé devoir être consultée sur les opérations d'échange que réalisent ces conventions dont on pense qu'elles se multiplieront avec le développement des concentrations à l'intérieur du Marché commun (7).

§ 4. Limitations quantitatives

19. Précaution contre les participations réciproques

Si une société A souscrit à 2 millions du capital-actions émis par la société B et qu'en revanche la société B souscrit à 2 millions du capital émis par la société A, un jeu d'écritures remplacera l'entrée de valeurs réelles dans les actifs de ces sociétés et les garanties qu'elles offriront à leurs créanciers, en leur annonçant un capital social de x ... millions seront illusoire à concurrence de 4 millions pour le groupe des deux sociétés. Les participations réciproques peuvent être organisées en triangle, la

(1) Voir en France : H. Blaise, «L'apport en société», Rennes, 1955, n° 164; aux Pays-Bas : Van der Heijden-Van der Grinten, nos 142-1 et 143.

(2) Le projet français en cours de discussion rejoint la solution allemande qui n'existe actuellement en France qu'en matière de sociétés à responsabilité limitée; voir en Allemagne : Rasch, p. 55; Schmidt, art. 95, p. 21.

(3) Guerra, p. 60.

(4) Voir Ascarelli, «Scr. giur.», II, pp. 670 et suiv.

(5) «Rivista di diritto civile», 1956, p. 42; *contra* : Fanelli, «Mélanges Mossa», pp. 100 et suiv. (avec des références) qui fait valoir que l'assemblée ordinaire ne peut pas davantage franchir les limites tracées par la détermination statutaire de l'objet social que ne le pourraient les administrateurs.

(6) Frédéricq, IV, n° 391.

(7) Voir les circonstances de l'affaire relatée dans le «Rapport annuel de la Commission bancaire», 1959/60, p. 111.

société A prenant part à la constitution de la société B, laquelle prend part à la constitution de la société C, laquelle enfin prend part à la constitution de la société A.

Ces procédés présentent deux inconvénients : d'une part, elles aboutissent à des constitutions fictives, partiellement en général, du capital social; d'autre part, elles tendent à libérer les dirigeants de chacune des sociétés au contrôle de leurs actionnaires et à transformer leur désignation en une sorte de co-option (1).

Une enquête récemment publiée en Allemagne en a indiqué l'importance (2). Les participations réciproques sont surtout fréquentes dans le secteur des assurances, parce que la loi sur le contrôle des entreprises d'assurances interdit à une même entreprise de travailler dans divers secteurs, de sorte qu'on ne peut atteindre la diversification qu'en multipliant les sociétés; également parce que la technique de la réassurance favorise les entrelacements d'entreprises. Ceci dit, les participations réciproques très importantes sont rares.

20. Diversité des solutions

A l'heure actuelle, la France est le pays le plus strict en la matière. Une loi du 4 mars 1943 a posé en principe que « toute société dont une fraction du capital social égale ou supérieure à 10% est la propriété d'une autre société ne peut posséder d'actions de cette dernière société » (art. 8, al. 1^{er}). La mise en jeu de cette interdiction se réalise par une procédure qui débute avec un avis (la société qui possède 10% du capital de l'autre doit prévenir celle-ci) et s'achève par un accord (les sociétés s'entendent pour abaisser les chiffres de leurs participations) ou par la vente de ses titres imposée à celle des sociétés qui détient la plus faible participation relative. Des délais sont fixés pour aboutir à l'une de ces solutions (3). Si ce système aboutit à éviter qu'une société se procure inopinément le contrôle d'une autre société, il présente bien des défauts. En particulier, il peut engager la société, en passe d'être dominée, à acquérir un nombre suffisant d'actions de la société en passe de devenir dominante pour renverser la situation et l'inciter de la sorte à des opérations hasardeuses. La course au contrôle peut aboutir à une catastrophe financière pour l'une et l'autre. Régulant le cas des participations réciproques directes, elle n'atteint pas les participations triangulaires. Le contraste est choquant entre la fermeté des infractions à la loi et l'insuffisance de ses prévisions.

21. Allemagne — Loi et projet

La loi actuelle ne paraît pas suffisante; les participations croisées y restent permises, à moins qu'on arrive à un état tel qu'une société dépende de l'autre; en ce cas elle ne peut acquérir des actions de la

société dominante que dans la mesure où elle peut racheter ses propres actions (art. 65, al. 5). L'interdiction est même absolue pour les augmentations du capital de la société dominante auxquelles la société dépendante ne peut pas participer (art. 51, al. 2).

D'autre part, si une société dominée a pu valablement acquérir des actions de la société dominante, elle ne peut pas exercer le droit de vote afférent à ces actions (art. 114, al. 6). Cette interdiction a donné lieu à des difficultés dans les cas où les participations réciproques sont d'importance sensiblement équivalentes. Les uns ont opiné que l'interdiction ne s'appliquait alors pas (4). La doctrine moderne tend plutôt à admettre qu'aucune des deux sociétés ne peut alors voter dans les assemblées de l'autre (5).

Le projet en cours renforce ces règles. Sans prohiber absolument, il aménage un régime juridique assez compliqué et strict. En cas de participation réciproque, la société qui, pour une raison quelconque, exerce une influence décisive sur l'autre sera considérée comme dominante celle-ci (projet, art. 18, al. 2), ce qui conduira à faire jouer tout un statut : règles relatives à l'acquisition d'actions par la société dépendante (art. 68, al. 5 du projet) et à l'interdiction d'exercer le droit de vote afférent aux actions détenues par la société dominée (art. 130 du projet). Les mêmes règles opèrent lorsque chacune des sociétés dépend de l'autre (art. 18, al. 3 du projet). Si aucune société n'exerce d'influence décisive, ce qui peut être admis lorsque les faits l'imposent et sous la seule condition que la participation de l'une ne devienne pas majoritaire, ces interdictions n'opèrent pas (6).

Le projet ajoute un système de publicité comme la loi française de 1943. La société qui détient plus du quart du capital d'une autre société doit lui en donner avis (projet, art. 19, al. 1). Cet avis donné, ses droits de vote dans la société dominée ne seront pas atteints (art. 316, al. 2).

Ces propositions témoignent du souci de ne pas faire inutilement obstacle aux concentrations par partici-

(1) Mestmäcker, p. 115; Ballerstedt, p. 902. Friedländer, p. 67; Rasch, p. 49; voir l'exposé des motifs du projet allemand, p. 102.

(2) Enquête sur la concentration : « Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft », du 5-6-1964 (Drucksache IV/2320 du Deutscher Bundestag). Environ 59% du capital nominal des compagnies d'assurances allemandes étaient, en 1960, détenus par d'autres compagnies allemandes et environ 9% par des compagnies d'assurances étrangères, enquête, p. 47.

(3) Voir Vanhaecke, nos 95 et suiv.; Champaud, n° 136.

(4) Voir les références données par Mestmäcker, p. 116, n° 284.

(5) Rasch, pp. 48 et 116; Schmidt, art. 15, n° 4; Mestmäcker, p. 116; Hefermehl, « Betriebsberater », 1955, p. 305; *contra* : Boesebeck, « Betriebsberater », 1955, p. 401.

(6) Exposé des motifs du projet, pp. 239 et 240.

pations tout en prevenant les effets funestes. On a pourtant critiqué cette obligation d'avis, jugée contraire à l'anonymat des actions et au secret des affaires (1).

22. Réglementation italienne

Elle est plus modeste que la française et que celle du projet allemand qui vient d'être analysé. Elle vise un seul des abus auxquels on tente ailleurs de parer : les souscriptions réciproques qui, *parte in qua*, vident de leur substance le capital social des sociétés qui croisent leurs participations. L'article 2360, alinéa 1, l'interdit. La doctrine limite d'ailleurs la portée de ce texte : il ne s'appliquerait que si les souscriptions réciproques sont le résultat d'un accord entre les sociétés intéressées (2) ou tout au moins s'il a eu connaissance réciproque de l'opération (3). On ajoute que cette exigence n'est plus grande, compte tenu de ce que, sauf dans les régions dont l'autonomie législative a été sauvegardée (4), seules sont autorisées les actions nominatives.

Ce laxisme qui aurait produit des abus (5) est critiqué par certains auteurs (6).

23. L'attitude hostile de la Commission bancaire en Belgique

Les participations réciproques y sont mal vues. La Commission bancaire indique qu'elle subordonne son *nihil obstat* à l'élimination des participations par le moyen des échanges ou de la vente en Bourse dans un délai déterminé (7). Elle a plusieurs fois manifesté combien le jeu des participations entrecroisées lui semblait fausser le jeu de la société anonyme. Cela lui paraît net surtout dans les cas où les titres de la société dominée sont dispersés dans le public; en pareil cas, une faible participation permet à une autre société de mener la première; le seul fait de priver la filiale du droit de voter dans les assemblées de la société mère ne suffit pas à détruire les avantages de la situation pour celle-ci. Elle estime, d'autre part, que l'opération a toujours pour résultat sinon pour objet de rendre les deux sociétés propriétaires d'une partie de leurs propres actions, par personne interposée. Enfin, les délibérations qui autorisent ces opérations s'analysent souvent comme des abus de pouvoirs ou comme un détournement des fonds sociaux hors de la destinée qui devrait être la leur.

Pour autant, la Commission ne condamne pas toutes les participations réciproques, soit qu'elles consistent chez l'une en la détention de parts bénéficiaires chez l'autre, donc de titres dépourvus du droit de vote; soit qu'il s'agisse de participations faibles entre des sociétés faisant partie de groupes industriels distincts, soit enfin qu'il s'agisse de placements d'un ordre normal (8).

Aux Pays-Bas, l'absence de toute réglementation laissant jouer le seul droit commun, aucune mesure

particulière ne doit être prise contre les participations réciproques (9).

24. Limitations quantitatives des participations en Italie

a) Une limitation purement quantitative de la participation d'une société à une autre résulte d'une série de textes précédant ou suivant de près la promulgation de code civil de 1942. Le décret-loi du 25 octobre 1941, n° 1148 (loi du 9-2-1942, n° 96) interdit à une société par actions de détenir des actions d'autres sociétés pour une valeur dépassant le montant de son propre capital social (art. 5, al. 1). Le décret-loi du 29 mars 1942, n° 239 apporta une définition du capital social, qui est égal à celui que le fisc a retenu comme base d'imposition (art. 31). Le décret-loi du 24 juillet 1942, n° 861, enfin, fixa les règles de la détention d'actions par des sociétés autres que les sociétés anonymes.

Ni les motifs, ni la portée de cette législation ne sont claires. On en a cependant avancé plusieurs explications. Elle semble s'insérer dans le cadre d'une politique qui voulait — en supposant une situation inverse de celle qui règne actuellement en France — diriger l'épargne plutôt vers les titres émis par l'Etat et les Caisses d'épargne que vers le marché boursier. On a voulu empêcher que des sociétés constituées avec un capital trop faible ne se lancent dans des opérations financières spéculatives en réussissant à dissimuler la consistance de leur patrimoine. Les textes visés tendaient ainsi à assurer l'intégrité et la certitude du capital social et, par-là, à la protection des créanciers (10). Leur caractère hybride, explique leur incohérence. S'il s'agissait d'assurer l'intégrité du capital social, pourquoi en effet avoir limité ces participations aux acquisitions d'actions?

L'application de ces textes a été rendue plus conjecturale encore depuis que les impôts qui servaient de points de référence pour la fixation du capital social au regard de ces dispositions ont été supprimés. Les auteurs, depuis, ne s'accordent pas sur les points de référence qu'il faudrait leur substituer. On n'in-

(1) Rauman, p. 163.

(2) Frè, art. 2360, pp. 249 et 250.

(3) Graziani, «Diritto delle società», p. 296; Guerra, pp. 92 et 94 et références; Frè (art. 2360, p. 250) a même soutenu que l'article 2360 ne visait que le cas où l'achat était fait avec les réserves de la société.

(4) Décret-loi du 25-10-1941 n° 1148 (loi du 9-2-1942 n° 96); décret d'introduction au code civil, art. 109; Frè, art. 2346—2362, note introd. p. 158; Graziani, «Diritto delle società», p. 190.

(5) Guerra, p. 93 et Frè, art. 2360, pp. 249 et 250 disant que la chose est très fréquente.

(6) Libonati, p. 47 n° 58; voir le projet d'Ascarelli, «Scrittura giuridica», II, p. 937; art. 1.

(7) Rapports de 1946-1947, p. 87; de 1950-1954, p. 67.

(8) Rapports de 1947-1948, pp. 63 et suiv.

(9) Van der Grinten, nos 60, 70, nos 1 et 5.

(10) Guerra, p. 66; Libonati, pp. 104-106.

sistera pas sur un ensemble de mesures qui en fait n'ont jamais été appliquées (1).

b) Une autre limitation résulte de l'article 2359, alinéa 1. Ce texte interdit à une société d'investir, même partiellement, son propre capital dans les actions d'une société qui exerce un contrôle sur elle ou dans les actions de sociétés contrôlées par la société qui exerce également son contrôle sur elle-même. L'alinéa 2 précise qu'on appelle société contrôlée, en pareil cas, celle dans laquelle l'autre détient un nombre d'actions suffisant à lui assurer la majorité des voix dans l'assemblée générale et celles qui, en vertu de liens contractuels particuliers, se trouvent dans un état de dépendance.

L'autonomie de cette disposition au regard de celle de l'article 2360 (sur ce texte, voir ci-dessus point 22) est peu perceptible. Les divisions de la doctrine en témoignent. On aurait voulu empêcher une société de tourner l'interdiction faite à une société d'acquérir ses propres actions ou encore protéger le capital de la société contrôlée ou enfin préserver chez la société contrôlée la liberté de choisir ses investissements (2), mais les dispositions du texte ne répondent de façon satisfaisante à aucun de ces objectifs (3).

Ces incertitudes n'ont permis de définir clairement ni la notion de „contrôle“, ni celle de «capital social» qui techniquement sont l'une et l'autre à la base du texte. Est-il ainsi nécessaire que la société contrôlante ait plus de 50 % des actions de la société contrôlée ? C'est la solution de la jurisprudence, mais il est clair qu'elle laisse au texte un très faible champ d'application pratique (4). De nombreux auteurs préfèrent laisser le soin de décider qu'il y a contrôle à l'examen des situations concrètes de chaque espèce (5).

Quant au «capital» faut-il l'entendre comme le chiffre de capital social figurant au bilan, ou comme les actifs qui lui correspondent, ou encore comme le chiffre figurant au bilan au titre des réserves ? (6)

§ 5. Les sociétés d'une seule personne

25. Difficulté qui résulte de leur interdiction

La possibilité d'avoir des sociétés d'une seule personne permet à une société de détenir 100 % du capital d'une autre société. On peut alors penser qu'une législation défavorise la concentration lorsqu'elle interdit les sociétés d'une seule personne. C'est une vue théorique des choses, rien n'étant plus facile que de camoufler l'unité derrière la pluralité des prête-noms.

Ceci dit, le tableau des législations du Marché commun sur ce point est le suivant.

a) La France interdit de pareilles sociétés. La concentration de tous les titres entre les mains d'une même et seule personne entraîne de droit la dissolution de la société et la distribution ultérieure des titres ne saurait la faire revivre (7). A plus forte raison en est-il de même lors de la constitution et la société d'une seule personne ne s'y conçoit pas. La solution belge est la même (8).

b) Les solutions allemande, néerlandaise et italienne sont différentes. Aux Pays-Bas, observant que la concentration de tous les titres ne figure pas parmi les causes de dissolution des sociétés, les auteurs concluent qu'elle n'a pas un pareil effet (9).

En Allemagne, il est précisé que la constitution d'une société par actions suppose la participation de cinq fondateurs (art. 2, loi de 1957) et celle d'une société à responsabilité limitée la participation de deux fondateurs (10). Mais une fois la société constituée le transfert de tous les titres n'entraîne pas la dissolution de plein droit (11).

Admise en Italie avant la promulgation du nouveau code (12), la validité des sociétés d'une seule personne est admise clairement par celui-ci (art. 2362), du moins par la réunion de tous les titres entre les mains d'une seule personne. Lors de la constitution, la chose n'est par contre pas admise, pour des arguments d'ailleurs variables d'un auteur à l'autre et de la doctrine à la jurisprudence (13).

§ 6. Incidence de la législation relative aux ententes

26. Mention du problème

L'acquisition d'une participation par une société dans une autre société sera assez fréquemment

(1) Guerra, p. 72.

(2) Guerra, p. 95; Scalfi, dans «Rivista sociale», 1956, p. 680.

(3) Guerra, pp. 96 et suiv.

(4) Cass. 9-2-1958, «Giuridizione italiana» 1959. I. I., p. 300; Trib. Milano, 9-4-1959, «Foro Italiano», 1959. I., p. 872; Trib. Alessandria, 11-4-1959, «Foro Italiano», 1959. I., p. 872; voir Frè, art. 2359, p. 244; Guerra, pp. 85 et suiv., Libonati, pp. 164 et suiv.

(5) Voir les citations dans Guerra, p. 84.

(6) Voir Frè, art. 2359, n° 2, p. 247; Guerra, pp. 90 et 91 et les citations de cet auteur; Brunetti, n° 451.

(7) Besançon, 26-4-1951, D. 1951, p. 638, note G. Ripert; Paris, 4-11-1963, D. 1964, p. 60. Cons. D. Bastian, J. Soc., 1933.

(8) Voir Spath, «La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une seule personne», Bruxelles, 1957, nos 233 et suiv. et les références citées, notamment Cass. 5-1-1911.

(9) Frédéricq, IV, p. 67.

(10) Schilling, sur Machenbuch, GmbH I, 6^e éd., 1956, art. 2.

(11) Longtemps agitée, la solution paraît acquise aujourd'hui; voir les références dans Schmidt, art. 15, n° 8; le législateur la postule; loi du 12-11-1956 (Umwandlungsgesetz) art. 15.

(12) Cass. 10-2-1939, «Foro Italiano»; voir «Società» n° 231.

(13) Voir Frè, art. 2362, pp. 258 et 259 et les références; *contra*: Ferrara «Imprenditore e società», 3^e éd., 1952, p. 235; sur le rôle des prête-noms : Graziani, p. 227.

entravée par la législation relative aux ententes. Ce point est simplement mentionné et ne sera pas traité, même par aperçu. En effet, il relève non pas de la loi sur les sociétés, mais de la législation sur les ententes, laquelle concerne toutes les entreprises et pas seulement celles qui ont adopté la forme de sociétés commerciales. Il est hors du domaine de cette étude, consacrée à l'influence du droit des sociétés sur la concentration des entreprises.

SECTION 2

FINANCEMENT DE L'OPERATION

27. *Rapport avec la question posée dans cette étude*

Ce ne sont pas les conditions générales du financement d'une opération industrielle ou commerciale qui intéressent ce rapport, mais seulement le problème des facilités ou des difficultés que toute opération de concentration d'entreprises peut rencontrer dans la législation commerciale des pays du Marché commun. Dès lors, la question se réduit à rechercher si ces législations nationales favorisent ou défavorisent ces mouvements particuliers d'expansion que représentent les phénomènes de concentration.

Or le seul point par lequel, en ce qui concerne le financement, ces législations peuvent favoriser ou défavoriser ces mouvements concernent le sort de leurs bénéficiaires. Les sociétés sont-elles tenues de les distribuer entièrement ou presque? Les mouvements seront défavorisés. Sont-elles libres d'agir à leur guise? Ils ne le seront pas. Dans une période économique d'expansion continue (comme la connaissent nos pays depuis la fin de la dernière guerre, malgré des hauts et des bas) et à une époque où, en particulier pour des raisons de stabilité monétaire, l'Etat, grand distributeur du crédit, resserre les facilités bancaires, c'est essentiellement en elles-mêmes que les sociétés vont puiser pour réaliser financièrement les opérations de concentration par la prise de participations dans d'autres sociétés. D'où l'importance capitale des possibilités d'autofinancement. En matière de sociétés, l'autofinancement signifie avant tout la faculté de ne pas distribuer ou de distribuer très peu de dividendes par rapport aux profits réels de l'entreprise au cours de l'exercice écoulé.

D'autre part, une prise de participation se fait souvent au moment de l'augmentation du capital de la société. L'opération supposera que les actionnaires de cette société n'ont pas, ou n'exercent pas, un droit préférentiel de souscription.

Cette section examinera en deux paragraphes :

1. L'autofinancement et l'affectation des bénéficiaires;
2. Le droit de souscription en cas d'augmentation de capital.

§ 1. L'autofinancement et l'affectation des bénéficiaires

28. *Sources et mécanisme de l'autofinancement*

La marge d'autofinancement dont peut jouir une société est déterminée entre autres par la réglementation relative à l'évaluation et à l'affectation des bénéficiaires. Les incertitudes en la matière contraignent le juriste à s'aventurer sur le terrain économique.

Les moyens de l'autofinancement proviennent de prélèvements sur les profits réalisés par l'entreprise. Ils sont effectués par l'affectation d'une partie des profits à divers comptes passifs du bilan; à ces comptes ne correspondent pas des éléments d'actif distincts; les moyens de l'autofinancement proviennent d'un excédent des recettes d'exploitation sur les dépenses de l'exercice. Les prélèvements comptables ont pour effet de réduire le montant des sommes destinées à la rétribution des actionnaires et le total des sommes sur lesquelles le fisc assiera ses droits.

Réserves déclarées et report à nouveau sont les moyens évidents de l'autofinancement. Les amortissements et les provisions en sont des moyens moins clairs, parce qu'on ne peut savoir s'ils correspondent à quelque réalité. Ce point dépend souvent du temps qui doit s'écouler entre le jour où le prélèvement est effectué et le jour où doit survenir la perte ou la dépense prévisible⁽¹⁾.

29. *Amortissements*

Si une entreprise a acheté un bien d'équipement dont la durée d'utilisation doit être de dix ans, elle ne devra le remplacer qu'après l'échéance de cette période. Ce ne sera qu'à ce moment que devront être disponibles les moyens nécessaires pour le renouvellement. Ces moyens ont été cependant accumulés pour des raisons comptables tout au long de la période où le bien d'équipement était utilisé. De la sorte, l'entreprise a constitué un fonds qu'elle peut affecter entre-temps à d'autres fins que le remplacement du bien amorti. On ne saurait, comme on le fait parfois, faire une distinction selon que les amortissements sont excessifs ou non⁽²⁾. Le terme «excessifs» se prête d'ailleurs à des malentendus. Le montant global de l'amortissement d'un bien déterminé est fixé⁽³⁾. Il correspond au montant

(1) Défossé, «La gestion financière des entreprises», 3^e éd. 1951, p. 124; Delpassé, «Gestion financière de l'entreprise», 2^e éd. 1963, p. 366; Grochla, «Finanzierung», dans «Handwörterbuch der Sozialwissenschaften», III, 1961, pp. 604 et suiv., 611.

(2) Campion, «Traité des entreprises privées», 1958, I, n° 357 soutient que les amortissements normaux ne font que compenser les dépréciations et n'ajoutent rien aux moyens d'action de l'entreprise.

(3) Pour tenir compte du fait que les dépenses pour le remplacement prochain d'un bien d'équipement pourront dépasser le montant amorti, la pratique française constitue des «réserves de renouvellement des immobilisations», expression inconnue de la pratique allemande.

dépendé en acquérant ce bien. Un amortissement ne peut donc être considéré comme excessif que par rapport à un intervalle déterminé parmi toute la période où le bien est effectivement utilisé, en d'autres termes, par rapport à un exercice ⁽¹⁾. De tels amortissements «excessifs» peuvent être effectués grâce à la méthode dite de «l'amortissement dégressif». En Allemagne cette méthode a gagné en importance depuis que le fisc l'a autorisée, d'une façon générale, pour l'amortissement de toutes les immobilisations, sauf les immeubles dont la durée d'utilisation minimale est de dix ans. L'amortissement dégressif accélère la constitution du fonds dont l'entreprise peut profiter en attendant et accroît de cette façon l'efficacité de son utilisation ⁽²⁾. Cet effet mis a part, il n'y a aucune distinction à faire entre l'amortissement dégressif et l'amortissement linéaire ⁽³⁾.

30. Provisions

Les diverses variétés de provisions se ramènent à la prévision d'une perte ou d'une charge futures. Le prélèvement d'une pareille provision sur les bénéfices réalisés au cours d'un exercice déterminé pour couvrir une perte ou une charge qui ne se fera sentir qu'au cours d'un exercice postérieur est une anticipation. Elle crée un fonds où l'entreprise peut puiser. De ce point de vue, il n'y a pas lieu de distinguer les provisions pour une perte ou une charge déjà définitive (ou au moins probable) et celles qui sont invraisemblables, voir fictives. Cette distinction n'est cependant pas sans signification. Les moyens liquides nécessaires à l'autofinancement proviennent d'une «épargne» de liquidité lors de la distribution des dividendes ou du paiement de l'impôt. Or, les moyens liquides «épargnés» de cette manière ne peuvent être employés au financement d'un investissement que si l'événement en vue duquel ils ont été retenus ne se produit pas prochainement. Sous cet angle, la probabilité de l'événement est évidemment importante ⁽⁴⁾. En effet, ne peuvent être utilisées en vue d'un autofinancement qu'une partie des provisions constituées dans la perspective d'événements qui ne se produiront probablement pas ⁽⁵⁾, et les provisions faites en vue du paiement de dettes à long terme. Les provisions du premier type ne peuvent être constituées, dans un bilan régulier, que dans des limites très étroites. De ce fait, elles ne constituent pas un instrument financier appréciable. Les provisions destinées à couvrir ultérieurement des dettes à long terme ont, au contraire, une grande importance pour l'autofinancement; il en est ainsi particulièrement des fonds de retraite du personnel ⁽⁶⁾.

Les moyens utilisés pour l'autofinancement déploient leur maximum d'effet non pas s'ils servent à financer de façon générale l'exploitation (fonds de roulement) mais s'ils sont immédiatement investis en biens d'équipement nouveaux. Le rendement de ces

investissements nouveaux servira, en temps utile, aux fins pour lesquelles les prélèvements avaient été effectués : renouveler l'équipement ou couvrir les pertes et charges prévues. Ces investissements assurent l'expansion de la capacité de production de l'entreprise ⁽⁷⁾.

Les préoccupations fiscales contraignent les entreprises à de tels investissements. Ceci est vrai surtout pour les amortissements en cours d'exercice. Si une entreprise amortit prématurément, elle réduit la marge des amortissements pour les exercices suivants. Elle sera donc amenée à créer une nouvelle valeur qui pourra être amortie, donc à faire un investissement. De cette manière, elle peut toujours reporter le remboursement du «crédit fiscal gratuit» que constitue la déduction des amortissements «excessifs» au regard des bénéfices passibles de l'impôt sur les sociétés ⁽⁸⁾. Le ré-investissement immédiat a donc tendance à se perpétuer et à déclencher une expansion continue de l'entreprise. Tôt ou tard, la poussée d'extension déborde le cadre où l'entreprise s'était traditionnellement engagée et prend une autre direction. Il y aura alors diversification de production, caractéristique du développement des grandes entreprises. Cette diversification sera réalisée soit par l'augmentation du programme de production de l'entreprise elle-même, soit par la création de filiales soit, enfin, par la prise de participations dans des entreprises appartenant à la branche d'industrie ou de commerce où l'entreprise cherche à s'engager ⁽⁹⁾.

31. Avantages de l'autofinancement

Amortissement rapide de l'équipement et ré-investissement immédiat des amortissements ne sont

(1) Lors du calcul des prix de vente tous les biens qui auront été produits à l'aide d'un équipement déterminé devraient supporter proportionnellement les amortissements faits pour son renouvellement. Un amortissement dégressif serait donc toujours «excessif». Pourtant, lorsque, dans une branche industrielle, le développement de méthodes nouvelles de production progresse à une allure trop vive pour qu'un entrepreneur puisse toujours maintenir son équipement à la hauteur de la technique, l'entreprise risque d'être dépassée, du moins temporairement, par d'autres entreprises, et de voir se réduire sa marge de profits. Ceci autorise à échelonner l'amortissement de telle manière que les premiers produits fabriqués à l'aide d'un nouvel équipement en soient grevés plus que les derniers.

(2) Grochla, p. 612; Défossé, p. 125.

(3) On ne saurait donc faire dépendre (comme Rasch, Ordo 10, pp. 225, 230 et suiv.) la faculté pour une entreprise de financer ses investissements par des amortissements de l'autorisation des amortissements dégressifs.

(4) Voir Défossé, pp. 126 et suiv., pour une appréciation, de ce point de vue, des diverses sortes de provisions.

(5) Provisions sans objet réel ou avec un objet absolument aléatoire, Delpassé, p. 366.

(6) Rasch, Ordo, p. 234.

(7) Rasch, Ordo 10, p. 232.

(8) Rasch, Ordo 10, pp. 232 et citations pp. 248 et 249.

(9) C. E. Fischer, «Die Unternehmenskonzentration», 1960, pp. 28 à 33; Stützel, pp. 921 et suiv.

pas, en eux-mêmes, une source de moyens financiers. Ceux-ci proviennent de l'exploitation de l'entreprise. Une entreprise ne peut recourir à l'autofinancement que dans la mesure où elle réalise des bénéfices suffisants. Ce sont précisément alors les entreprises d'une haute rentabilité qui tirent le meilleur parti des avantages qu'offre l'autofinancement. Les autres entreprises doivent, si elles veulent tenir le rythme que leur impose le progrès technique, recourir, au moins partiellement, à un financement extérieur, surtout à des emprunts. Les engagements qu'elles devront prendre iront grever leurs profits futurs et agrandir l'écart qui existe déjà entre elles et leurs concurrents plus puissants qui profitent de ce «capital gratuit»⁽¹⁾ que fournit l'autofinancement.

Ainsi se dégage un processus irréversible qui s'accompagne d'une concentration économique croissante qui finit par la concentration d'entreprise.

On relève un autre rapport entre l'autofinancement et la concentration économique. Un autofinancement considérable réduit les bénéfices des propriétaires de l'entreprise. Cette réduction se traduit dans les sociétés anonymes par la faiblesse des dividendes par rapport au capital investi. Le grand public ne peut pas savoir la mesure dans laquelle une société constitue, par voie de l'autofinancement, un capital supplémentaire. De la sorte, le cours des actions cotées à la Bourse ne reflète pas leur valeur réelle. Les actionnaires majoritaires profitent de ces cours trop bas pour augmenter la majorité aux dépens des actionnaires minoritaires, déçus par le faible rendement de leur investissement⁽²⁾.

Certes, la prise de participation dans une société peut être financée par des moyens extérieurs aussi facilement que par des moyens accumulés par l'entreprise elle-même. On ne saurait cependant nier que le pouvoir d'autofinancement facilite l'opération. Ce pouvoir permet à la direction d'accumuler un fonds d'action dont elle peut disposer sans avoir à solliciter au préalable le concours d'un autre organe de la société ou d'un tiers étranger à la société. De cette façon, la direction peut renforcer son indépendance et se soustraire même à tout contrôle postérieur de sa gestion financière, soit par un tiers, soit, dans la mesure où le fonds reste occulte, par les organes compétents de la société⁽³⁾. Cette indépendance lui permet de mener en cachette toutes les manœuvres nécessaires pour réussir l'opération envisagée. Si par contre la direction est contrainte de recourir au crédit ou à une augmentation de capital, elle devra motiver sa demande envers ses prêteurs ou ses actionnaires. Elle devra ainsi dévoiler prématurément ses intentions et risquera, de ce fait, de les voir échouer. De plus, l'un et l'autre de ces deux moyens de financement extérieur peuvent avoir de tels effets que la direction renoncera à la participation envisagée : l'augmentation de capital pourra rendre nécessaire l'appel à d'autres groupes qui

mettront en jeu la distribution actuelle du pouvoir au sein de la société; de son côté, un crédit ne peut souvent être obtenu qu'en concédant au bailleur de fonds un contrôle sur la gestion financière de l'entreprise.

32. Problèmes juridiques

L'autofinancement est facilité ou gêné sur le plan juridique suivant les règles qui président à l'affectation des bénéfices (A) et au démasquage des réserves latentes (B).

Un système juridique qui laisse aux dirigeants d'une société la faculté de proposer cette affectation et lui donne en fait le pouvoir de la décider favorisera la concentration sous ce rapport. Elle le fera plus nettement encore si elle consent à ce qu'aucun dividende ne soit distribué par une société prospère. D'autre part, un système juridique qui laisse les dirigeants libres de choisir le moment où seront démasquées les réserves latentes, en particulier celles que nos époques de dévaluation ont fait naître du seul fait de la hausse des prix, favorise également la concentration puisqu'il laisse aux dirigeants une masse de manœuvre invisible qui leur permettra, le jour venu, de mener à bien leurs opérations de prise de participation.

33. Constitution de réserves (A)

Il n'est pas question des réserves légales, semblables dans les divers pays, France, Allemagne, Italie...

Les autres seront dites dans la terminologie française «statutaires» quand elles sont prévues et rendues obligatoires par les statuts et «libres» quand elles sont décidées par l'assemblée générale ordinaire⁽⁴⁾. Cette distinction ne présente, sous le rapport qui nous occupe, aucun intérêt réel car, que les réserves soient statutaires ou libres et dépendent donc finalement de l'assemblée générale extraordinaire ou de l'assemblée ordinaire, les différences qui tiennent aux conditions de réunion et de délibération de ces deux types d'assemblée sont secondaires à côté de cette vérité commune que dans un cas et dans l'autre tout dépend de la délibération des actionnaires, c'est-à-dire pratiquement des dirigeants de la société.

Le problème est dès lors de savoir si les actionnaires minoritaires, mécontents de ne recevoir aucun dividende ou de ne recevoir qu'un maigre dividende, ont quelque recours pour faire valoir leurs droits.

(1) Défossé, p. 130; Mestmäcker, p. 32; Grochla, p. 610.

(2) Delpassé, p. 376; Stützel, p. 951 et suiv.; Jochimsen, «Selbstfinanzierung» dans «Staatslexikon», 1962, pp. 34 et suiv.

(3) Delpassé, p. 374; Défossé, p. 129; Mestmäcker, p. 33; Jochimsen, p. 37.

(4) Voir R. Rodière, «V° Réserves», dans «Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit des sociétés».

En France, la question a été vivement discutée ces dernières années. Une affaire typique peut donner l'idée de ce que peut être l'autofinancement au mépris des actionnaires qui voudraient tirer quelque substance de leurs titres. Une société anonyme appartenait pour plus des deux tiers à trois frères. L'un occupait le poste de président-directeur général, l'autre celui de directeur général adjoint, le troisième était administrateur. Cette société, au capital de 3400000 francs, l'avait porté à 17 millions par incorporation de réserves. Son chiffre d'affaires était passé de 26 à 194 millions de francs; ses bénéfices annuels de 1700000 francs à près de 16 millions de francs. Au cours des huit dernières années, elle a ainsi fait 77 millions de bénéfices nets, dont 10 millions seulement ont été distribués aux actionnaires, le reste étant, sous une forme ou sous une autre, constitué en réserves. C'est dans cet état que l'assemblée générale de la société décida, en mai 1955, de ne rien distribuer des 15835000 francs de bénéfices réalisés au cours de l'exercice 1954 et d'en affecter l'intégralité à un report à nouveau.

Cette fois, plusieurs des actionnaires se fâchèrent, portèrent le débat devant les tribunaux et obtinrent de la Cour de Paris un arrêt disant que c'était par abus de droit que l'assemblée générale avait pris la résolution de reporter à nouveau les bénéfices de l'exercice 1954 et annulé cette décision. Les motifs essentiels de cet arrêt étaient les suivants :

« Considérant que, dans le contrat de société, comme dans tout autre contrat, chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi, suivant l'intention qui était celle des parties au moment où elles ont contracté;

Considérant qu'il est de l'essence même du contrat de société que les bénéfices (en vue de la réalisation et du partage desquels le contrat a été conclu) soient répartis périodiquement, en principe à la fin de chaque exercice social; qu'en tout cas, il ressort des statuts de la société litigieuse que telle était bien, dans l'espèce, la volonté des parties; qu'il s'ensuit que les bénéfices ne doivent être bloqués et mis en réserve que par mesure de prévoyance, afin de parer soit à des besoins imprévus, soit à des dépenses temporaires... »

Mais cette décision a été cassée par un arrêt, d'ailleurs très prudent, qui a considéré que la résolution ne paraissait pas contraire à l'intérêt général de la société⁽¹⁾. Sans condamner tout recours aux tribunaux ni interdire tout contrôle à ceux-ci, cet arrêt doit faciliter leurs combinaisons aux dirigeants de sociétés anonymes et hâter finalement la concentration des entreprises françaises⁽²⁾.

En Allemagne, la direction, qui arrête le bilan avec le concours du conseil de surveillance, détermine la partie des bénéfices qu'elle veut affecter aux réserves.

Les actionnaires n'ont alors aucun recours parce que la décision préalable échappe à leur compétence. Si dans une affaire donnée ils ont pu réussir, c'est parce qu'une erreur fut commise : la direction avait préparé un projet de bilan qui se soldait par un bénéfice de 490000 DM qu'elle proposait de distribuer en dividendes. Le conseil de surveillance ne l'ayant pas admis, les deux conseils s'entendirent pour affecter la somme à un compte de provisions, mais sans modifier le bilan, de sorte que l'assemblée générale put voter sur l'affectation des bénéfices. Seule cette erreur de tactique avait permis à la minorité de recourir utilement (ainsi s'explique l'arrêt rendu par le « Bundesgerichtshof » le 24-1-1957)⁽³⁾.

Hors de là, les actionnaires n'ont d'autre espoir que le changement de direction par un conseil de surveillance différent et d'autre chance de succès qu'une action en responsabilité dans les conditions très difficiles de l'article 82 b du BGB. Ceci dit, dans le principe, Cour suprême et doctrine s'accordent à dire que les actionnaires ont droit à un dividende⁽⁴⁾. Mais cette affirmation ne recouvre pas grand chose et la situation en fait est très différente de ce que souhaitaient les rédacteurs de la loi de 1937. Ce ne sont pas les bénéfices d'exploitation qui, les prélèvements nécessaires à la marche de la société effectués, seront répartis parmi les actionnaires; ceux-ci reçoivent bon an mal an un dividende standard qui rapproche leur situation de celle des obligataires. La hausse de la valeur intrinsèque de leurs actions en raison des bénéfices retenus n'est pas une compensation adéquate à une distribution de dividendes trop modestes⁽⁵⁾.

La pratique des directions des grandes sociétés, qui consiste à fixer d'abord le taux des dividendes et à établir ainsi la partie des bénéfices destinés aux actionnaires, pour enlever tout le reste à la décision de l'assemblée générale, ne laisse guère à celle-ci une marge telle que son appréciation des besoins financiers de la société puisse jouer.

L'attribution, à la direction, du pouvoir d'établir les bénéfices réalisés par la société au cours de l'exercice et de décider de leur affectation est le plus important changement matériel que la loi de 1937 ait opéré dans la répartition des fonctions entre assemblée générale et direction. C'est le point central des discussions d'après-guerre sur la réforme du droit des sociétés par actions⁽⁶⁾.

(1) Paris, 28-2-1959, JCP 1959. II.11 175, note D. B.; D. 1959, p. 134, note Dalsace. Comm. 18-4-1961, JCP 1961. II. 12 164, note D. B.; D. 1961, p. 661, note Dalsace; « Travaux pratiques » de R. Rodière, 2^e éd. n^o 36.

(2) R. Rodière, n^o 508.

(3) BGHZ, 23, p. 150; voir aussi Würdinger, p. 69.

(4) Fischer, art. 52, n^o 26; Baumbach-Hueck, art. 52, n^o 4 B; Kronstein-Claussen, p. 123.

(5) Würdinger, p. 71; Kronstein-Claussen, p. 130.

(6) Exposé des motifs, p. 93; Rasch, rapport, p. 23.

34. *Projet allemand*

Le projet en cours propose un remède à la situation actuelle. Il retire à la direction son pouvoir de décision souveraine, le pouvoir de constituer des réserves libres revient, en principe, à l'assemblée générale; celle-ci cependant peut, par une clause statutaire, autoriser la direction à affecter une partie déterminée des bénéfices annuels à un fonds de réserves libres, et l'assemblée générale pourrait laisser à la direction le soin de déterminer elle-même ce montant. Au-delà, l'assemblée générale pourrait affecter une partie additionnelle des bénéfices nets aux réserves libres. Cette modification de la répartition des compétences ne changerait rien si le projet ne fixait, d'une façon absolue, le plafond des réserves libres : en aucun cas, le fonds ne pourra dépasser la moitié du capital social (projet, art. 55).

Nombre d'auteurs doutent cependant que le projet laisse à la direction la latitude dont elle a besoin pour prémunir la société contre les risques d'exploitation d'une entreprise moderne (1).

Autre réforme : le projet prévoit un recours contre les bilans établis en violation de la loi ou des statuts (projet, art. 248).

35. *Autres pays*

En *Italie*, comme en France, c'est l'assemblée générale, non la direction, qui arrête le bilan (art. 2433, al. 1, du code civil). Si la nature juridique de cette approbation est contestée (2), elle constitue néanmoins la décision finale.

En vérité, d'ailleurs, il est douteux que la mutation de compétence exerce une influence sur le problème qui nous occupe : que la décision appartienne à la direction ou à l'assemblée générale, c'est tout un dans la grande majorité des cas où la société est dominée par un homme ou par un groupe homogène. Elle présente par contre de l'intérêt quand les actions sont dispersées et que l'autorité de la direction s'en trouve compromise.

Ceci dit, l'utilisation des bénéfices est-elle libre ou au contraire susceptible de recours de la part d'actionnaires mécontents? La réponse est incertaine parce que les textes ne sont pas explicites. On ne saurait tirer de l'article 2433 l'idée ferme que les actionnaires ont droit individuellement à une distribution périodique des bénéfices de la société (3). Certains auteurs soutiennent que l'assemblée ne pourrait pas refuser de distribuer les bénéfices nets aux actionnaires; elle ne pourrait pas, une fois alimentés les fonds de réserves légales et statutaires et constitués les provisions et les amortissements, les placer en réserves libres (4). D'autres soutiennent la thèse contraire (5). Un troisième parti est intermédiaire : l'assemblée pourrait accumuler des réserves libres, mais elle ne pourrait pas exclure toute distribution

de bénéfices; ceci sauf situation exceptionnelle où l'intérêt social l'imposerait (6).

En fait, les statuts confèrent généralement à l'assemblée le pouvoir de soustraire une partie des bénéfices à toute distribution de dividendes (7).

Quoique peu explicite, la jurisprudence est hostile au droit individuel des actionnaires à recevoir des dividendes périodiques, sauf si leur droit résulte de l'acte constitutif (8).

En Belgique, la décision de l'assemblée générale est libre (9), sous la condition de ne pas user de sa liberté dans une intention de fraude, par exemple pour contraindre les actionnaires de la minorité à vendre leurs titres. Les auteurs belges insistent sur ce que les tribunaux doivent en principe s'interdire toute immixtion dans la vie économique de l'entreprise et en particulier ne doivent pas juger du caractère prétendument excessif des réserves (10).

36. *Réserves latentes — Evaluation des postes du bilan (B)*

La constitution de réserves occultes est favorisée par l'absence de règles concernant l'évaluation des postes du bilan. Elle est défavorisée au fur et à mesure que de pareilles règles apparaissent et se font de plus en plus strictes.

En *France*, sauf les incitations fiscales concernant la réévaluation des bilans, le droit privé ne pose aucune règle : ni quant aux méthodes de l'évaluation, ni quant au contrôle des estimations (11). Ceci ne signifie cependant pas qu'il n'y ait jamais aucun contrôle. On doit distinguer entre les réserves involontaires tenant aux circonstances économiques et moné-

(1) Kronstein-Claussen, p. 132; Peltzer, NJW, 1961, p. 1284; Mellerowicz, «Beiträge», p. 212.

(2) Fré, art. 2433, pp. 576 et suiv.

(3) Voir Fré, art. 2350, n° 3, p. 172; Ferri, «Rivista di diritto commerciale» 1939, II, pp. 484 et suiv.; Pettiti, «Contribuzione allo studio del diritto dell'azionista al dividendo», 1957, p. 31 et *passim*; Greco, «La società nel sistema legislativo italiano», 1959, p. 185.

(4) Fré, art. 2350, p. 174; Brunetti, nos 737 et suiv.; Ascarelli, «Rivista di diritto commerciale», 1950, I, p. 183.

(5) Rossi, «Diritto agli utili» 1957, p. 277.

(6) Greco, *op. cit.*, p. 185; Graziani, p. 292; Foschini, «Enciclopedia del diritto, Vis Dividendi (distribuzione dei)», XIII, p. 373.

(7) Voir l'étude des clauses usuelles dans Pettiti, pp. 70 et suiv.

(8) Cass. 9-6-1943, «Foro Italiano», 1943, I, p. 904; Turin, 10-5-1940, «Foro Italiano», 1940, I, p. 1004.

(9) Liège, 26-11-1904, PP 1905, n° 852; Bruxelles, 16-2-1906, Pasicrisie, 1906, II, p. 199; pour le report à nouveau et sa nature juridique, voir Cass. 31-1-1957, Pasicrisie, 1957, I, p. 364.

(10) Frédéricq, V, n° 542; Passelecq, n° 2057; voir Van Rijn, I, n° 784.

(11) Voir M. Vasseur, «L'estimation de la valeur des entreprises et le droit commercial, dans «Revue trimestrielle de droit commercial», 1963, pp. 221 et suiv.; voir le point de vue économique exposé dans P. Lassègue, «Gestion de l'entreprise et comptabilité», 3^e éd. 1965, pp. 199 et suiv.

taires dont la licéité est admise de tous et les réserves volontaires (1).

Celles-ci procéderont d'une sous-estimation exagérée des valeurs d'actif, de l'omission de certaines de ces valeurs ou, à l'inverse, d'une surestimation évidente d'un poste du passif, voire de la supposition d'un poste passif imaginaire. Parfois, la réserve est moins occulte qu'indéterminée; ainsi, lorsque le bilan indique l'existence de réserves sans en donner le montant; par exemple, si le bilan porte en première ligne : «Immeubles ... 1 F», il est clair qu'il y a une réserve occulte; on parle alors de réserves mi-ocultes (2).

Sauf ces dernières, les réserves occultes sont déclarées illicites, soit qu'elles constituent une infraction (3), soit qu'elles permettent aux intéressés de faire rétablir en justice la réalité des faits, mais en fait la jurisprudence n'admet pas les redressements que les statuts n'imposeraient pas (4).

En *Italie*, l'illicéité des réserves occultes a été d'abord affirmée sur la base de l'article 2423 du code civil qui pose la règle que le bilan doit être clair et exact (5). Mais on avance plus volontiers aujourd'hui l'idée que les sous-évaluations d'actif sont licites, tandis que les omissions d'actif ou les suppositions de faux passifs vicieraient le bilan (6), solution que la jurisprudence tend à admettre (7).

Si le bilan est jugé faux, la délibération qui l'a approuvé ou établi est nulle (8).

L'importance des réserves occultes est également relevée par les auteurs belges, qui ne manquent pas de signaler l'intérêt qu'elles présentent pour la politique des dirigeants de la société et le danger qu'elles recèlent lorsque ces dirigeants sont les hommes d'un groupe (9).

37. En *Allemagne*, le code de commerce déjà, la loi de 1937 plus nettement aujourd'hui, pose des règles relatives à l'estimation : les sociétés doivent choisir les méthodes propres à donner aux postes actifs la valeur la plus basse et aux postes du passif la valeur la plus haute (art. 133). Mais ces règles de prudence ne concernent en aucune manière les réserves occultes qui renchérisse sur les indications directrices du législateur et qui, elles, ne relèvent plus d'une comptabilité prudente, mais du dessein des dirigeants de la société.

Le tribunal d'Empire, qui avait d'abord déclaré irrégulière toute constitution de réserves occultes par une sous-évaluation arbitraire des avoirs de la société (10), les a admises lorsqu'elles paraissent nécessaires à la stabilité de la société (11). L'exposé des motifs de la loi de 1937 a reconnu le bien-fondé de cette position et la doctrine est généralement en ce sens (12). Par contre, la supposition d'un passif imaginaire ou des provisions pour dettes fictives seraient nulles (13).

Cependant, la constitution de réserves occultes est vivement critiquée. Elle fausse les comptes de pertes et profits et permet de cacher, par la distribution de ces réserves, les périodes désastreuses de gestion sociale. Elle est particulièrement fâcheuse pour les petits actionnaires mal informés, ceci d'autant plus que l'opinion dominante veut que les directeurs ne soient pas obligés d'indiquer dans leur rapport la véritable situation financière de la société et ne seraient tenus d'indiquer que les changements importants intervenus dans la manière de constituer ou de dissoudre les réserves occultes (14).

Le projet en cours a tenu compte de ces critiques; l'exposé des motifs observe que des réserves visibles sauvegardent la stabilité de la société tout autant que des réserves occultes (15). S'il ne prohibe pas toute constitution de réserves occultes, il autorise les amortissements excessifs, comme le faisait le tribunal d'Empire (art. 146, al. 2). On exclura par contre les réserves destinées à maintenir les dividendes à un taux constant ou à accumuler les moyens propres à l'expansion de la société (16). Le projet est plus sévère pour les sous-évaluations des biens mobiliers; il ne les admet que si elles sont justifiées par la crainte de fluctuations prochaines de valeurs (art. 146, al. 3) (17). Enfin, il prohibe toute surélévation du passif (art. 146, al. 4). Dans ces diverses règles, le projet se réfère à ce que ferait un commerçant scrupuleux. Il rapproche droit privé et droit fiscal à cet égard en déclarant valables les réserves reconnues par le fisc (18).

Ce compromis du projet est critiqué de divers côtés : on lui reproche l'imprécision de ses critères; les uns

(1) Voir R. Rodière, «V^o Réserves», dans «Encyclopédie Dallos, Répertoire de droit des sociétés», nos 53 et suiv.

(2) Goré, «Les réserves occultes dans les sociétés par actions», dans «Journal des sociétés», 1947, pp. 149 et suiv., n^o 4.

(3) Voir Amiaud, «Les réserves», 2^e éd., n^o 170; R. Rodière, *op. cit.*, n^o 56.

(4) Voir les citations dans Rodière, *op. cit.*, n^o 57.

(5) Voir les auteurs cités par Rossi, «Rivista di diritto commerciale», 1957, I, p. 22; Pettiti, *op. cit.*, p. 117; Simonetto, «Dividendi e acconti dividendo nelle società per azioni», 1963, pp. 69 et suiv.

(6) Rossi, *op. cit.*, pp. 19, 27 et suiv.; Graziani, pp. 287 et suiv.

(7) Trib. Milano, 18-1-1962, «Foro Italiano», 1963, I, p. 1031; la position de Cass. 15-6-1959, «Foro Italiano», 1959, I, p. 1047 à laquelle se réfère ce jugement est moins nette.

(8) Cass. 15-6-1959, précité.

(9) Voir Frédéricq, V, n^o 542; Van Rijn, I, p. 760; Passelecq, n^o 6836.

(10) RG 6-11-1918; RGZ 94, p. 123.

(11) RG 11-2-1927, RGZ pp. 116, 119; 15-10-1937, RGZ 156, 52.

(12) Mellerowicz, art. 129, n^o 13; Baumbach-Hueck, art. 133, n^o 2 C; Stützel, pp. 956 et suiv.

(13) Mellerowicz, art. 129, n^o 14.

(14) Voir Schmalenbach, «Bilan dynamique», trad. franç. 1961, pp. 165 et suiv.; Stützel, pp. 951 et suiv.

(15) Art. 146, p. 174.

(16) «Exposé des motifs», art. 146, pp. 175 et 176.

(17) Voir les justifications de ces différences dans l'exposé des motifs, p. 176.

(18) Exposé des motifs, *loc. cit.*

blâment sa sévérité, les autres regrettent qu'il ait bridé à l'excès la liberté des chefs d'entreprise (1).

§ 2. Le droit de souscription en cas d'augmentation de capital social

38. *Droit de souscription préférentiel et concentration*

Le problème du droit de souscription préférentiel accordé aux actionnaires anciens lors de l'augmentation du capital de la société déborde certes la question de la concentration des entreprises. Il y a néanmoins un rapport entre les deux problèmes. Le voici.

Pour acquérir une participation dans une société, une autre entreprise peut acquérir soit en bourse, soit par négociations directes des actions en nombre croissant ou un paquet d'actions important. Mais un autre procédé consiste à convaincre la société où l'on veut entrer de procéder à une augmentation sensible de son capital social en accordant un droit de souscription à l'entreprise qui veut y entrer. Cela suppose soit que les actionnaires anciens de la société qui va augmenter son capital ne jouissent pas d'un droit de souscription préférentiel, soit qu'ils font abandon de leurs droits.

D'où le rapport avec notre problème : une législation nationale favorise la concentration soit si elle n'accorde pas de droit de souscription préférentiel aux anciens actionnaires, soit si elle autorise facilement l'abandon de ce droit par leurs titulaires.

39. *Gradation des solutions*

La plus simple, celle qui en conséquence favorise le plus la concentration est la position *luxembourgeoise et néerlandaise*; dans ces pays n'existe aucun droit de souscription préférentiel; rien ne vient entraver les transactions entre groupes; si la concentration ne s'en trouve pas favorisée, du moins elle n'en est absolument pas gênée.

En *Belgique*, la loi ignore également le droit de souscription préférentiel. Mais la Commission bancaire y subordonne son agrément de sorte que l'institution existe couramment. Néanmoins, d'une part, il est admis que les actionnaires anciens peuvent y renoncer, d'autre part, l'intervention de la Commission bancaire ne se faisant sentir qu'en cas d'appel au public, les tractations directes entre groupes n'en sont pas gênées; cependant, on ne manquera pas de faire renoncer régulièrement les actionnaires de façon à ne pas rencontrer plus tard de difficultés lorsqu'on voudra introduire sur le marché financier public les nouvelles actions.

Les trois autres législations sont plus sévères. Il faut entrer dans quelques détails pour mesurer exactement leurs solutions.

40. En *France*, la pratique qui avait introduit ce droit a été transformée en règle impérative par dé-

cret-loi du 8 août 1935. Les actionnaires ont reçu là un droit important; le législateur se préoccupe de les en aviser par un avis au BALO ou par un avis adressé individuellement à chaque porteur d'actions. Les statuts ne peuvent ni supprimer le droit, ni en interdire la négociation car il a de la valeur par lui-même. La loi permet par contre une renonciation, mais les actionnaires doivent être alors éclairés par un rapport spécial des commissaires aux comptes qui leur indique les bases de l'opération, et par un rapport du conseil d'administration qui leur explique le pourquoi des choses (2).

En *Allemagne*, les actionnaires ont reçu de la loi un droit de souscription préférentiel (art. 153, al. 1) que les statuts ne peuvent pas supprimer; mais une majorité des trois quarts du capital représenté peut, en assemblée générale, le supprimer; encore faut-il que l'ordre du jour en ait avisé les actionnaires (art. 153, al. 3 et 4). Cette sévérité tombe dans les cas où l'assemblée générale autorise la direction à augmenter le capital social; en le faisant, elle peut fixer les conditions de l'émission, mais si elle n'en fait rien, la direction est libre et notamment elle peut exclure le droit de souscription des actionnaires anciens. Il y a là une différence étrange entre le cas où l'assemblée décide l'augmentation et celui où elle autorise la direction à y procéder. Le projet y porte remède en soumettant la suppression du droit de souscription préférentiel, dans un cas comme dans l'autre, à la décision de l'assemblée générale (3). La sévérité va donc croissant puisque, avant la loi de 1937, le code de commerce n'exigeait en toutes circonstances qu'une décision prise à la majorité simple (4).

Il faut d'autre part noter la tendance du tribunal fédéral à annuler les renonciations ou les suppressions que ne justifierait pas l'intérêt de la société (5). La doctrine est dans le même sens (6).

Enfin, aux termes de l'article 154, alinéa 2, de la loi de 1937, les garanties que les dirigeants de la société pourraient donner concernant la renonciation future de actionnaires ne lient pas la société, solution propre à entraver les tractations du genre étudié (7).

En *Italie*, les actionnaires ont, sous le nom de droit d'option, un droit équivalant à celui des actionnaires français ou allemands (art. 2441). Ils peuvent y renoncer dans l'intérêt de la société; la décision est prise par la majorité du capital social (art. 2441, al. 3).

(1) Voir en sens divers : Mellerowicz, «Beiträge», pp. 221 et suiv. Peltzer, NJW 1961, 1285; Kronstein-Claussen, pp. 106 et suiv.

(2) Voir les traités et manuels, entre autres R. Rodière, n° 514.

(3) Projet, art. 174, al. 3 et exposé des motifs, p. 192.

(4) Art. 282 HGB; voir Rasch, pp. 120 et suiv.; Mestmäcker, pp. 139 et suiv.

(5) Voir aussi BGH 27-9-1956, BGHZ 21, 354.

(6) Mestmäcker, p. 149; Fischer, art. 154, n° 16; Rasch, p. 127.

(7) Fischer, art. 154, n° 2; Baumbach-Hueck, art. 154, n° 2.

CHAPITRE II

Accords de groupement

SECTION 1

DESCRIPTION ET TYPOLOGIE

41. *Profondes différences entre les divers systèmes de droit*

Elles tiennent à ce que certaines législations nationales, la française par exemple, ignorent toute réglementation en la matière, de sorte que tout y dépend du droit commun, tandis que d'autres, soit sur le plan fiscal comme la loi allemande, soit sur le plan du droit privé comme la loi italienne, établissent des règles particulières qui posent des problèmes spéciaux.

42. *Le droit commun en France, en Belgique, au Luxembourg, aux Pays-Bas*

Dès lors, les accords de groupement, c'est-à-dire les conventions aux termes desquelles une société se met sous la coupe d'une autre (accords de subordination) ou par lesquelles deux sociétés échangent leurs services ou leurs organes (accords de coopération), n'ont à respecter que les conditions de validité du droit commun et produisent les effets que le droit commun attache à ces contrats d'après leur nature.

Il n'est pas question d'établir une classification de ces contrats. La mise en tutelle d'une société par une autre peut prendre n'importe quelle forme : contrat d'entreprise, contrat de location, contrat de bail etc.

On notera, cependant, que la question peut à l'occasion se poser de savoir si la nature du groupement, quand c'est une personne morale (ce qui sera le cas de toute société, autre qu'une société en participation, en France ou en Belgique), lui permet de passer un pareil accord et, d'autre part, si sa personnalité ne risque pas d'être obnubilée. Nous rencontrerons cette question dans la doctrine allemande. Elle se poserait pareillement en France, mais la doctrine ne paraît pas s'être interrogée sur cette métaphysique des sociétés.

Autre chose est de savoir à quelles conditions l'accord peut être passé, compte tenu de la répartition des compétences entre les organes sociaux.

Cette question sera examinée dans la seconde section.

On notera surtout que le droit des ententes industrielles et les lois assurant la libre concurrence peuvent intervenir et souvent en fait interviendront pour interdire certains accords. Il en sera ainsi de tous ceux qui, comme les accords de représentation

exclusive ou de vente exclusive, peuvent aboutir à violer ces lois, mais la matière n'a rien de particulier aux sociétés. Que l'entreprise ait la forme sociale ou qu'elle soit restée individuelle, la situation est la même. Aussi n'intéresse-t-elle pas cette étude, consacrée à la seule influence du droit des sociétés commerciales sur les possibilités de concentration des entreprises.

43. *Contrats de coordination*

Les contrats y jouent un rôle important en cas de concentration par coopération. Les groupements sont, alors, en général, formés par des entreprises économiques indépendantes l'une de l'autre. La coopération envisagée n'est pas garantie d'avance par une situation de fait qui permettrait la direction unitaire, ou au moins concertée, de l'activité des entreprises intéressées. Un contrat doit intervenir pour en jeter les bases. A la manière d'un traité de paix, il reflétera les rôles et les puissances respectifs des divers partenaires.

La coordination de deux sociétés consiste, dans sa forme la plus simple, à aligner leur activité sous une direction commune et à mettre en pool les bénéfices d'exploitation des deux entreprises. Les contrats dits «contrats d'association d'intérêts» ont joué un certain rôle et les auteurs allemands leur consacrent une place importante⁽¹⁾. Aujourd'hui, leur importance s'est réduite⁽²⁾ et ils constituent très rarement la seule base de la coopération entre sociétés. On ne peut pas la laisser exposée à tous les aléas d'un contrat. Les sociétés chercheront à nouer d'autres liens avec elles, notamment par des échanges de participations : encore cette formule est-elle peu pratiquée parce qu'elle ne contribuerait pas à la solution des conflits, qu'elle compliquerait inutilement l'administration des sociétés et, enfin, parce que des participations réciproques ne sont pas l'expression adéquate d'une coopération entre les directions des deux sociétés.

Les intéressés chercheront une forme plus rationnelle de coopération et de participation en faisant acquérir à l'une des deux sociétés intéressées une participation importante dans l'autre; mais on retombe alors dans des formules de domination plutôt que d'égalité. Si la subordination d'une société à l'autre n'est pas souhaitée, on adoptera un

(1) Friedländer, pp. 114 à 122; Rasch, pp. 72 à 82.

(2) Lors de l'enquête sur la concentration, un seul contrat de ce type a été trouvé, qui d'ailleurs n'était jamais entré en vigueur; suppl., pp. 588 et 589.

autre procédé pour donner à la coopération envisagée un cadre plus stable que ne le sont les simples liens contractuels. Les sociétés intéressées feront apport partiel de leur patrimoine social à une troisième société, filiale commune des deux. Un contrat délimitera l'influence et le droit de chacun des associés. Pareille constitution ne signifie pas nécessairement concentration d'entreprises. Tout dépend de l'importance de l'actif que chacune des sociétés associées cède à la filiale commune. Souvent la filiale ne sera chargée que d'activités économiquement peu importantes, comme la recherche. Mais, au fur et à mesure que les associés entendent intensifier leur coopération, elles chargeront leur filiale commune de fonctions plus importantes. A l'extrême, elles se contentent de détenir une participation dans leur filiale, laissant à celle-ci l'exploitation entière de leurs activités.

44. Contrats entre sociétés

Si les contrats de subordination sont de types réduits, ainsi en Allemagne où ils prennent la forme presque stéréotypée du «contrat d'organe» (voir ci-dessous point 45), les contrats entre sociétés vraiment associées, sur un pied d'égalité ou presque d'égalité, prennent les formes les plus variées. La doctrine allemande les appelle «contrats de consortium», comprenant par-là les contrats d'association, de pool, de vote, ou les accords «de base», d'intérêts ou de consultation⁽¹⁾. Les plus explicites concernent l'usage, par chacun, de ses droits de vote dans l'autre société; ils s'engagent à voter dans le même sens, après un accord préalable obtenu au cours d'une conférence des dirigeants⁽²⁾. Ces accords sont tenus pour valables⁽³⁾. Par d'autres accords, les partenaires s'interdisent de céder leurs actions⁽⁴⁾.

45. «Contrat d'organe» en droit allemand

C'est un contrat type dégagé par la pratique pour satisfaire aux exigences de la loi fiscale et en obtenir les avantages.

Le privilège le plus important que consente le droit fiscal allemand, l'imposition globale des bénéfices réalisés par tous les membres d'un même groupe⁽⁵⁾, est subordonné à la fermeté et à l'étroitesse du lien qui unit les sociétés; les contrats qui, juridiquement⁽⁶⁾, forment ce lien ont été rédigés de manière à satisfaire les exigences du fisc. La Cour fédérale des finances a marqué, à cet égard, la liaison des concepts fiscaux et du droit privé⁽⁷⁾. Ainsi s'est dégagé un type de contrat, répondant aux exigences du droit fiscal qui, en droit privé, réalise l'intégration économique et institutionnelle de la société dominée dans la société dominante et le transfert à celle-ci des résultats financiers obtenus par celle-là. Cette formule s'inspire directement du décret d'application de la loi relative à l'impôt sur le chiffre d'affaires

(décret du 23-12-1938, art. 17) et du décret d'application de la loi relative à la patente (décret du 24-3-1956, art. 3).

On a donné à ce contrat le nom de «contrat d'organe»⁽⁸⁾ parce qu'il fait de la société subordonnée l'organe de la société dominante; elle n'a, pour ainsi dire, plus de personnalité autre que celle d'une pure entité juridique. On a même douté que la chose fût possible, un être ne pouvant pas renoncer à sa propre existence. Bien d'autres discussions sont nées qui font davantage honneur à la subtilité de leurs auteurs qu'à l'utilité de leurs travaux⁽⁹⁾.

Le projet, avec raison, ne s'occupe pas de ces analyses qui ne doivent pas intéresser les législateurs⁽¹⁰⁾. Il est plus important de s'interroger sur la validité d'un pareil contrat au regard du droit des sociétés. On se demande s'il est compatible avec la structure d'une société de capitaux; la direction de la société organe peut-elle être assujettie à la volonté de la société qui la domine? La même société organe peut-elle transférer tous les résultats des exercices financiers à l'autre société? Ces points seront examinés sous le point 49.

46. Doctrine italienne

Elle distingue trois contrats spéciaux qui peuvent créer un lien de subordination étroit :

a) la location d'affaire (*affitto di azienda*) suivant laquelle le locataire peut disposer de l'affaire d'autrui et, dans les limites tracées par la loi ou fixées par la convention, peut s'en servir de la manière la plus utile pour lui, le risque de la gestion lui incombant entièrement; en pareil cas, l'entreprise louée n'exerce plus d'activité propre et l'on peut se demander s'il y a encore groupement; Brunetti le croit, mais pas d'autres auteurs⁽¹¹⁾;

b) la gérance d'affaire (*gestione o gerenza di azienda*) par laquelle l'entreprise confie sa gestion à un autre, sans, semble-t-il, s'effacer autant que dans la combinaison précédente;

(1) Enquête suppl., p. 583. Rasch, pp. 55 et suiv.

(2) Pour plus de détails, voir «Enquête», pp. 584 et suiv.

(3) Schmidt, sur Hachenburg, GmbH, art. 47, n° 29.

(4) Würdinger, pp. 49 et suiv.

(5) Voir Rapport, II, nos 3 et suiv.

(6) Je dis «juridiquement» parce que l'enquête sur la concentration dans l'industrie allemande a bien montré que la dépendance existe de fait avant d'être formalisée dans un contrat; voir rapport, p. 57 et suppl., p. 583.

(7) Bundesfinanzhof, 8-3-1955, «Betriebsberater», 1955, 928; 22-4-1964, AG, 1964, 312.

(8) Voir sur ce contrat en général Mestmäcker, p. 287; Rasch, p. 83; Flume, «Betriebsberater», 1956, 455; H. Sapper, pp. 47 et suiv.

(9) Voir sur ces divers points et sur la discussion, Flume *op. et loc. cit.*; Ballerstedt, «Betriebsberater», 1956, 815 et 1957, 837; Mestmäcker, p. 324; Würdinger, pp. 207 et 208.

(10) Exposé des motifs, art. 280, p. 215.

(11) Voir Brunetti, II, n° 395 et Pasteris, «Il controllo nelle società collegate e le partecipazioni reciproche» 1957.

c) l'exercice d'affaire (*esercizio di azienda*) par laquelle une entreprise gère sa propre affaire mais pour le compte d'un tiers.

Ceci dit, en Italie comme ailleurs, le contrôle est souvent assuré par un contrat d'exclusivité; l'entreprise qui l'obtient va agencer toute son organisation en vue de l'écoulement du produit dont elle a obtenu la concession et cette organisation ne vaudra peut-être rien pour l'écoulement d'un autre produit, de telle sorte qu'elle sera liée irrévocablement à la première⁽¹⁾, mais on voit que ces combinaisons ne présentent aucun particularisme en matière de sociétés. Comme on l'a dit, c'est un problème de validité au regard de la loi anti-trust qui d'abord se présente.

SECTION 2

CONCLUSION ET VALIDITÉ DES CONTRATS

47. *Autorité compétente*

Si les statuts le précisent, il faut les appliquer au moins dans les systèmes de droit qui admettent l'opposabilité aux tiers des limitations apportées par les statuts aux pouvoirs des dirigeants, ce qui n'est pas le cas de l'Allemagne et ne le sera pas de la France après adoption du projet de loi en cours.

Quelle est alors la solution légale? Dans les pays qui ne connaissent aucune réglementation spéciale de la matière comme la France, la Belgique, les Pays-Bas ou le Luxembourg, la question revient à se demander : premièrement, si les dirigeants ont compétence pour agir; deuxièmement, s'ils ne l'ont pas, si c'est l'assemblée générale ordinaire ou extraordinaire qui doit intervenir; encore cette deuxième question ne se pose-t-elle pas aux Pays-Bas, puisque la législation néerlandaise ignore la différence entre ces deux systèmes d'assemblées générales.

La réponse dépend du point de savoir s'il doit ou non y avoir modification des statuts. Si le contrat ne doit pas l'entraîner, et normalement ce sera bien la situation, alors il n'y a pas lieu de faire délibérer l'assemblée générale extraordinaire. Le problème se réduit à savoir si l'on est en présence d'un acte qui relève de la compétence du conseil d'administration ou de l'assemblée générale. La réponse, en France ou en Belgique, sera que c'est au conseil d'administration de statuer car si l'acte est grave, il relève néanmoins de l'administration de la société (voir ci-dessous point 48). En France, la réponse sera la même, parce que l'acte excède les pouvoirs de direction quotidienne du président-directeur général.

S'il doit y avoir modification des statuts — et ceci se présentera dans les cas où l'objet de la société

doit être modifié — l'acte devra répondre aux conditions requises pour les délibérations de l'assemblée générale extraordinaire.

En Allemagne, l'organe compétent est la direction⁽²⁾, à moins que la société ne s'engage à transférer plus des trois quarts de ses bénéfices à son partenaire ou à un fonds commun, ou encore à moins qu'elle n'affirme l'exploitation de son entreprise, ou l'abandonne, ou s'engage à la gérer pour le compte d'autrui⁽³⁾. Dans ces deux cas, l'accord doit être approuvé par une assemblée générale (art. 256). Cette disposition vise le «contrat d'organe» (voir ci-dessus point 45)⁽⁴⁾. Par contre, la société dominante s'engage dans cette précaution; la direction fera seule le nécessaire⁽⁵⁾.

On s'est demandé, surtout à propos du contrat d'organe, si les prescriptions de l'article 256 suffisaient et s'il ne fallait pas plutôt les combiner avec les exigences générales du droit des sociétés. En particulier, si le contrat doit correspondre à une modification du pacte social, on s'est demandé s'il ne fallait pas exiger l'approbation de l'assemblée générale dans les conditions requises pour la modification du pacte social; ainsi, la question s'est posée pour le contrat d'affermage qui fait de la société «exploitante» une société «rentière».

Posée avant 1937⁽⁶⁾, la question s'est présentée également sous l'empire de la loi de 1937⁽⁷⁾. Il faudrait, dans la thèse la plus exigeante, que la direction fasse connaître son intention aux actionnaires par la publication de l'ordre du jour au moins deux semaines avant la tenue de l'assemblée générale (art. 108, al. 2; 145, al. 3), et son approbation ne serait pas efficace avant d'avoir été portée au registre du commerce (art. 148, al. 3). Pour écarter toute controverse, le projet soumet expressément l'approbation d'un contrat quelconque à ces deux formalités (projet, art. 120, al. 2; 283), et ajoute qu'elle n'est pas d'ailleurs une modification des statuts (projet art. 282, al. 3, *in fine*). L'approbation de la majorité des trois quarts du capital social sera, au reste, exigée pour tout contrat de groupement sans tenir

(1) Ferri, «Vendita con esclusiva», p. 274; Lordi, «Istituzione di diritto commerciale», p. 295.

(2) Schilling, art. 256, n° 2.

(3) Ce sont les trois situations distinguées par la doctrine italienne, évidemment inspirée par la loi allemande (voir ci-dessus point 46).

(4) Schilling, *loc. cit.*, n° 10; Rasch, pp. 82 et 83; Würdinger, p. 195.

(5) Schilling, *loc. cit.*, n° 21.

(6) Voir les références données par Mestmäcker, p. 338, nos 149, 150, et Ballerstedt, «Betriebsberater» 1956, 839, n° 21.

(7) Mestmäcker, pp. 337 et suiv.; Erlinghagen, pp. 151 et suiv.; Ballerstedt, «Betriebsberater» 1956, 839; Duden, BB. 1957, 49; Rasch, pp. 65 et 66; *contra* : Schilling, art. 256, n° 26; voir pour d'autres références Erlinghagen, p. 151, n° 2; si les statuts autorisent déjà la conclusion du contrat en cause, la société serait dispensée d'observer les règles sur la modification des statuts, Rasch, p. 66; Erlinghagen, p. 156.

compte, comme le fait l'article 256 de la loi actuelle, de la fraction des bénéfiques à transférer.

Le problème de savoir si la conclusion d'un contrat d'organe modifie les statuts est d'une importance particulière pour les sociétés à responsabilité limitée. La loi sur ces sociétés ne comporte pas de règle analogue à celle de l'article 256 de la loi sur les sociétés anonymes. L'approbation d'un contrat d'organe par les associés ne serait donc exigée que si un tel contrat modifiait le but social. D'après la doctrine dominante, formulée surtout à propos des sociétés anonymes, on doit admettre qu'il y a modification (1).

48. La mise en location-gérance en France

La décision par laquelle une société met son fonds en location-gérance sera-t-elle prise par le conseil d'administration ou par l'assemblée générale extraordinaire? La doctrine penche vers la solution de sévérité (2), la jurisprudence statue dans le sens de la facilité (3). En l'état actuel de notre droit, ces deux solutions ne sont proposées qu'en l'absence d'une clause contraire explicite des statuts (4).

Mais, de toute manière, location-gérance ou autre forme d'affermage, la question n'est jamais discutée en France sur le plan de la concentration d'entreprises. Je veux dire que doctrine et jurisprudence, compte tenu de l'absence de toute réglementation, traitent de la même manière les accords de groupement, qu'ils aboutissent ou non en fait à une véritable concentration des entreprises. Les questions suscitées en Allemagne par la réglementation fiscale des avantages concédés aux groupes ou par les prescriptions particulières de l'article 256 n'ont pas leur pendant dans les inquiétudes de la doctrine française ou belge.

49. Validité du contrat de groupement

Dans les pays qui n'ont pas de législation spéciale, c'est-à-dire dans tous les Etats de la CEE à l'exception de l'Allemagne, la validité du groupement dépend des règles du droit commun représentées, d'une part, par les règles du droit général des contrats et des obligations, d'autre part, par les règles du droit des obligations (5).

On s'est ainsi demandé si le consentement de la société dominée, qui va s'intégrer dans l'autre, est suffisamment libre. C'est le type des discussions d'Ecole parce que l'on ne trouvera évidemment pas les éléments du vice de violence suffisamment caractérisés pour aboutir à l'annulation du contrat. On s'est également demandé s'il n'y avait pas alors une sorte de contrat avec soi-même quand les sociétés qui s'unissent ne font déjà qu'un en fait; on soulève alors un problème qui dépasse notre discussion; on se bornera à observer que, si les deux

sociétés ont conservé juridiquement leur indépendance, il n'y a pas proprement contrat avec soi-même, même dans l'hypothèse extrême (et qu'on ne rencontrera sans doute jamais parce que les opérateurs sont trop avisés) où le même homme apparaîtrait d'un côté et d'autre du contrat comme gérant ou dirigeant de l'une et de l'autre des sociétés (6).

C'est plutôt vers l'article 40 de la loi de 1867 et également vers la théorie de la protection des minorités que l'on trouvera des chances, sur la première base, d'aboutir à l'annulation du contrat; sur la seconde, de mettre en jeu la responsabilité des dirigeants sinon d'aboutir à l'annulation de la délibération par laquelle l'assemblée générale de la société dominée aura accepté de passer sous le joug de la société dominante.

50. En Allemagne, l'approbation requise par l'article 256 n'a pas paru suffisante à protéger les minorités. La nécessité de cette protection est apparue surtout dans les cas où la majorité est précisément détenue par la société qui va profiter du contrat d'affiliation; l'absence, à cet égard, en Allemagne, de règle analogue à celle de la loi italienne (art. 2373 du code civil) se fait sentir fâcheusement (7).

On pourrait cependant contester la validité d'une décision prise par des actionnaires qui auraient cherché à se procurer ou à procurer à des tiers un «avantage étranger à la société», si cette décision est propre à atteindre cet objectif (argt. art. 197, al. 2). On a bien soutenu, cependant, que l'actionnaire qui vote suivant l'intérêt de son «Konzern» poursuit légitimement ses intérêts, mais cette position n'est pas reçue par la doctrine dominante qui n'admet cette position des majoritaires que si les minoritaires reçoivent une compensation (8),

(1) En ce sens : Ballerstedt, «Betriebsberater» 195, 839; Flume, *ibid.* 457.

(2) Bastian, note JCP, 1946, II, 1871; Escarra et Rault, tome IV, pp. 167 et suiv.

(3) Req. 12-7-1892, V. S. 1894. 1. 333; voir sur cet arrêt H. Sapper, «Les contrats d'affiliation en droit français et allemand», dans «Revue trimestrielle de droit commercial» 1963, 37 et suiv., pp. 55 et 56.

(4) On peut peut-être expliquer par-là la position de Paris; 14-3-1957, S. 1957.2.153, «Revue trimestrielle de droit commercial», 1958, 774, obs. Rault; mais on peut également y voir l'amorce d'un renversement de la jurisprudence : sans qu'il y ait, dans la lettre, modification des statuts, on pourrait tenir ceux-ci pour changés par suite de l'ensemble des répercussions que l'affiliation de la société à une autre apporte sur le comportement de la première; voir en ce sens H. Sapper, *op. et loc. cit.*, pp. 57 et 58, rejoignant Wahl, note S. 1905.1.89; voir les autres références et discussions dans l'article de H. Sapper, pp. 58 à 61.

(5) Voir Vanhaecke, nos 321 et suiv.

(6) Voir les citations de doctrine française et italienne dans Vanhaecke, p. 320, nos 13 et 14.

(7) Schmidt, art. 114, n° 37; Kropff, NJW, 1959, 177; Boesebeck, NJW, 1960, 711.

(8) Hueck, dans «Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben», IV, 1929, 175, n° 20; Rasch, p. 129; Schilling, art. 256, n° 20; Erlinghagen, pp. 148 et 149.

solution qui d'ailleurs ne s'accorde guère avec la disposition de l'article 197, alinéa 2, puisque le contrat d'affiliation a pour objet de mettre la société affiliée au service d'intérêts qui lui sont étrangers ⁽¹⁾ et que la compensation accordée aux minoritaires n'y change rien. La seule médication consiste dans une disposition analogue à celle de l'article précité du code italien ou à celle du paragraphe 47, dernier alinéa, de la loi allemande de 1892 sur les sociétés à responsabilité limitée.

On avait proposé que le projet en cours reprenne les règles qui excluent l'actionnaire intéressé du vote sur le contrat d'affiliation ⁽²⁾. Cette proposition a été rejetée sans que les raisons données paraissent bien décisives ⁽³⁾.

On a même, d'ailleurs, contesté la validité des contrats d'affiliation en observant que quand le législateur a prévu et admis des opérations qui peuvent porter fortement atteinte aux droits individuels des actionnaires, il a organisé une procédure qui protège la minorité, ainsi en cas de fusion ou de transformation de la société. Ici il n'y a rien de semblable et la modification aux droits des actionnaires ne devrait donc pas pouvoir se faire ⁽⁴⁾. Cette position est restée isolée ⁽⁵⁾.

Ces contrats sont en effet, en Allemagne, comme dans les autres pays d'ailleurs, la constatation d'un fait déjà accompli. Contester leur validité serait s'attaquer à l'effet plus qu'à la cause. Loin de les critiquer, il faut se louer de ce qu'ils contribuent à clarifier les situations et de ce qu'ils ont généralement le mérite de préciser que la société dominante garantit le paiement du passif de la société dominée, et accordent certaines compensations aux minoritaires. On rendrait sans doute un mauvais service aux créanciers sociaux et aux minoritaires en annulant de pareils contrats.

Le tribunal d'Empire avait cependant prononcé la nullité du contrat par lequel une société à responsabilité limitée avait cédé la gestion de son entreprise à une autre société, avait réservé à celle-ci la faculté de nommer les gérants et les autres employés et s'était engagée à faire prendre par les organes sociaux toutes les décisions permettant à la société dominante d'exercer ses droits ⁽⁶⁾. Mais cette décision fut, au moins pour ses motifs, critiquée par tous ⁽⁷⁾ et la jurisprudence a renoncé depuis à son interprétation rigoriste. L'essence de la société n'est pas que son exploitation soit autonome; c'est la poursuite de l'objet social et les moyens employés doivent importer moins que la réalisation de cet objet ⁽⁸⁾.

51. Le projet en cours assigne une fonction particulière au contrat d'affiliation. Il ajoute d'abord aux contrats déjà visés par l'actuel article 256, deux contrats propres au droit des sociétés et non calqués sur des contrats de droit commun : l'un, dit contrat

de maîtrise (*Beherrschungsvertrag*), est l'accord par lequel une société anonyme, ou une commandite par actions, assujettit sa direction à une autre entreprise; l'autre, dit contrat de transfert des bénéfices (*Gewinnabführungsvertrag*), est l'accord par lequel une société du même type s'engage à transférer la totalité des bénéfices réalisés à une autre entreprise. Les objets de ces deux accords forment les deux éléments du contrat d'affiliation que connaît, sinon le droit des sociétés actuel, du moins une pratique tolérée. Les rédacteurs admettent que les deux accords différents seront, en général, rassemblés pour aboutir au «contrat d'organe» ⁽⁹⁾. On peut alors douter de l'utilité de cette création qui paraît plutôt inspirée par les soucis de la doctrine que par l'intérêt pratique ⁽¹⁰⁾.

52. *Publicité des contrats d'affiliation ou assimilés*

Il faut ici encore écarter le jeu des lois anti-trust. Ces lois, et particulièrement l'article 85 du traité de Rome, ainsi que les règlements pris pour son application, peuvent imposer une certaine publicité du moins à l'usage d'autorités administratives nationales ou communautaires, des contrats qui réalisent des ententes au sens de ce texte fondamental, mais on répète que ces mesures n'intéressent pas spécialement les sociétés et l'on se bornera donc à en rappeler la mention.

Hors de là, les lois nationales sur les sociétés ignorent actuellement toute publicité des contrats qui font, ou du moins qui formalisent les groupes de sociétés.

Le projet allemand entend modifier cet état de choses. Il prescrit qu'un contrat de groupement ne sera pas valable s'il n'a été immatriculé au registre du commerce et déposé au tribunal chargé de tenir ce registre (art. 283).

Dans une construction de cet ordre, il faut pourchasser les groupements occultes. Un avant-projet fulminait de lourdes menaces à cet égard contre les dirigeants de sociétés. Le projet est moins sévère.

(1) Mestmäcker, p. 348.

(2) Duden, BB. 1957, 49.

(3) Voir l'exposé des motifs du projet, art. 282, pp. 217—218; dans le même sens Mestmäcker, pp. 341—342; Ballerstedt, «Betriebsberater» 1957, 841.

(4) Duden, BB. 1957, 51; rappr. Würdinger, «Betriebsberater» 1958, 1452.

(5) Mestmäcker, pp. 337 et suiv., 352 et suiv.; Erlinghagen, pp. 148 et suiv.; Ballerstedt, «Betriebsberater» 1956, pp. 813 et suiv., 837 et suiv.

(6) RG 27-5-1913, RGZ, 82, 308; voir RG 19-2-1881, RGZ 3, 123 (affaire des chemins de fer roumains).

(7) Erlinghagen, p. 33, n° 5 et les références citées par cet auteur.

(8) Erlinghagen, pp. 36—37, 107; Ballerstedt, pp. 875 et suiv. et «Betriebsberater» 1957, 840.

(9) Exposé des motifs, p. 214.

(10) Pour des objections d'ordre systématique voir Würdinger, dans «Betriebsberater» 1958, 1451; *contra* : Flume, «Betriebsberater» 1959, 195.

Il se borne à prévoir la responsabilité de la société dominante et de ses dirigeants en cas de dommages causés à la société dominée (art. 306). Si la manière d'agir de la société dominante n'est pas préjudiciable à la société dominée, la responsabilité n'aura donc pas lieu. Cependant, pour permettre le contrôle des transactions entre les sociétés liées de fait, le projet impose à la direction de la société affiliée l'obligation d'établir, à côté du bilan, un rapport dit «de dépendance» qui énumérera les transactions que la société, au cours de l'exercice écoulé, aura conclues avec l'entreprise qui la domine ou les entreprises qui dépendent de celle-ci, ainsi que toutes les mesures prises à l'instigation ou dans l'intérêt de ces entreprises (art. 301, al. 1). Ce rapport sera soumis au contrôle des commissaires aux comptes (art. 302) et à l'approbation du conseil de surveillance (art.

303). Ces mesures doivent inciter à conclure des contrats d'affiliation soumis à publicité.

Le projet français, en cours de discussion devant le Parlement, ne prévoit aucune publicité. Mais on notera que les contrats de location-gérance sont soumis au régime institué par la loi du 20 mars 1956 qui impose la publicité du contrat par inscription au registre du commerce et au Bulletin officiel du registre du commerce, sous peine de sanctions très graves pour le bailleur, ce qui n'est guère intéressant sous le rapport qui nous préoccupe puisque celui qu'il faut atteindre c'est plutôt le locataire ⁽¹⁾.

(1) Sur ces dispositions, qui n'ont rien de spécial aux sociétés et qui sont manifestement mal adaptées à notre propos, voir les ouvrages de droit commercial, en particulier Houin, dans Julliot de la Morandière, Rodière et Houin, «Droit Commercial», I, n° 247.

TITRE II

Fonctionnement des groupements d'entreprises

53. Questions examinées

Ce titre étudiera d'abord l'organisation interne des groupements d'entreprises. Ce sera l'objet d'un premier chapitre.

Le second exposera les deux faces du problème que pose l'état de dépendance d'une société envers une autre : d'une part, la soumission de la société dépen-

dante à l'égard des indications que lui impose la société dominante; d'autre part, la menace qui agit sur les créanciers et sur les actionnaires minoritaires.

Le troisième chapitre donnera quelques indications sur les problèmes annexes que posent les groupements d'entreprises en matière de publicité et de comptabilité.

CHAPITRE I

Organisation interne du groupe d'entreprises

54. Incidences quant à l'administration

Le fait que deux sociétés ont conclu entre elles un accord de groupement du genre étudié au chapitre II du titre premier ou que l'une d'entre elles a pris dans l'autre une participation qui lui assure le contrôle dans les conditions indiquées au chapitre I du titre premier, ce fait va-t-il avoir quelque incidence sur l'organisation interne du groupe des deux sociétés ?

En fait, cette incidence sera certaine puisque c'est pour assurer l'influence de l'une dans l'autre, ou l'influence commune et réciproque de chacune des sociétés dans l'autre que la participation aura été prise ou que l'accord aura été formalisé. Cette incidence se manifestera particulièrement dans le choix des administrateurs ou des directeurs des deux sociétés. En cas de participation à sens unique, la société dominante enverra ses propres dirigeants dans le conseil d'administration ou dans le conseil de surveillance de l'autre, sinon même dans sa direction la plus intime. En cas de participations croisées ou d'accord de coopération sur un pied égalitaire, on trouvera les mêmes noms dans les listes de dirigeants de l'une et l'autre sociétés.

Mais deux questions se posent sur le plan du droit :

1. Les règles concernant le choix des administrateurs facilitent-elles ces combinaisons ou y mettent-elles obstacle ?

2. N'y a-t-il pas, sur d'autres points du droit des sociétés, des règles que la concentration va utiliser ou qui au contraire vont la gêner ?

55. Choix des administrateurs

Au lieu d'administrateurs personnes physiques, on a songé à désigner des sociétés comme administrateurs de sociétés. Ainsi la société A participant à la société B fera en tant que telle, comme étant la société A, partie du conseil d'administration de la société B. La chose est-elle possible ?

En France, il faut aujourd'hui distinguer. Une personne physique seule peut occuper le poste de directeur général-président du conseil d'administration (loi du 4-3-1943, art. 12, *in fine*). La règle a été voulue moins contre la concentration des entreprises que pour assurer la réelle responsabilité de ce personnage. Elle confirme indirectement la règle contraire, admise pour le conseil d'administration :

une personne morale peut faire partie du conseil d'une société. La règle a été discutée autrefois ⁽¹⁾. La discussion n'est plus possible aujourd'hui et la pratique use largement de cette faculté.

Il est également admis en *Belgique* ⁽²⁾ ou au *Luxembourg* ⁽³⁾ qu'une personne morale occupe le poste d'administrateur d'une autre société. Aux *Pays-Bas*, la liberté entière qui concerne le choix des administrateurs ⁽⁴⁾ doit conduire à la même solution.

L'*Italie* et l'*Allemagne* connaissent la règle contraire. Elle est explicitée en droit allemand par la loi de 1937, successivement pour le «Vorstand» (art. 75, al. 1) et pour l'«Aufsichtsrat» (art. 86, al. 2) : aucune personne morale n'en peut faire partie. En *Italie*, la solution est discutée mais la négative est admise par la majorité de la doctrine ⁽⁵⁾.

On ne manquera pas de noter enfin que la concentration se trouve facilitée :

1. par les législations qui ignorent toute limitation du nombre des administrateurs, comme c'est le cas de la *Belgique*, du *Luxembourg*, des *Pays-Bas*, de l'*Allemagne* (sauf à avoir au conseil de surveillance un nombre de membres divisible par trois) et de l'*Italie*, la *France* seule restant dans l'autre camp ;

2. par les législations qui admettent que les premiers administrateurs soient désignés dans les statuts (art. 25, al. 3, loi française de 1867 ; art. 55, loi belge ; art. 51, loi luxembourgeoise ; art. 2383, code civil italien ; art. 87, loi allemande de 1937 ; art. 48, code de commerce néerlandais), mais on notera qu'en France et en Allemagne les membres statutaires sont désignés pour moins longtemps que ceux qui sont nommés par l'assemblée générale.

56. Cumul des sièges

La direction unitaire des sociétés dépendant du même groupe est on ne peut mieux assurée par l'identité des dirigeants. On trouve en fait les mêmes personnages aux divers postes de commande des

(1) Voir la controverse vieillie, rapportée longuement dans Vanhaecke, nos 111 à 127.

(2) Charley del Marmol et Dabin, 20.10, n° 40 ; Cour de cass. belge 17-5-1962, «Revue critique de jurisprudence belge», 1964, 72.

(3) Delvaux, 50.10, n° 25.

(4) Van der Grinten, 60.10, n° 32.

(5) Colombo, 40.10, n° 59.

sociétés du même groupe. L'enquête allemande sur la concentration l'a montré; la forme la plus fréquente consiste à faire siéger les membres de la direction de la société dominante au conseil de surveillance de la société dominée. Il est plus rare que l'on trouve les mêmes noms dans les deux conseils de direction (1). Les mêmes phénomènes plus ou moins caractérisés se retrouvent dans les autres pays du Marché commun.

Dans les uns et les autres il arrive donc qu'une même personne cumule de nombreux sièges d'administrateurs ou de directeurs dans plusieurs sociétés. Ainsi, l'enquête allemande a permis de compter en 1960 que 208 personnes détenaient entre six et dix mandats de membres de conseils de surveillance, 47 personnes entre onze et quinze, et 20, plus de quinze mandats.

Ces faits ont déterminé quelques réactions législatives. En France, il n'est plus permis à une personne de détenir plus de huit sièges dans les conseils d'administration ou d'occuper plus de deux postes de président-directeur général (loi du 16-11-1940; art. 3), mais la règle ne vaut que pour les sociétés ayant leur siège en France métropolitaine (2). Quant à sa sanction, comme la loi n'en dit rien, on est engagé à l'application du droit commun d'où paraît résulter l'annulation des délibérations prises par des conseils mal composés, mais faut-il alors annuler les délibérations de tous les conseils où siégerait un personnage cumulant plus de huit sièges? Ou réserver l'annulation aux délibérations du conseil où il aurait été nommé en neuvième lieu? L'absence de toute indication dans la doctrine ou la jurisprudence sur ce point engage à croire que la règle ne doit guère être appliquée.

En Allemagne, à l'heure actuelle, une seule personne peut occuper jusqu'à dix sièges de conseil de surveillance d'une société anonyme ou d'une commandite par actions (art. 86, al. 2) (3). Pour les sièges aux conseils de sociétés dépendantes, le nombre maximal a été porté à vingt (décret d'application du 29-9-1937, art. 18). Le projet fixe, sans égard à la nature de la société, le nombre maximal à quinze, qu'il s'agisse de sociétés dépendantes ou indépendantes (projet, art. 97, al. 2). Une modification aussi insignifiante nécessiterait de changer la composition des conseils de surveillance d'un certain nombre de sociétés dépendantes. Le législateur n'entend pas, en limitant le nombre maximal des sièges que peut détenir une personne, entraver une concentration jugée excessive, mais empêcher qu'une personne siégeant dans trop de conseils ne soit pas en état d'exercer soigneusement les fonctions dont elle est chargée (4).

Les autres législations ignorent ce genre de dispositions (5).

57. Représentation des minorités

Aucune règle ne prévoit qu'une représentation sera assurée à la minorité. Une pareille règle serait bien difficile à formuler mais on la concevrait particulièrement dans les cas où une majorité compacte et homogène est due à la participation d'une autre société. Il n'est pas même possible, en France (6), en Belgique ou au Luxembourg, que les statuts réservent aux porteurs de telle catégorie d'actions une représentation au conseil d'administration. En Italie, la protection des minorités est attendue du collège des commissaires, quand il est saisi par des mécontents, ou du tribunal (art. 2408 et 2409).

Il en est autrement en Allemagne et aux Pays-Bas.

En Allemagne, les statuts peuvent accorder à un actionnaire la faculté de désigner un certain nombre de membres du Conseil de surveillance, quelle que soit l'importance de sa participation, mais loin d'être utilisée pour protéger de véritables minorités, cette faculté l'est pour organiser les groupes d'entreprises (7).

Aux Pays-Bas, les clauses oligarchiques permettent de conférer à d'autres qu'aux actionnaires majori-

(1) Enquête préc., suppl., pp. 573 et suiv.; voir l'exposé des motifs du projet en cours, pp. 213—214.

(2) Hamel et Lagarde, I, 642; voir sur cette disposition de la loi l'article de M. Bastian, JCP 1940.1.188, et surtout Vanhaecke, 159 à 179.

(3) Les sièges dans les conseils de surveillance des sociétés autres que la société anonyme ou la commandite par actions qui doivent, d'après la législation sur la cogestion ouvrière, constituer de tels conseils entrent en ligne de compte, Baumbach-Hueck, art. 86, n° 3 B; *contra* : Schmidt, art. 86, n° 8.

(4) Ballerstedt, p. 892.

(5) Pour la Belgique : Van Rijn, I, n° 579; pour l'Italie, Brunetti, n° 625.

(6) En fait, on rencontre depuis longtemps des clauses qui assurent à une société un ou plusieurs postes dans le conseil d'administration de la société du même groupe (Demontès, JCP 1940.1.170; Du Pontavice, «Revue des Sociétés», 1963, 69 et suiv.). Le problème de la validité de ces clauses n'a été examiné à fond que récemment : Escarra et Rault, «Les sociétés commerciales», tome 4, 1959, n° 1365. Rompant l'égalité des actionnaires, une pareille clause ne peut être valable que si elle a été délibérée par l'assemblée générale des actionnaires de l'un et de l'autre groupe. On peut même contester qu'en tout état de cause la clause soit valable. Personnellement, elle me paraît devoir toujours être déclarée nulle parce que, dans la construction de la société anonyme française, chaque administrateur doit pouvoir se dire le mandataire de la société entière. Voir les solutions de Paris, 17-12-1954, «Gaz. Pal.», 1955.1.149 et de Douai, 24-5-1962, D. 1962, p. 688, note Dalsace; JCP 1962. II. 1287, note Bastian. Voir cette note de M. Bastian et *adde* Boscieux, «Des clauses tendant à harmoniser les rapports entre groupes d'actionnaires», dans «Journal des sociétés», 1963, 65. L'opinion générale de la doctrine française n'est pas aussi tranchée que l'opinion émise ci-dessus par le signataire de ce rapport. Les auteurs pensent que ces clauses peuvent être licites pourvu qu'elles n'excluent pas tout choix de l'assemblée lors de la désignation des administrateurs (Voir tous les auteurs cités ci-dessus).

(7) Mestmäcker, p. 114.

taires des pouvoirs spéciaux. Elles connaissent une grande vogue (1). La nomination des administrateurs et des commissaires peut être soumise à l'obligation de les choisir sur une liste de candidats présentée par des tiers (voordracht). L'article 48 a du code de commerce le prévoit expressément. Ce droit de présentation peut être attribué à n'importe qui : porteurs d'actions privilégiées, commissaires, administrateurs, personnes ou organismes extérieurs à la société (2). L'obligation de présenter deux noms au moins pour chaque poste est rendue illusoire par la possibilité de présenter les mêmes deux noms pour deux postes. Mais l'assemblée, par une majorité des deux tiers, peut supprimer cette faculté (même article).

Aux Pays-Bas, la nomination, la suspension ou la révocation d'un tiers au plus des commissaires peut être laissée à d'autres que l'assemblée générale (art. 50 c et 50 d), ce qui paraît exorbitant et témoigne de l'extrême liberté dont jouissent les organisateurs de sociétés néerlandaises.

Enfin, toujours dans le même pays, une forme particulière d'oligarchie consiste à créer une personne morale à laquelle est attribuée la totalité ou la majorité des actions d'une autre société; cette personne morale émettra dans le public des certificats donnant droit aux dividendes de ces actions, mais conservera les autres droits attachés aux actions. Les administrateurs de cette personne morale et ceux de la société dont elle conserve les actions, sauf le démembrement indiqué ci-dessus, peuvent être les mêmes. Les auteurs opinent que cette combinaison est licite (3). On mesure encore ici combien la concentration se trouve facilitée par une opération qui, à moindres frais, permet de contrôler ainsi des sociétés dans les assemblées générales desquelles on peut voter. C'est la formule que l'Etat s'est réservée en France quand il a créé les certificats pétroliers.

58. Participation à l'élection des administrateurs

On concevrait que les législations nationales prennent des précautions pour éviter au moins que les administrateurs d'une société ne soient pas désignés par une assemblée comprenant en majorité les représentants ou les envoyés d'une autre société. Pareille précaution n'est pas prise, sauf dans les cas où il y a conflit d'intérêts entre les deux sociétés. En pareil cas, l'article 2373 du code civil italien pourrait être utilisé. Mais ce texte donne lieu à des interprétations divergentes. Certains auteurs estiment que le président de l'assemblée (ou celle-ci) pourrait exclure les associés qu'il estime se trouver dans cette situation (4). D'autres vont moins loin et interdisent seulement de voter dans le sens contraire à l'intérêt de la société (5). D'autres enfin

exposent que le système de l'interdiction de vote est «désormais complètement dépassé eu égard aux besoins du monde économique moderne caractérisé par la concentration industrielle. Dans les sociétés contrôlées, les rapports avec la société contrôlante constituent une raison de vivre inéluctable. Si la réglementation du conflit d'intérêt était basée techniquement sur l'interdiction de vote, les sociétés contrôlées en arriveraient à se trouver dans une situation absurde parce que, d'une manière générale, la minorité deviendrait l'arbitre exclusif de la société. On ne peut pas retirer à la société contrôlante le droit de vote dans les délibérations concernant ses propres rapports avec la société contrôlée uniquement parce que la société contrôlante se trouve, selon les apparences, en une position de conflit potentiel d'intérêt avec la société contrôlée». Cet auteur en conclut que l'exercice du droit de vote appartient à l'associé, unique interprète de l'intérêt social, qui peut en user librement, à condition de ne pas poursuivre un intérêt exclusivement extra-social, c'est-à-dire qui ne peut se réaliser qu'au moyen de la société, et qui lui cause du tort (6).

La Cour de cassation s'est fait du «conflit d'intérêts» une idée aussi subtile (7).

Peut-il y avoir d'ailleurs conflit d'intérêts lors du vote pour la nomination des administrateurs? La majorité des auteurs estime que non (8). Il en est de même pour les délibérations concernant l'action en responsabilité contre les administrateurs (voir ci-dessous point 73).

59. L'incidence de la représentation des travailleurs dans les conseils d'administration ou de surveillance

C'est en Allemagne qu'il est intéressant de l'observer. En effet, les autres pays du Marché commun ne connaissent rien de semblable à ce que la législation allemande de 1951 et 1952 a institué sous le nom

(1) Van der Heijden-Van der Grinten, n° 247.

(2) *Ibid.*, n° 248.

(3) *Ibid.*, n° 249.

(4) Ascarelli, «Disciplina delle società per azioni e legge antimonopolistica», p. 307; «I problemi delle società anonime per azioni», p. 33; «Interesse sociale e interesse comune nel voto» dans «Studi in tema di società», Milano, 1952, p. 153.

(5) Minervini, «Sulla tutela dell'interesse sociale nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio»; Pazzo, «Il voto del socio in conflitto di interessi ed i poteri del presidente dell'assemblea» dans «Rivista italiana di scienze commerciali», 1956, p. 706 et suiv.; Graziani, «Diritto delle società», p. 231.

(6) Mengoni, «Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni»; voir Ferrara J., «Gli imprenditori e le società», p. 299; Pasteris, «Controllo nelle società collegate e le partecipazioni reciproche», p. 93 et suiv.

(7) C. cass. 25-2-1959, dans «Foro Italiano», 1960.II.9.

(8) Pasteris, *op. cit.*; Ascarelli, «Interesse sociale e interesse comune nel voto», p. 147.

de cogestion ouvrière dans les entreprises du charbon et de l'acier, ni, d'une façon générale, à la règle introduisant des représentants du personnel dans les conseils de surveillance dont ils occupent le tiers des postes (lois du 21-5-1951 et du 11-10-1952, *Mitbestimmungsgesetz* et *Betriebsverfassungsgesetz*) (1 et 2).

Ces lois sur la participation du salariat à l'administration de la société ou au moins au contrôle de cette administration ont certainement eu une influence profonde sur le fonctionnement des divers organes sociaux et sur le comportement de ses membres. Cette influence, qui varie beaucoup suivant les cas et qui ne va pas toujours dans le sens que souhaiterait le législateur, est difficile à saisir. Elle a fait l'objet d'une vaste enquête qui a abouti à certaines observations générales (3).

Elle a montré que la politique poursuivie par la direction n'était pas entravée par la présence des représentants du personnel, sous la condition que les formules de groupement projetées par la direction soit raisonnable et surtout ne conduise pas à amoindrir l'influence de la cogestion (4). En revanche, il est devenu plus difficile aux actionnaires de contraindre la société, surtout si elle tombe sous le coup de la loi de 1951, à adhérer à un groupement (5). Les représentants du salariat ont tendance à venir en aide à la direction qui s'efforce de repousser les tentatives d'assujettissement de la société à des intérêts externes (6). Les directions favorisent souvent cette collaboration en fournissant plus d'informations aux représentants du salariat qu'aux autres membres du conseil de surveillance (7). Dans les groupes déjà constitués, les sociétés mères ne peuvent plus aussi facilement qu'auparavant exercer leur maîtrise sur les filiales, s'il y a compensation paritaire des conseils de surveillance (8). Au lieu d'imposer leur volonté, ils doivent souvent entrer en négociation et faire des concessions. Ce rapport direct entre la législation de 1951—1952 et les groupements d'entreprises mis à part, il en est d'autres moins visibles. La cogestion ouvrière oriente dans une certaine mesure le financement de l'entreprise, la répartition de ses bénéfices et sa politique sociale, et influe de cette façon indirectement sur sa politique de concentration.

Les lois françaises sur l'association du personnel à la marche des sociétés sont trop insuffisantes et trop mal respectées (ou suivies quand elles ne sont pas impératives) pour avoir quelque incidence sur la politique générale des entreprises, ni par suite sur le déroulement de la concentration.

60. Délégations de pouvoirs à l'intérieur de la société

Cette législation de 1951 et 1952 en Allemagne a eu pour conséquence un déplacement des compétences au détriment du conseil de surveillance. De nom-

breuses sociétés ont été conduites à remplacer dans une certaine mesure les conseils par des commissions formées de quelques-uns de leurs membres choisis parmi les seuls représentants du capital et à faire prendre par ces commissions les décisions importantes auxquelles le conseil ne donne ultérieurement qu'une adhésion formelle (9).

La loi sur les sociétés anonymes permet pareille constitution de commissions (art. 92, al. 3). Elle doit être librement décidée par le conseil sans que les statuts puissent la refuser et même s'ils n'ordonnent pas de transférer à la commission, ainsi constituée, l'exercice de certaines fonctions (10). Le conseil de surveillance peut confier à une commission non seulement la préparation de ses décisions et le contrôle de leur exécution par la direction, comme pourrait le faire penser la lettre de l'article 92, alinéa 4, mais toutes les fonctions qui ne sont pas considérées comme ses attributs essentiels; ainsi, d'après la doctrine dominante, la nomination et la révocation des membres de la direction et l'approbation de ses actes de gestion pour lesquels le conseil oblige la direction à chercher son concours peuvent lui être confiés (11). Il est par contre plus douteux que le conseil puisse se faire remplacer par une commission dans la surveillance générale de l'administration de la société (12). Pour éviter ces trop évidentes déformations, le projet énumère les décisions qui ne peuvent pas être confiées à une commission (projet, art. 104, al. 3). Ce sera le cas notamment pour la

(1) En Italie, certaine proposition de loi Morandi associant un « conseil de gestion » à la marche de l'entreprise n'a pas eu de suite (Brunetti, n° 392). En Belgique, voir Van de Putte, « Le statut de l'entreprise », 1965, p. 88.

(2) Voir Voigt, « Theorie und Praxis der Mitbestimmung », 1962 et X. Herlin, « Les expériences allemandes de cogestion », Paris 1960, préf. J. Hamel. D'après la loi sur les s. à. r. l., l'institution d'un conseil de surveillance est facultative (art. 52). La législation de 1951/52 l'a pourtant imposée aux sociétés visées par elle pour rendre la participation du salariat à l'administration de la société possible. Après l'adoption des lois de 1951 et 1952, plusieurs grands « konzerns » ont transformé des sociétés filiales en ateliers sans personnalité juridique pour les soustraire à la loi de 1951, plus rigoureuse que celle de 1952. Les syndicats protestèrent contre ces menées et obtinrent un compromis conservant, pour une période transitoire le statu quo moyennant l'établissement de conseils de direction et de surveillance auprès des ateliers bien que ceux-ci eussent perdu leur personnalité juridique; voir Voigt, pp. 195 et suiv.

(3) Voigt, *op. cit.*; l'auteur qui dirigeait l'enquête et présenta ses résultats soutient que l'influence de la cogestion sur la position des organes sociaux a été, dans certaines branches de l'économie, plus marquée que celle de toutes les modifications intervenues depuis l'année 1870, date de la mise en vigueur du code de commerce, p. 389.

(4) Voigt, p. 384.

(5) Voigt, pp. 324, 331.

(6) Voigt, p. 331.

(7) Voigt, p. 510.

(8) Voigt, p. 383.

(9) Voigt, pp. 322, 395—396.

(10) Würdinger, p. 125; Schmidt, art. 92, n° 24.

(11) Schmidt, art. 92, n° 26; Würdinger, p. 126.

(12) Würdinger, p. 126; *contra*: Schmidt, art. 92, n° 26; Baumbach-Hueck, art. 92, n° 5 B.

nomination et la révocation des membres du conseil de direction; en outre, le conseil ne pourra pas se dessaisir complètement du contrôle sur l'administration de la société, bien qu'il puisse charger une commission d'exercer un contrôle déterminé⁽¹⁾.

Le conseil de surveillance est libre de choisir les membres d'une commission instituée. Aucun membre ou groupe de membres du conseil n'a droit d'être nommé ou représenté à la commission bien que l'exclusion systématique et abusive de certains membres de toutes les commissions doive entraîner la nullité des décisions prises par celles-ci. Cette règle s'applique également à l'égard des représentants du salariat⁽²⁾.

Les mêmes causes ont en France produit les mêmes effets. Si modeste que soit la loi sur l'introduction des représentants des salariés au conseil d'administration, il a été constaté bien des fois que, pour éviter de débattre certaines questions devant eux, des comités techniques sont prévus qui ne comprendront que des représentants du capital et, suivant certaines déformations modernes du capitalisme, de la technocratie dirigeante⁽³⁾.

Toujours dans l'ordre des délégations internes à la société, on notera en France la faculté de désigner un directeur général adjoint par le conseil d'administration sur la demande du président-directeur général. Cette faculté sert les manœuvres de concentration comme le prouve le fait que cette désignation est parfois imposée au président, le directeur général adjoint faisant alors fonction d'éminence grise, chargée de faire prévaloir les vues du groupe qui contrôle la société.

Débordant le cadre du directeur-général adjoint, on peut observer que toute législation qui permet de confier un poste de direction à un non-actionnaire peut passer pour propre à favoriser la concentration. Mais la remarque est plus théorique que pratique car, si la législation est plus sévère, rien n'est plus aisé au groupe dominant que de céder à celui qu'il veut voir occuper un poste de direction le petit paquet d'actions qui lui permet, quand les statuts ou la loi l'exigent, d'atteindre ledit poste. On tiendra donc pour négligeable, dans le problème qui occupe ce rapport, la question de savoir si un non-associé peut se voir confier des fonctions d'administration ou de direction dans une société.

61. Délégations à des tiers

La concentration sera singulièrement facilitée et elle le sera à la fois directement et parce que la formule pourra rester partiellement secrète s'il est permis aux dirigeants ou aux membres des conseils de déléguer leurs pouvoirs à des tiers. La délégation totale de ses pouvoirs à un tiers par un organe de la société a intéressé la doctrine allemande et s'est présentée devant les tribunaux allemands. La solution

généralement admise est qu'une pareille délégation est interdite⁽⁴⁾, ce qui n'empêcherait d'ailleurs pas des mandats sous la condition qu'ils soient révocables et que le mandataire doive agir dans un sens déterminé⁽⁵⁾.

C'est une autre question que celle de savoir si une société peut directement confier à un tiers une fonction ou un pouvoir qui, d'après le droit commun, relève de la compétence d'un organe social. Celle-ci se trouve alors réduite de l'intérieur, l'apparence restant inchangée⁽⁶⁾. L'opération peut aller jusqu'à confier l'exploitation de l'entreprise à une autre société. La validité en est admise⁽⁷⁾. On se demande seulement si une pareille combinaison doit être approuvée par l'assemblée générale dans les termes de l'article 256, alinéa 2⁽⁸⁾. En fait, elle ne paraît pas jouer un grand rôle⁽⁹⁾.

En Belgique, sauf dans les sociétés en participation⁽¹⁰⁾, l'article 63 des lois coordonnées permet de confier la gestion journalière de la société à des directeurs, gérants ou autres agents associés ou non. On n'a pas manqué de relever combien cette faculté facilitait les accords de groupement et les cimentait⁽¹¹⁾.

62. Commissaires aux comptes

La concentration est facilitée si les commissaires aux comptes d'une société peuvent être choisis parmi les actionnaires, et mieux encore parmi les administrateurs d'une autre société du même groupe. On peut alors conjecturer d'ailleurs que les actionnaires minoritaires seront moins bien renseignés sur les comptes de leur société.

La loi française prend ici une précaution en interdisant de désigner comme commissaires aux comptes «les personnes recevant, sous une forme quelconque, à raison de fonctions autres que celles de commissaire, un salaire ou une rémunération des administrateurs ou de la société ou de toute entreprise possédant le dixième du capital de la société ou dont la société possède au moins le dixième du capital» (art. 33, 2^o, loi de 1867). Compte tenu de ce que leurs représentants seront toujours en fait rémunérés par

(1) Exposé des motifs, art. 104, p. 142.

(2) Schmidt, art. 92, n^o 23; Baumbach-Hueck, art. 92, n^o 5 C; Würdinger, p. 126.

(3) Rodière, n^o 555.

(4) Voir pour les sociétés anonymes : Schmidt, art. 74, n^o 8; pour les s. à r. l. : RG, 24-2-1915, RGZ 86.262; pour les sociétés de personnes : BGH, 11-7-1960, BGHZ 33.105, 108; 22-1-1962, BGHZ 36.292.295 et, généralement, Loos, BB. 1963, 615.

(5) BGH, 22-1-1962 préc.; Schmidt, *loc. cit.*

(6) Voir surtout Loos, BB. 1963, 615 et suiv.

(7) Rasch, p. 62; Schilling, art. 256, n^o 18; Loos, *op. et loc. cit.*

(8) Voir en sens divers Rasch, p. 62; Schilling, art. 256, n^o 18 et Mestmäcker, p. 327; Loos, BB. 1963, 618.

(9) Mestmäcker, p. 321.

(10) Van Rijn, I, n^o 454.

(11) *Ibid.*, I, n^o 643.

elles, cette disposition exclut la nomination comme commissaire d'un représentant de la société-mère ou de la filiale ⁽¹⁾.

La loi *belge* de 1953 qui a créé les commissaires réviseurs n'a pas envisagé cette situation; c'est sans doute une lacune ⁽²⁾. Les autres lois ne prennent pas

davantage de précautions sur ce point pourtant important. Le projet français soumis au Parlement explicite de façon plus claire la règle indiquée ci-dessus de la loi actuelle (projet, art. 169, 3^o et 4^o).

⁽¹⁾ Hamel et Lagarde, n^o 674, 3^o; Vanhaecke, n^o 182.

⁽²⁾ Voir Van Rijn, I, n^o 578.

CHAPITRE II

L'état de dépendance d'une société dans un groupe

SECTION 1

L'ASSUJETTISSEMENT DE LA SOCIÉTÉ DOMINÉE

63. *Décisions prises en dehors de la société*

L'adhésion d'une société à n'importe quel groupement limite, dans une certaine mesure, son autonomie. A certains égards, elle devra s'incliner devant des décisions qui ne sont pas prises par ses seuls organes, qu'il s'agisse de décisions prises en commun par les membres du groupe ou de décisions qui lui sont imposées par la société dominante. Le problème de la renonciation à l'autonomie se pose avec une acuité particulière dans les cas où une société est devenue l'organe d'une autre société. Le législateur *allemand*, en matière fiscale a pourtant fait de l'abandon de tout vouloir propre l'élément décisif de la constitution d'une société comme organe d'une autre société; il exige que la société dépendante s'assujettisse à la direction volonté de l'autre, en sorte qu'elle n'ait plus de volonté propre (1).

Dans la construction de la société par actions *allemande*, la société dominante fera prévaloir sa volonté par des indications directrices données à la direction de la société dépendante, adressées directement ou par l'intermédiaire du conseil de surveillance. De telles mesures de commandement paraissent cependant peu compatibles avec l'article 70, alinéa 1 de la loi de 1937, qui oblige le comité de direction à diriger la société sous sa propre responsabilité. Mais cette disposition entend déterminer la position de la direction d'une société indépendante et ainsi délimiter les compétences des différents organes sociaux entre eux. Elle ne tient pas compte de la situation particulière dans laquelle se trouve une société appartenant à un groupe d'entreprises, situation, du reste, que le législateur a acceptée même s'il s'est abstenu de la régler. Cette condescendance du législateur envers les groupes d'entreprises qui se fait voir dans les quelques dispositions ayant trait au «konzern» implique qu'il a accepté également les conditions inhérentes à la constitution et au fonctionnement de pareils groupes, par exemple d'octroyer à la société dominante la faculté de donner ses commandements à la société dépendante. Le sens de l'article 70, alinéa 1, se trouve donc implicitement modifié quand on se trouve en présence d'un groupe d'entreprises (2). Les rédacteurs du projet prennent la même position. Ils admettent que les

contrats qui assujettissent une société à une autre débordent le cadre juridique aménagé pour les sociétés autonomes et limitent le devoir, généralement imposé au comité de direction, d'administrer la société sous sa propre responsabilité (3).

64. *Palliatifs en droit allemand*

Même si une société dominante peut donner à la société dépendante et à ses dirigeants des indications devant lesquelles ils doivent s'incliner, le bien de la société dépendante n'est pas mis complètement à la merci de l'autre. Les directives données et suivies, qui ne tiennent pas suffisamment compte de cet intérêt, risquent de rendre responsables à la fois ceux qui les ont données et ceux qui les ont suivies. Les modalités et le jeu de cette responsabilité sont pourtant controversés; c'est sur ces points que s'est concentrée l'attention des auteurs qui n'admettent pas la soumission inconditionnelle des dirigeants d'une société aux ordres de la société qui la domine.

La responsabilité de la société dominante et de ses dirigeants, s'ils donnent des ordres dommageables pour la société dépendante, est fondée sur l'article 101, alinéa 1, de la loi de 1937, qui vise celui qui, «dans le but de procurer à soi-même, ou à un autre, des avantages particuliers, étrangers à la société, use intentionnellement de son influence sur la société pour inciter un membre du comité de direction ou du conseil de surveillance à agir au détriment de la société.»

Toutefois, «il n'y a pas lieu à responsabilité si cette influence est déployée pour procurer un avantage qui sert à des intérêts qui méritent une protection» (art. 101, al. 3). Elle ne joue pas non plus si «les avantages particuliers et étrangers à la société ont été recherchés par l'exercice d'un droit de vote» (art. 101, al. 7). La responsabilité peut être invoquée par la société qui a subi le dommage. Ses créanciers peuvent la faire valoir directement dans la mesure où ils n'obtiennent pas leur paiement (art. 101, al. 5).

(1) Loi portant règlement des impôts sur le chiffre d'affaires du 16-10-1934, art. 2, al. 2, 2°; loi portant règlement de la patente du 19-12-1957, art. 2, al. 2, 2° *in fine*.

(2) Le problème a été explicitement évoqué surtout par Erlinghagen, pp. 112 et suiv., et par Schilling, art. 256, n° 11. Le premier soutient qu'aucune règle ne prescrit à la direction de prendre ses décisions en pleine autonomie. L'autre s'appuie sur l'art. 256 qui règle certains aspects de contrats qui supposent tous que le partenaire de la société dépendante puisse lui donner des ordres. L'auteur tient cette disposition comme *lex specialis* par rapport à l'art. 70.

(3) Exposé des motifs, art. 280, p. 216.

Les membres des organes sociaux qui ont causé un dommage à la société, en violation de leur devoir de diligence et sous l'influence d'un tiers, sont tenus solidairement avec lui (art. 101, al. 2).

L'article 101 et notamment la concession accordée aux intérêts «qui méritent une protection» ont fait naître une controverse dans l'hypothèse où une société appartient à un groupe d'entreprises.

A la suite d'une remarque figurant dans l'exposé des motifs de la loi de 1937, l'opinion s'est répandue que le bien d'un groupe prime le bien particulier des membres du groupe et de leurs associés et que, par conséquent, une mesure, économiquement saine et raisonnable du point de vue du groupe, méritait d'être protégée, de sorte qu'une pareille mesure n'entraînait la responsabilité, ni de la société dominante et de ses dirigeants, ni des dirigeants de la société dépendante qui l'avaient exécutée⁽¹⁾. Une autre opinion, plus répandue aujourd'hui, objecte que même les intérêts supérieurs du groupe ne pourraient justifier un préjudice causé aux actionnaires minoritaires et aux créanciers d'une société particulière; un avantage particulier accordé à un groupe est, d'après cette thèse, illégal et fait jouer la responsabilité susindiquée, sauf si la société dépendante a bénéficié d'une compensation⁽²⁾. Ainsi, se trouve une fois encore posé le problème de la juste compensation; elle ne doit pas consister en un avantage direct et immédiat; il suffirait que l'appartenance à un groupe soit, tout compte fait, avantageux à la société dominée pour que des avantages particuliers puissent être accordés par cette société à d'autres membres du groupe⁽³⁾. Cependant, une pareille appréciation, qui met en cause tous les rapports entre les membres d'un groupe et la politique même poursuivie par ses dirigeants, est impossible à faire⁽⁴⁾. Si l'on admet qu'une compensation offerte à la société dépendante justifie qu'elle accorde des avantages particuliers à un membre du groupe, on ne devrait tenir compte que des compensations directes et immédiates⁽⁵⁾. Il faudrait également pouvoir contrôler la réalité de l'équilibre entre les prestations ou avantages fournis de part et d'autre par les sociétés intéressées.

Toute cette discussion est doctrinale. Aucune décision judiciaire ne la soutient, ce qui montre que les créanciers n'ont pas dû souffrir de ces combinaisons et que les actionnaires minoritaires s'en satisfont.

Suivant le projet en cours, la société dominante sera libre de donner ses ordres aux dirigeants de la société qui dépend d'elle et d'en obtenir des avantages particuliers pourvu qu'un contrat d'affiliation ait été conclu; sous cette condition, toute responsabilité sera écartée (projet, art. 113, al. 7).

65. *Autres pays*

Aucune disposition n'étant prise sur ce sujet, le droit commun doit opérer. En *Italie*, les règles de l'ar-

ticle 2391 du code civil conduisent les administrateurs qui ont des intérêts contraires à ceux de la société à en donner avis au conseil et à s'abstenir de voter. La question de savoir s'il y a toujours «conflit d'intérêts» quand l'administrateur de la société A est intéressé dans la société B, se pose comme on l'a vu ci-dessus sous 58. Si le conflit existe, l'article 2391 opérera; il en serait ainsi pour les délibérations ou les votes relatifs à des opérations conclues entre les deux sociétés, particulièrement si l'opération doit être désavantageuse à la société A, dans notre exemple⁽⁶⁾.

En *France*, les règles tutélaires de l'article 40 de la loi de 1867 seront utilement invoquées en notre matière⁽⁷⁾. La procédure protectrice des intérêts de la société dominée ou dépendante devra opérer si l'un des administrateurs de cette société se trouve avoir des intérêts⁽⁸⁾ dans la société dominante. Les hésitations, autrefois marquées à faire jouer ce texte quand la même personne est administrateur des deux sociétés qui concluent l'affaire⁽⁹⁾, ne se produiraient plus aujourd'hui où l'article 40 est devenu une arme très familière aux juges pour la défense des intérêts sincères des sociétés⁽¹⁰⁾. Cependant, pris dans le cadre classique d'une société autonome, le texte est aujourd'hui mal adapté aux groupes de sociétés⁽¹¹⁾. Le projet en cours sera un peu plus explicite, quoique le problème des groupes de sociétés n'y soit encore traité qu'incidemment (projet, art. 96)⁽¹²⁾.

En *Belgique*, on tiendra compte :

1) de l'article 76 des lois coordonnées sur les sociétés (voir dans le même sens l'article 71, al. 2 de la loi *luxembourgeoise*) suivant lequel «nul ne peut prendre part au vote pour un nombre de voix dépassant

(1) Pour des références voir Mestmäcker, p. 277, nos 520, 521; Schmidt, art. 101, n° 8.

(2) Würdinger, p. 224; Schmidt, art. 101, n° 8; Rasch, pp. 101—102; Duden, BB. 1957, p. 1230.

(3) Schmidt, Rasch, *loc. cit.*

(4) Voir pour une critique profonde et justifiée, Mestmäcker, pp. 277 et suiv.

(5) Duden, BB. 1957, p. 1232.

(6) Voir Brunetti, n° 639, pour la nature juridique de la règle.

(7) Voir les traités généraux, notamment Rodière, n° 491; Hamel et Lagarde, nos 657 et suiv.; Houpin et Bosvieux, II, nos 1055 et suiv.

(8) Sur la notion «d'intérêt indirect», voir Vanhaecke, n° 332 et les références.

(9) Tribunal Seine, 17-3-1890, «Journal des sociétés», 1891, p. 476.

(10) Voir Vanhaecke, nos 328 à 349.

(11) Vanhaecke, n° 349.

(12) Le droit allemand ne connaît pas de disposition semblable à notre art. 40. La loi de 1937 ne vise que l'octroi de crédit aux membres du «Vorstand», ainsi qu'à certains employés supérieurs (art. 80, al. 1). Le projet en cours reprend la même règle (art. 86, al. 1 et 2). Sur ce texte, voir Schmidt, art. 80, n° 6. Pour les conventions entre la société et ses dirigeants ne concernant pas un octroi de crédit, il y a lieu d'observer le droit commun en matière de contrats avec soi-même (Schmidt, art. 71, nos 23 et suiv.).

sant la cinquième partie du nombre des voix attachées à l'ensemble des titres ou les deux cinquièmes du nombre des voix attachées aux titres représentés»; cette disposition, qui est d'ordre public, empêche la société contrôlante de faire ouvertement la loi dans la société qu'elle domine (1); mais je dis bien «ouvertement» car les cessions d'actions permettent d'émettre au degré convenable les paquets d'actions; on n'oubliera pas non plus de se rappeler l'interdiction des conventions de vote (voir la 1^{re} partie de ce rapport sur la concentration de l'autorité); en Belgique et au Luxembourg, c'est dans l'éventuelle responsabilité du conseil d'administration que les actionnaires majoritaires pourraient trouver secours, mais cette responsabilité est bien difficile à mettre an œuvre par eux (voir ci-dessous point 73) (2);

2) de l'article 60 des mêmes lois (voir art. 67 de la loi luxembourgeoise) qui oblige l'administrateur à signaler au conseil d'administration les opérations dans lesquelles il a un «intérêt opposé à celui de la société», texte trop étroit pour être aussi utile que l'article 40 de la loi française de 1867 (3).

SECTION 2

INTÉGRITÉ PATRIMONIALE DE LA SOCIÉTÉ DOMINÉE

66. *Leurre des personnalités juridiques distinctes*

La société dominée ne s'absorbe pas dans la société dominante comme la chose se produit en cas de fusion. Elle conserve sa personnalité. La règle est affirmée dans les divers pays (4). La question est alors de savoir si, sous ce masque juridique, la réalité n'apparaîtra jamais. Elle se présente pour la défense des intérêts des actionnaires qui ne font pas partie du groupe et pour la protection des créanciers de la société dominée.

Avant d'examiner les solutions juridiques données à ces problèmes, il faut remarquer que des dispositions, comme celles de l'article 40 de la loi française de 1867 ou de l'article 2391 du code civil italien (voir ci-dessus point 65), ont précisément pour objet d'éviter la désagrégation du patrimoine de la société dépendante par le moyen de contrats passés avec une autre société du groupe et trop avantageux à celle-ci. On n'y reviendra pas.

67. *Dettes de la société dominée*

La protection des créanciers de cette société, devant l'amenuisement progressif du patrimoine actif de leur débiteur, serait atteinte, au mieux de leurs intérêts, par la règle qui rendrait la société-mère débitrice de ces créanciers. La conservation par la

société dominée de sa personnalité juridique ne permet pas d'admettre pareille règle.

68. *Hésitations italiennes*

Ceci a été jugé notamment avec netteté par la jurisprudence italienne : «La société qui contrôle n'est pas tenue solidairement avec la société contrôlée des obligations assumées par celle-ci (5). Cette jurisprudence en donne pour motif la survie de sa personnalité juridique autonome par la société contrôlée.

Cependant, on notera en doctrine (6) un mouvement qui tend à faire reconnaître la responsabilité de la société-mère en utilisant la théorie de l'entrepreneur occulte (*imprenditore occulto*). Divers jugements l'ont fait en cas de faillite afin de tenir pour responsable celui qui s'est comporté en maître de la société (en tyran) et le faire automatiquement déclarer en faillite avec la société (7). Mais sous cette forme simple, la Cour de cassation n'a pas admis cette théorie (8).

Une autre voie a été ouverte : la théorie de la «super-société» engagerait à admettre qu'il y a société entre la société et ses membres, société de fait qui permettrait de retenir la responsabilité illimitée de l'associé «tyran». Une bonne partie de la doctrine italienne penche pour cette solution (9) et la décision précitée du tribunal de Pinerolo l'a également utilisée dans le cas où une société de capitaux fait partie d'une société de personnes. Mais la Cour d'appel de Milan a refusé cette interprétation et cette solution (10); en voici les motifs :

«La faillite de la SARL ne peut en aucun cas être étendue, sur la base de l'article 147, alinéa 2 in f., à ses associés, parce que le principe de la responsabilité limitée des associés des sociétés de capitaux

(1) Van Rijn, I, n° 705.

(2) Sur l'oligarchie des sociétés : Passelecq, n° 6832.

(3) Van Rijn, I, n° 399.

(4) Voir par ex. en France, Paris, 29-11-1963, D. 1963, 648, note Verdier, et sur l'ensemble du problème : P. Coulombel, «Le particularisme des personnes morales de droit privé», 1950, pp. 181 et suiv.; en Allemagne, BGH 29-11-1956, BGHZ, 22, 226; Schmidt, art. 15, n° 18.

(5) Cour de cass. 11-1-1957, «Foro Italiano», 1957, p. 228; 15-6-1959, «Foro Italiano» 1960, p. 1796; voir dans le même sens longuement motivé, trib. Rome, 2-4-1958, «Foro Italiano», 1958, p. 1362.

(6) Bigiani, note sous Trib. Pinerolo, 7-12-1959, «Foro Italiano» 1960, p. 1180.

(7) Trib. Pinerolo, préc.; Trib. Milan, 1-12-1958, «Giur. ital.», 1959.9.2.149; voir cité par Bigiani pour une société irrégulière de façade : Cour de cass. 24-1-1959, «Foro Italiano» 1959.I, p. 1337.

(8) Cour de cass. 1-10-1959, «Foro Italiano», 1960, p. 1180.

(9) Ascarelli, «Problemi giuridici», II, pp. 442 et suiv.; Ferrara «Rivista di diritto civile», 1956, p. 650; Romano Pavoni, «Rivista di diritto commerciale», 1952, II, 53 et, bien avant eux, Vivante, «Trattato di diritto commerciale», 5^e éd., II, p. 20.

(10) Milan, 17-1-1958, «Foro Padano» 1958.I.740.

fait obstacle à une telle extension, et parce qu'elle ne peut pas être justifiée sur la base de l'article 2362 du code civil qui ne comporte pas d'application par analogie».

«L'actionnaire majoritaire d'une SARL ne peut être considéré, à l'égard de la société susdite, comme l'entrepreneur occulte, même s'il s'est servi de sa position d'associé quasi souverain pour accomplir, au moyen de l'affaire utilisée comme prête-nom, des opérations à son profit exclusif; on ne peut considérer comme le maître (titolare) effectif d'une entreprise collective et responsable, en tant que tel, d'une façon illimitée, des dettes de cette entreprise, celui qui ne l'a pas gérée en son nom et pour son propre compte; d'autre part, les tiers qui ont contracté avec la susdite société et qui sont devenus ses créanciers, ne peuvent pas demander à une personne autre que la société de répondre (des obligations) de cette dernière, à qui seule ils ont fait confiance».

«Il n'est juridiquement pas possible de concevoir une société de fait entre une société de capitaux régulièrement constituée et une société de personnes ou bien une personne physique».

L'arrêt précise :

«L'on sait que la théorie de l'entrepreneur occulte est celle d'une doctrine autorisée, qui trouve dans la maîtrise effective de l'entreprise, plus que dans l'usage du nom, le critère nécessaire pour la qualification d'entrepreneur et, concevant l'entreprise comme un organisme opérant économiquement à l'égard des tiers, cherche à attribuer la responsabilité juridique de ses actes au maître de l'affaire, en essayant de situer le problème dans le cadre des dispositions concernant l'associé occulte d'un société déclarée (...) Selon l'avis de la Cour, il est exclu que l'on puisse admettre, dans le système législatif en vigueur, la théorie de l'entrepreneur occulte».

69. Solution française

La non-confusion des personnalités juridiques de la société-mère et de la filiale fera poser en principe que la première n'est pas tenue des dettes de la seconde. D'autre part, nul n'a songé en France à soutenir la théorie de la «supersociété».

Par contre, l'extension de faillite⁽¹⁾ est une solution appuyée sur une longue jurisprudence et retenue par le législateur dans l'actuel article 446 du code commercial. Suivant ce texte, «en cas de faillite d'une société, la faillite peut être déclarée commune à toute personne qui, sous le couvert de cette société masquant ses agissements, a fait dans son intérêt personnel des actes de commerce et disposé en fait des biens sociaux comme des siens propres».

Ce texte reproduit à peu près textuellement un décret-loi du 8 août 1935 qui avait modifié le code

de commerce et ce décret s'était lui-même inspiré d'une jurisprudence alors trentenaire⁽²⁾.

Cette solution de la Cour de cassation est toujours d'actualité; elle concerne les sociétés de façade et procède de ce que les tiers peuvent tenir compte de la réalité et ne pas se laisser abuser par l'apparence. On en voit encore des applications⁽³⁾.

Mais si l'on se bornait à ce genre d'application, on ne déborderait pas le droit commun. En effet, la faillite ou le règlement judiciaire peut atteindre les commerçants et non pas seulement ceux qui font extérieurement profession de commerce. Dès lors que la qualité de commerçant est restituée à un administrateur ou à un associé qui avait voulu le dissimuler, sa mise en faillite est possible. Il n'aurait pas été besoin d'un texte spécial pour obtenir ce résultat.

L'article 446 doit permettre d'aller au-delà. C'est ce que généralement on admet. Mais jusqu'où? Cela dépend de l'idée que l'on se fait de cette disposition. Certains auteurs ont voulu y voir l'expression d'une pénalité; l'extension de faillite se justifierait par la faute commise par celui à qui la faillite est étendue et dont la première victime a été précisément la société mise en faillite par suite de cette faute. L'extension sanctionnerait ainsi «non pas la défaillance d'un commerçant, mais l'indélicatesse d'un dirigeant de société envers son entreprise; elle présente un reflet pénal accentué» (Lagarde). Cette solution paraît excessive. Elle n'a pour elle ni l'histoire, car les tribunaux avaient voulu atteindre ceux qui s'étaient servi de la société dans leur intérêt personnel, ni la lettre du texte qui correspond bien par contre à la tendance initiale des tribunaux.

Il est préférable de s'en tenir aux dispositions mêmes du texte qui vise «toute personne qui, sous le couvert de cette société masquant ses agissements, a fait dans son intérêt personnel des actes de commerce et disposé en fait des biens sociaux comme siens propres». L'analyse reconnaît là trois conditions distinctes dont la réunion est nécessaire. L'article 446 apparaît comme une sanction suprême de l'*affectio societatis*. C'est ainsi que la jurisprudence le comprend. Par exemple, la faute d'un associé qui n'a pas libéré son apport, même si cette faute est à l'origine des difficultés de la société, ne suffit pas à faire étendre à cet associé la faillite de sa société. Des fautes de gestion ne l'autoriseraient pas davantage. Il faut que les conditions précises de la loi soient satisfaites⁽⁴⁾.

(1) R. Legeais, «L'extension de la faillite sociale» dans «Revue trimestrielle de droit commercial», 1957, p. 289.

(2) Req. 29-6-1908, D. 1910.1.223, note Percerou; S. 1909.1.87.

(3) Comm. 23-6-1954, Bull. cass. 1954.III.174; Comm. 25-10-1961, JCP 1961. II.12397, note Nectoux.

(4) Comm. 6-5-1959, D. 1959, 394.

Cette disposition essentielle de notre droit sur la faillite des sociétés permet entre autres d'étendre la faillite de la société filiale à la société-mère, s'il apparaît que celle-ci a usé de celle-là comme de sa propre chose ⁽¹⁾. Cette extension peut être demandée par les créanciers de la société en faillite ⁽²⁾. On mesure toute l'importance que cette solution peut avoir sur le comportement des groupes de sociétés qu'elle doit tendre à moraliser.

On notera cependant que l'article 446 est spécial aux faillites et que sa solution ne peut pas, en l'état actuel des textes, être étendue aux déclarations de règlement judiciaire ⁽³⁾.

L'extension de faillite n'est pas à sens unique. Elle peut opérer dans le sens contraire et contaminer la filiale en cas de faillite de la société-mère ⁽⁴⁾. Il y a en effet parfois à craindre que la filiale concentre le plus gros des intérêts du groupe ⁽⁵⁾.

70. *Doctrine et pratique allemandes*

Les auteurs sont parfaitement conscients de l'importance du problème posé dans cette section; toutes les déformations que les groupes de sociétés font subir à la structure classique des sociétés sont en effet tolérables tant que les combinaisons ne portent pas atteinte aux intérêts des créanciers sociaux et des actionnaires minoritaires. Si les uns et les autres n'y perdent pas, il n'y a pas lieu de s'émouvoir. Mais à quoi reconnaîtra-t-on qu'ils ne perdent rien dans l'opération qu'ils doivent subir du fait de la loi majoritaire et des combinaisons ourdies, par-dessus leur tête, par les dirigeants de la société à qui ils ont fait crédit? Voilà toute la difficulté et l'absence totale de jurisprudence n'est pas faite pour éclairer la religion des auteurs qui traitent de cette question. D'où le tableau confus et désordonné d'opinions personnelles qui représente l'essentiel de la doctrine allemande en la matière.

La carence législative n'étant pas moindre, les auteurs ont soit négligé le problème, soit estimé les pratiques foncièrement illégales, soit cherché des palliatifs dans le droit commun. La plupart des auteurs se sont engagés dans cette troisième voie.

Ils partent des articles 52 et 54 qui donnent à l'actionnaire, pendant la durée de la société, droit à la fraction des bénéfices déclarés correspondant à sa mise, de sorte que toute distribution de bénéfices sous une autre forme que celle de dividendes résultant du bilan est illicite ⁽⁶⁾, expose les dirigeants à la responsabilité (art. 84, al. 3), et les actionnaires à la restitution de ce qu'ils ont reçu (art. 56).

Ce principe est évoqué, d'une part, dans l'intérêt des créanciers sociaux qui sont assurés qu'on ne fera pas distribuer aux actionnaires d'éléments d'actif qui pourraient servir à les payer; d'autre part, pour

garantir l'égalité participation des actionnaires aux bénéfices, cette notion étant conçue de façon large ⁽⁷⁾. Cependant il semble que ce principe soit rarement sinon jamais mis en pratique en présence de contrats d'organe, alors que ce genre de contrat comporte généralement l'obligation, pour la société contrôlée, de transférer tous les bénéfices à la société qui la domine, aucun bénéfice net n'apparaissant alors à son bilan, pratique qui paraît contraire aux articles susvisés ⁽⁸⁾. Dans les mêmes cas de subordination, il arrive fréquemment que la société contrôlante utilise les installations ou profite des services de la société contrôlée pour un prix qu'elle fixe elle-même, ce qui lui permet de drainer à elle un profit qui devrait aller à la société contrôlée, pratique fréquente ⁽⁹⁾ et contraire encore aux articles 52 et 54.

Certains auteurs opinent que ces textes doivent être strictement appliqués dans les rapports entre membres d'un groupe d'entreprises et déclarent illégales les pratiques contraires ⁽¹⁰⁾. Une solution moins stricte est généralement préférée, soit qu'on écarte toute application de ces dispositions du moins dans les cas où la société contrôlée est devenue l'organe de l'autre, sous prétexte que renonçant à la vie autonome elle ne fait plus de bénéfices ⁽¹¹⁾, soit qu'on adopte une interprétation étroite de ces textes ⁽¹²⁾, soit qu'on se borne à requérir l'octroi de compensations au profit des créanciers et des associés libres de la société contrôlée ⁽¹³⁾.

(1) Applications dans Comm. 4-1-1956, «*Revue trimestrielle de droit commercial*», 1956, p. 513; Amiens, 10-10-1961, JCP 1964, II. 13943; Angers, 15-2-1960, «*Revue trimestrielle de droit commercial*», 1958, p. 613; voir aussi Comm. 29-10-1957, «*Revue trimestrielle de droit commercial*», 1958, p. 615; Paris, 30-3-1960, «*Revue trimestrielle de droit commercial*», 1960, p. 398, note Houin.

(2) Comm. 21-7-1952, J. soc. 1956, p. 99; JCP 1954, II. p. 8358; Comm. 1-2-1954, JCP 1954, II. 8084.

(3) Comm. 25-10-1961, JCP 1961, II. 12397, note Nectoux; D. 1962, 50.

(4) Ex. Angers, 13-7-1956, JCP 1956, II. 9514.

(5) Voir sur ces problèmes en liaison avec les notions modernes d'entreprise: M. Despax, «*L'entreprise et le Droit*», 1957, n° 131 et suiv.; P. Coulombel, «*Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*», 1950, pp. 181 et suiv.

(6) La règle est autre dans les SARL (art. 30 et 31 de la loi de 1892).

(7) Erlinghagen, p. 118; Würdinger, pp. 25—26; Fischer, art. 52, n°s 4 et 7.

(8) Ballerstedt, «*Betriebsberater*» 1956, p. 838; en sens contraire: Erlinghagen, pp. 116—117.

(9) Rasch, p. 180.

(10) Duden, BB 1957, pp. 49 et suiv.; Fischer, art. 52, n° 18; Würdinger, p. 210 et «*Betriebsberater*» 1958, p. 1452; Ballerstedt, «*Betriebsberater*» 1956, pp. 837 et suiv. (en ce qui concerne l'aspect comptable du problème).

(11) Flume, «*Betriebsberater*» 1956, p. 456; malgré cette thèse l'auteur exige que les actionnaires minoritaires soient indemnisés; sa thèse n'a donc de conséquences que pour les créanciers.

(12) Rasch, rapport, p.13; Hueck, «*Betriebsberater*» 1959, p. 223; Schilling, art. 256, n° 11.

(13) Mestmäcker, pp. 326 et suiv.; Erlinghagen, pp. 115 et suiv.; Schilling, art. 256, n°s 11,12.

71. (*suite*) En faveur des créanciers, une clause fréquente des contrats d'organe prévoit que la société contrôlante supportera les pertes que subira son partenaire⁽¹⁾. Certains auteurs opinent d'ailleurs qu'en l'absence de clause expresse, la solution doit être la même⁽²⁾.

Le projet en cours (art. 282) a adopté la solution préconisée par un troisième parti de la doctrine : si un contrat de maîtrise ou un contrat de transfert de bénéfices (voir ci-dessus point 51) est dissous, les créanciers pourraient demander à la société contrôlante de leur fournir une sûreté pour le paiement de leurs créances⁽³⁾. D'autre part, si la société contrôlante peut, d'après un contrat, s'immiscer dans la gestion de la société dépendante, elle doit se charger des pertes subies dans la mesure où elle n'a pas rémunéré correctement la société dominée (projet, art. 291, al. 2). Enfin, mais ceci déborde notre examen présent, en cas de fusion, la protection des créanciers de la société absorbée est assurée par l'engagement de la société absorbante (projet, art. 310).

72. (*suite*) En faveur des actionnaires libres (ou minoritaires), la pratique aménage des compensations pour la perte des bénéfices de la société-organe; elles prennent généralement la forme d'une garantie de dividendes, dont le taux sera fixé ou déterminé par rapport aux dividendes des actionnaires de la société de contrôle⁽⁴⁾.

La doctrine, dans sa grande majorité, soutient la nécessité d'une compensation de cet ordre; en se fondant sur le principe de légalité des actionnaires⁽⁵⁾ et en estimant qu'il faut tenir compte, dans les taux, de la valeur de production de l'entreprise dominée et évaluer ce qu'elle aurait produit comme bénéfices si elle avait été indépendante⁽⁶⁾.

Le projet en cours retient cette pratique et cette opinion. Contrats de maîtrise et contrats de transfert de bénéfices ne sont valables que s'ils prévoient une compensation pour les actionnaires libres (art. 293, al. 1 et 3). La compensation doit être fixe ou s'aligner sur les bénéfices que pourrait faire la société dépendante, compte tenu de ses possibilités de croissance (art. 293, al. 2), ou encore s'établir d'après les dividendes versés aux actionnaires de la société de contrôle (même texte, 2^e phrase). Tout minoritaire mécontent aura, dans les deux mois de l'immatriculation du contrat au registre du commerce, un recours devant le tribunal pour lui demander de fixer le taux de la compensation (art. 293, al. 3 et 4). Les actionnaires peuvent d'ailleurs refuser la transformation de leurs actions en titres de rentes en sortant de la société soit contre numéraire, soit contre actions de la société dominante (art. 294 du projet), ici encore sous contrôle possible du tribunal (même texte).

Cependant, une action est autre chose qu'un titre donnant droit à des dividendes sur les bénéfices actuels de la société. Sa valeur intrinsèque dépend d'autres éléments liés à la conjoncture, aux possibilités de progrès technique etc. Or le soin de maintenir ces virtualités revient alors à la société dominante et ce qui convient à un groupe ne convient peut-être pas à tous les membres du groupe; ainsi, il peut y avoir intérêt à négliger momentanément les intérêts futurs d'une société membre du groupement. Les actionnaires libres sont-ils protégés contre la politique générale du groupe et ses effets particuliers pour leur société? Certains auteurs pensent au moins qu'il faudrait laisser à la société dépendante les moyens de constituer sa réserve légale comme elle le ferait si elle faisait apparaître ses bénéfices à son bilan⁽⁷⁾. D'autres formules ont été suggérées⁽⁸⁾.

Le projet retient la première : la société dominante doit laisser à sa filiale la portion de bénéfices qui est nécessaire à la constitution des réserves légales (soit le 1/10^e du capital social) pendant les cinq premiers exercices du contrat d'affiliation (art. 289 et 290).

Est-ce que tout cela garantit que la substance de la société contrôlée ne sera pas épuisée au profit de la société de contrôle? On peut en douter et un auteur soutient que le contrat serait nul si la société contrôlante ne s'engage pas à maintenir la substance de la société qu'elle domine⁽⁹⁾. Le projet ne va pas jusque là et a préféré réserver aux actionnaires libres

(1) Pour l'exécution en faveur des créanciers, voir Rasch, p. 177; Würdinger, p. 225.

(2) Voir ex., Rasch, pp. 86, 177 et rapport, p. 38; Mestmäcker, p. 335; Schilling, art. 256, n° 12; voir Ballerstedt, «Betriebsberater», 1956, 838, qui ne recommande la règle que pour l'avenir, et Erlinghagen, pp. 79 et suiv., qui n'admet la responsabilité de la société dominante pour les dettes de son organe que dans les hypothèses où, dans la jurisprudence et la doctrine, la disparité juridique entre société-mère et filiale est négligeable.

(3) Mestmäcker, p. 331; Würdinger, pp. 205, 225; Rasch, p. 180 (pour toutes les hypothèses où une société dominante draine les bénéfices de la société dépendante).

(4) BGH, 8-2-1960, NJW 1960, pp. 721, 722; voir «Enquête sur la concentration», p. 68 et suppl., p. 582.

(5) Erlinghagen, p. 134; Ballerstedt, «Betriebsberater», 1956, p. 840; Schilling, art. 256, n° 7. Mestmäcker, pp. 352 et suiv., s'est efforcé de trouver au droit des actionnaires libres une base plus concrète; il l'a trouvée dans l'ensemble des diverses dispositions, accordant à l'actionnaire qui a perdu sa part lors d'une fusion ou dans une autre hypothèse, le droit à être indemnisé; ce droit, d'après l'auteur, aurait remplacé, comme moyen de protection des actionnaires minoritaires, la théorie des «Sonderrechte» d'autrefois, p. 360.

(6) Flume, «Betriebsberater», 1956, p. 456; Schilling, art. 256, n° 13; Mestmäcker, p. 356.

(7) Erlinghagen, pp. 121—122; Schilling, art. 256, n° 12.

(8) Ballerstedt, «Kapital, Gewinn und Ausschüttungen bei Kapitalgesellschaften», 1949, pp. 164 et suiv.; Mestmäcker, pp. 331 et suiv.; *contra* : Flume, «Betriebsberater» 1956, p. 456; Erlinghagen, p. 120; Schilling, art. 256, n° 13.

(9) Mestmäcker, pp. 327 et suiv.

un droit de sortie comme on l'a vu ci-dessus (1). La solution a le mérite de la simplicité.

73. Responsabilité personnelle des administrateurs de la société contrôlée

Les législations qui ne connaissent et ne prévoient dans un proche avenir aucune règle spéciale de protection, à la différence de la future loi allemande (voir ci-dessus point 72), doivent se tourner vers les règles générales du droit des sociétés. On conçoit à cet égard que les actionnaires de la minorité ou les créanciers sociaux puissent trouver quelque secours dans la mise en jeu de la responsabilité personnelle des administrateurs qui, faisant l'affaire de la société dominante, auront mal rempli leur mandat.

a) La sanction la plus dure est dans la répression pénale. La loi française prévoit le délit d'abus des biens et du crédit de la société, mais cette incrimination requiert la réunion de diverses conditions (2) qui ne se rencontreront pas quand les administrateurs se seront bornés à laisser faire, à laisser s'épuiser la substance de la société sans vraiment puiser dans sa caisse.

En Belgique, le délit d'abus de confiance n'a pas été spécialisé comme en France par une incrimination mieux adaptée à la répression des abus de mandat social (3).

Mieux adapté à notre problème est l'article 2361 du code pénal italien qui prévoit une peine d'amende, et dans certains cas de réclusion, pour l'administrateur qui ne s'abstient pas de participer au vote du conseil concernant une opération déterminée dans laquelle il a un intérêt en conflit avec celui de la société, pour son propre compte ou pour le compte de tiers.

b) En ce qui concerne la responsabilité civile, les lois prévoient généralement que les tiers peuvent mettre en cause la responsabilité des administrateurs quand ils leur ont causé quelque préjudice. On conçoit l'application de ces textes à notre matière : voir ainsi l'article 44 de la loi française de 1867, ou plus explicite pour la défense des droits des créanciers sociaux, l'article 2394 du code civil italien (4), ou plus sévère quant à la faute commise par l'administrateur, l'article 84, paragraphe 5, de la loi allemande de 1937.

On doit également tenir compte de la possibilité soit de déclarer la faillite de l'administrateur en faute quand la société est elle-même mise en faillite, ce qui peut arriver en Allemagne où la faillite n'est pas réservée aux commerçants (art. 84, al 4 et 99, de la loi de 1937 et semblable art. 90, al. 5, art. 110 et 113, al. 5, du projet en cours), soit, dans le même pays, de rendre responsable des dettes de la société l'administrateur qui gère la société comme son affaire personnelle (5); soit si la faillite n'est pas possible de

mettre une partie du passif à la charge personnelle du président-directeur général ou d'un administrateur comme en France (6).

c) La responsabilité envers les actionnaires soulève l'importante et délicate question de sa mise en jeu par l'action individuelle des actionnaires. La question déborde notre propos et l'on renverra aux auteurs pour la théorie générale (7). A l'heure actuelle, l'action sociale peut être exercée *in singuli* par un actionnaire français contre un administrateur, en cas de négligence des organes sociaux, mais il ne peut alors agir qu'à proportion de l'intérêt qu'il a dans la société (8).

La doctrine belge a bien vu l'intérêt que peut présenter en notre matière un bon et facile aménagement de ces actions sociales intentées individuellement par les actionnaires (9), mais l'exercice n'en est pas facilité (10). Il était moins difficile naguère, mais la loi de 1913, qui a voulu en étendre l'exercice des actionnaires minoritaires ou absents à tous les actionnaires, a été rédigée si mal (art. 62 des lois coordonnées) qu'on en a déduit la suppression de cette faculté et la jurisprudence s'est prononcée en ce sens. Comme l'écrit un auteur, l'actionnaire «est impuissant et sans recours devant les actes de gestion les plus scandaleusement contraires à l'intérêt social, tels que renonciations, ventes à vil prix, liquidations ou fusions, d'où les administrateurs ou leurs affidés ont tiré des profits personnels dépassant de loin la perte commune qu'ils subissent, comme actionnaires, avec les autres actionnaires restés étrangers à leurs fructueuses combinaisons de qui perd gagne» (11).

En droit italien, les termes de l'article 2395 n'ouvrent utilement le jeu de l'action individuelle des action-

(1) Exposé des motifs, art. 294, p. 225.

(2) Voir les traités de droit pénal financier, entre autres Pinoteau, «Législation pénale en matière économique et financière», 1959, nos 343 et suiv.; Launais et Accarias, «Droit pénal spécial des sociétés», 1964, nos 270 et suiv.; J. M. Verdier, «L'abus du mandat spécial», dans «Le droit pénal spécial des sociétés anonymes», préf. J. Hamel, 1955, pp. 181 et suiv.

(3) Van Rijn, I, n° 626.

(4) Voir Brunetti, II, n° 653.

(5) Règle de jurisprudence qui n'est guère appliquée qu'aux sociétés d'une seule personne (voir Schmidt, art. 1, n° 8 et art. 15, n° 8; BGH, 30-1-1956, BGHZ, 20.4.14; Erlinghagen, pp. 73-74).

(6) Voir les traités généraux ou les manuels de droit commercial, ainsi R. Rodière, dans Julliot de la Morandière, Rodière et Houin, «Droit commercial», tome 2, 3^e éd. nos 336 et 337.

(7) Voir ainsi en droit français Hamel et Lagarde, I, nos 662 à 665; Rodière, nos 492 à 494; G. Chesné, «L'exercice de l'action sociale exercée et singuli» dans «Revue trimestrielle de droit commercial», 1962, p. 347.

(8) Comm. 4-8-1952, JCP 1952, II. 7180; Montpellier, 3-12-1964, D. 1965, p. 263; sur le droit italien voir Brunetti, n° 654.

(9) Passelecq, nos 6844 à 6848.

(10) R. Piret, «L'évolution de la législation belge sur les sociétés anonymes», Tournai, 1946, nos 15, 29 et 53.

(11) Passelecq, n° 6845.

naires que s'ils ont subi un préjudice personnel et la doctrine s'en fait une idée si étroite que ce texte offre peu de ressources ⁽¹⁾. Pour les dommages qui atteignent la société et à travers elle tous les actionnaires, l'action ne peut être décidée que par l'assemblée (art. 2393); si celle-ci est dominée par le groupe qui contrôle et que ce soit ce groupe qui profite des bénéfices, le bénéfice est nul pour les actionnaires libres. Ascarelli estimait en conséquence que l'on

transformait de la sorte «la responsabilité des administrateurs devant la collectivité des actionnaires en une responsabilité des exécutants du groupe de contrôle devant ce groupe» et jugeait opportun de permettre à tout actionnaire, ou tout au moins à une minorité d'actionnaires, d'exercer l'action en responsabilité civile contre les administrateurs.

⁽¹⁾ Brunetti, n° 654.

CHAPITRE III

Présentation des groupes de sociétés

SECTION 1

PUBLICITÉ DES GROUPEMENTS

74. *Rareté des règles*

Une politique économique de clarté pourrait imposer diverses règles tendant à faire connaître les liens qui unissent entre elles les sociétés qui font partie d'un même groupe. En l'absence de ces règles, les sociétés suivent ce qui leur paraît être leur intérêt. Or cet intérêt est susceptible d'appréciations différentes et peut donc engager à des pratiques opposées. Les unes ne voulant engendrer ni la peur, ni la haine de leur puissance (1), cacheront ces liens. Les autres, désireuses de s'attirer la considération financière qui s'attache à l'appartenance à un groupe dont la solidité est connue, feront apparaître le lien qui les unit à ce groupe. Les noms de filiales laisseront apparaître le nom de la société-mère ou n'y feront aucune allusion, selon les cas.

La publicité ne doit pas être confondue avec la connaissance par les actionnaires, membres de la minorité. Ceux-ci puiseront généralement dans le droit commun la faculté d'être informés. Mais on sait assez que les procédés d'information imaginés par les législateurs n'ont que peu de portée (2). Ce problème dépasserait le cadre de ce rapport. Notons seulement que le droit des actionnaires à des informations intéresse d'ailleurs également le public (3).

75. Les règles juridiques apparaissent dans certains cas. Ainsi, en *Allemagne*, le rapport qui accompagne le bilan annuel doit révéler les relations qui existent entre la société et les entreprises du même groupe (art. 128, al. 2—8°, loi de 1937), à moins que cette révélation ne porte atteinte aux intérêts de la société ou de l'entreprise qui lui est liée (même article, *in fine*) (4). Le projet en cours précise cette obligation et supprime ici cette réserve (art. 148, al. 2—10°). Par contre, si le projet augmente le droit de l'actionnaire à des informations, complémentaires de celles du rapport annuel, il maintient la réserve pour le cas où la réponse des administrateurs pourrait causer préjudice à la société (art. 125, al. 3, n° 1).

Le même projet comporte une disposition importante; c'est l'obligation pour la société qui a acquis plus du quart du capital d'une autre société d'en donner avis à celle-ci (art. 19). Celle-ci doit alors en faire mention dans son rapport de gestion (art. 148). La portée de cette règle déborde le problème des participations réciproques (5) (sur celles-ci, voir

ci-dessus points 7 et suivants). Mais elle n'atteint que les sociétés de capitaux. On pourra donc esquiver cette obligation en constituant un holding sous forme de société de personnes. On comprend donc les critiques qui l'ont saluée et les modifications dont cette disposition a été l'objet en cours de discussions du projet de loi (6).

On a vu ci-dessus (points 28 et suiv.) l'importance que revêt, pour mener à bien certaine politique de concentration, la plus ou moins grande liberté qu'ont les dirigeants dans la constitution des réserves, de provisions et des amortissements. Le projet allemand à cet égard précise que la direction, interrogée par un actionnaire, doit indiquer de combien les amortissements et provisions dépassent les chiffres acceptés par le fisc (art. 125 du projet, al. 3, n° 3).

En *France*, deux dispositions du projet, en cours de discussion devant le Parlement, retiendront l'attention. Le rapport annuel que l'administration présente chaque année aux associés doit faire apparaître les participations que la société a prises dans l'année quand elles dépassent la moitié du capital de la société désormais contrôlée (art. 309). La fraction est trop élevée pour que la règle soit bien utile. Par contre, on observera qu'elle concerne toutes les sociétés et pas seulement les sociétés de capitaux. D'autre part, et sans qu'ici un chiffre soit énoncé de sorte que la règle est beaucoup plus importante, le bilan de toute société doit faire figurer la situation de ses filiales et de ses participations (art. 310), suivant un modèle qui sera ultérieurement fixé.

Aux *Pays-Bas*, l'article 42, paragraphe b, du code commercial dispose que le bilan doit indiquer «les participations dans d'autres entreprises et les créances sur les entreprises dans lesquelles la société possède une participation». Un placement d'argent ne suffirait pas à faire jouer ce texte; il faudrait une «situation de force» dans l'entreprise d'autrui (7).

Les autres pays ne paraissent même pas aller jusque là.

(1) Voir les remarques du rapport allemand sur la concentration, préc. et l'exposé des motifs du projet allemand en cours, p. 241.

(2) Voir Heurteux, «L'information des actionnaires», thèse 1961; en Allemagne: Neumeyer, «Revue internationale de droit comparé», 1962, p. 323.

(3) Köhler, ZStW, 1959, p. 737.

(4) Voir, en France, A. Toulemon, «L'information des actionnaires et le secret des affaires», S. 1964, chron. 35.

(5) Flume, p. 39; voir d'ailleurs l'exposé des motifs, art. 19, p. 104.

(6) Voir les travaux des commissions parlementaires dans la «Frankfurter Allgemeine Zeitung» du 11-12-1964.

(7) Van der Heijden-Van der Grinten, p. 550.

COMPTABILITÉ DES GROUPEMENTS

76. Bilans consolidés

C'est l'expression comptable de la situation d'un groupe de sociétés. Il est obtenu en intégrant les bilans de sociétés qui forment le groupe, en les fusionnant en un tout ⁽¹⁾. Ce n'est ni le bilan de la société contrôlante, ni la somme des bilans des diverses sociétés du groupe. Seul le bilan consolidé donne vraiment idée de la puissance financière du groupe.

En France, aucun texte ne rend obligatoire l'établissement d'un pareil bilan. Les rares bilans de ce type qui sont publiés en France le sont par des filiales de sociétés étrangères et de la seule volonté de leurs dirigeants ⁽²⁾. Le projet en cours ne change rien à cette situation. L'article 310, déjà noté (voir ci-dessus point 75) ne requiert pas l'établissement de bilans consolidés, dont la réglementation est par contre importante en Angleterre ou aux USA ⁽³⁾.

En Allemagne, la société par actions qui contrôle un groupe de sociétés devra, suivant le projet, publier un bilan consolidé (art. 317 du projet). Une société à responsabilité limitée ou une société du droit minier le devra également si le groupe comprend une société par actions (projet de loi d'introduction, art. 25, al. 1). Cette obligation doit provoquer des modifications dans la structure de certaines sociétés et peut-être accroître le nombre des fusions ⁽⁴⁾.

En Belgique, la proposition a été faite d'imposer aux sociétés d'un même groupe l'établissement d'un seul bilan combiné ⁽⁵⁾. La commission bancaire indique dans son rapport de 1958/59 ⁽⁶⁾ qu'elle a recommandé dans deux cas de publier dans le prospectus d'émission un bilan et compte de pertes et profits consolidés, afin de mieux éclairer les souscripteurs sur la structure et la rentabilité des sociétés en cause.

CONCLUSION

Deux observations et une mise en garde constitueront notre conclusion générale.

La première est que les lois sur les sociétés par actions ont été rédigées en un temps et pour un temps où chaque société constituait un bastion isolé des autres, où les entreprises n'avaient guère de liens les unes avec les autres. Dans cette optique, chaque société poursuivait son objet social et l'on concevait mal que la recherche égoïste de son profit pût être contrebalancée par d'autres préoccupations. Ce temps n'est plus. Le phénomène de la concentration industrielle s'est accompagné d'un phénomène de groupement des entreprises. De ce fait, on peut dénoncer la presque complète inadaptation du droit au monde économique moderne. Dans un avenir immédiat, seule l'Allemagne, déjà en avance en 1937

sur les autres pays, va, grâce à son projet, distancer les autres États membres du Marché commun. Seul le droit allemand sera adapté aux besoins modernes.

La seconde est que les lois commerciales dans leur ensemble ne mettent guère obstacle à la concentration ou, si elles le font, c'est sans l'avoir voulu ⁽⁷⁾. On pense à cet égard par exemple au droit de souscription préférentiel des actionnaires qui fut établi sans intention d'entraver les prises de participation, alors que cet effet est certain. Ce sont cependant des exceptions. Sans aller jusqu'à la presque complète liberté du droit néerlandais, les législations des pays membres du Marché commun ne sont guère gênantes sur le plan du droit commercial pour les mouvements de concentration. Elles ne l'aident pas, elles y sont mal adaptées mais on ne peut pas dire dans l'ensemble qu'elles la gênent.

L'auteur de ce rapport n'est pas invité à donner son sentiment sur les suites à donner au mouvement législatif européen. Il se bornera, comme comparatiste, à une observation générale : rien n'est plus dangereux que de sommer les entraves que l'on rencontre dans les droits nationaux de divers pays sous prétexte de les unifier. A cet égard, les rédacteurs du traité de Rome ont usé de vocables particulièrement heureux quand ils ont mis à leur programme d'action des organes de la Communauté l'harmonisation, le rapprochement ou la coordination des législations nationales. Il ne s'agit pas d'unifier car chacun des systèmes juridiques, attaché à ses pratiques, peut compenser, suivant son génie propre, l'insuffisance de sa réglementation sur un point par des précautions, inconnues des autres systèmes, sur un autre point. Seule l'harmonisation est nécessaire au but que se propose l'établissement du Marché commun. L'unification des législations n'en serait qu'une caricature et une caricature qui pourrait être fatale aux entreprises des six pays du Marché commun, s'ils devaient s'en trouver handicapés dans leur concurrence avec les entreprises de pays vivant sous un régime vraiment libéral.

⁽¹⁾ Vanhaecke, n° 485.

⁽²⁾ *Ibid.*, n° 488.

⁽³⁾ Heurteux, «L'information des actionnaires», Paris, 1961, nos 308 et suiv. pour le droit anglais; 338 et suiv. pour le droit des États-Unis.

⁽⁴⁾ C'est l'opinion de Küfer, p. 1628.

⁽⁵⁾ Voir Van Rijn, n° 476.

⁽⁶⁾ Rapport de la commission bancaire 1958/59, p. 99.

⁽⁷⁾ Comme toujours, il y a des exceptions. Ainsi, si l'on consulte les lois qui depuis quelques années se multiplient en France pour saper l'autorité de la loi de 1867 et individualiser les types de sociétés par actions (voir R. Rodière, tome I, n° 585), on trouvera des manifestations parfaitement nettes d'une politique anti-concentrationnaire. Telle est l'ordonnance n° 248 du 4-2-1959 concernant les sociétés pour le développement de l'industrie, du commerce et de l'industrie et leur adaptation au Marché commun (D. 1959. L. 310), qui précise que seules pourront devenir associées dans les sociétés du type nouveau les entreprises comptant au plus 500 salariés et dont le capital augmenté des réserves n'excède pas 5 millions de francs nouveaux (art. 2).

BIBLIOGRAPHIE

Table des auteurs cités par leur seul nom

- Arndt et Ollenburg, Begriff und Arten der Konzentration, dans : *Konzentration in der Wirtschaft*, éd. Arndt, 1960, I, 3 et suiv.
- Ballerstedt, Gesellschaftsrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration, dans : *Konzentration in der Wirtschaft*, II, 871 et suiv.
- Bastian, Aktienrechtsreform und Unternehmensverfassung, dans : *Zur großen Aktienrechtsreform, 1962*, dans *Droit des sociétés, Jura Europeae*, I, Munich, Berlin et Paris (partie relative à la France)
- Baumbach-Hueck, Aktiengesetz, 9^e éd., 1956
- Blaise, Le statut juridique des ententes économiques dans le droit français et dans le droit des Communautés européennes, préface Roblot, Paris, 1964
- Campion, *Traité des entreprises privées*, I, 3^e éd., 1958
- Champaud, Le pouvoir de concentration de la société par actions, Paris, 1962
- Colombo, dans *Droit des sociétés, Jura Europeae*, préc. (partie relative à l'Italie)
- Défosse, La gestion financière des entreprises, 3^e éd., 1961
- Delpassé, *Gestion financière de l'entreprise*, 2^e éd., 1963
- Delvaux, *Jura Europeae*, préc. (partie relative au Luxembourg)
- Despax, *L'entreprise et le droit*, préf. Marty, Paris, 1957
- Erlinghagen, *Der Organschaftsvertrag mit Ergebnisausschluß-Klausel im Aktienrecht*, 1960
- Escarra et Rault, *Les sociétés commerciales*, 4 vol. parus, 1950 à 1959
- Fischer, C. E., *Die Unternehmenskonzentration*, 1960
- Fischer, dans : *Großkommentar zum Aktienrecht*, (Gadow-Heinichen) 2^e éd., 1961
- Flume, *Grundfragen der Aktienrechtsreform*, 1960
- Frè, *L'organo amministrativo nelle società anonime*, Rome, 1938
- Frédéricq, *Traité de droit commercial belge*, Gand, Fecheyr, 12 vol., 1947—1955
- Friedländer, *Konzernrecht*, 2^e éd., 1954
- Grochla, «Finanzierung» dans : *Handbuch der Sozialwissenschaften*, III, 1961, 604 et suiv.
- Hamel et Lagarde, *Traité de droit commercial*, tome I, 1957
- Hefermehl, *Jura Europeae*, préc. (partie relative à l'Allemagne)
- Jochimsen, «Selbstfinanzierung» dans : *Staatslexikon*, 1964, 34 et suiv.
- Käfer, *Konzentration und Publizität*, dans : *Konzentration in der Wirtschaft*, III, 1603 et suiv.
- Kronstein-Claussen, *Publizität und Gewinnverteilung im neuen Aktienrecht*, 1960
- Lipfert, *Gefahren der Konzentration für den Streubesitz*, dans : *Konzentration in der Wirtschaft*, III, 161 et suiv.
- Marmol (del), dans *Droit des sociétés Jura Europeae*, préc. (partie relative à la Belgique)
- Mellerowicz, dans : *Großkommentar zum Aktienrecht*
- Mellerowicz, *Rechnungslegung und Konzernabschluß*, dans : *Beiträge zur Aktienrechtsreform*, 197 et suiv. (cité M. Beiträge)
- Mestmäcker, *Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre*, 1958
- Molengraaf, *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandse Handelsrecht*, Haarlem, 1953
- Passelecq, *Les sociétés commerciales*, Tome III des *Noveles ... Droit commercial*, Bruxelles, Larcier, 1934
- Rasch, *Konzernrecht*, 2^e éd., 1955
- Rasch, *Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen im Konzernrecht*, Rapport au Deutscher Juristentag, 1957 (cité ainsi : Rapport)

- Rautmann, Probleme aus dem Recht der Unternehmensverträge im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, dans : Beiträge zur Aktienreform, 1959 et suiv.
- Ripert, Traité élémentaire de droit commercial : 5^e éd. par Roblot, 2 vol., 1963
- Rodière, Julliot de la Morandière, Rodière et Houin, Précis de droit commercial, tome I, 4^e éd., Paris, 1965
- Sapper, Les contrats d'affiliation en droit français et allemand, Revue trim. dr. comm., 1963, p. 37 à 65
- Schmidt, dans : Großkommentar zum Aktienrecht, 2^e éd. 1961
- Stützel, Aktienrechtsreform und Konzentration, dans : Konzentration in der Wirtschaft, II, 907 et suiv.
- Van der Esch, Vergelijkend vennootschapsrecht, Zwolle, 1953
- Van der Grinten, dans Droit des sociétés, Jura Europae, préc. (partie relative aux Pays-Bas)
- Van der Heijden-Van der Grinten, Handboek voor de naamloze vennootschap, 6^e éd., 1955
- Vanhaecke, Les groupes de sociétés, préf. Plaisant, Paris, 1959
- Van Rijn, Principes de droit commercial, Bruxelles, Bruylant, 1954-1960
- Voigt, Theorie und Praxis der Mitbestimmung, 1962
- Weipert, dans : (Reichsgerichtsräte) Kommentar zum HGB, 2, 1950
- Wiethölter, Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht, 1961
- Würdinger, Aktienrecht, 1959

ÉTUDES

parues à ce jour dans la série «concurrence» (1) :

8153 — N° 1

**La réparation des conséquences dommageables d'une violation
des articles 85 et 86 du traité instituant la CEE**

1966, 74 p. (f, d, i, n), FF 7,—; FB 70,—

8176 — N° 2

**Politique économique et problèmes de la concurrence dans la CEE
et dans les pays membres de la CEE**

1966, 68 p. (f, d, i, n), FF 10,—; FB 100,—

8182 — N° 3

Le problème de la concentration dans le marché commun

1966, 28 p. (f, d, i, n), FF 5,—; FB 50,—

8183* — N° 4

**Enquête sur la situation des petites et moyennes entreprises
industrielles dans les pays de la CEE**

1966, 108 p. (f, d, i, n), FF 18,—; FB 180,—

SERVICES DES PUBLICATIONS DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

(1) Les signes abrégatifs f, d, i, n et e indiquent les langues dans lesquelles les textes ont été publiés (français, allemand, italien, néerlandais et anglais).

BUREAUX DE VENTE

FRANCE

*Service de vente en France des publications
des Communautés européennes*
26, rue Desaix – Paris 15e
Compte courant postal : Paris n° 23-96

BELGIQUE

Moniteur belge – Belgisch Staatsblad
40, rue de Louvain – Leuvenseweg 40
Bruxelles 1 – Brussel 1

GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG

*Office central de vente des publications
des Communautés européennes*
9, rue Goethe – Luxembourg

ALLEMAGNE

Verlag Bundesanzeiger
5000 Köln 1 – Postfach
Fernschreiber: Anzeiger Bonn 8 882 595

PAYS-BAS

Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf
Christoffel Plantijnstraat – Den Haag

ITALIE

Libreria dello Stato
Piazza G. Verdi 10 – Roma

Agenzie:

Roma – Via del Tritone 61/A e 61/B

Roma – Via XX Settembre

(Palazzo Ministero delle Finanze)

Milano – Galleria Vittorio Emanuele 3

Napoli – Via Chiaia 5

Firenze – Via Cavour 46/r

GRANDE-BRETAGNE ET COMMONWEALTH

H.M. Stationery Office
P.O. Box 569
London S.E. 1

ETATS-UNIS D'AMERIQUE

European Community Information Service
808 Farragut Building
900-17th Street, N.W.
Washington, D.C., 20006

AUTRES PAYS

*Office central de vente des publications
des Communautés européennes*
2, place de Metz – Luxembourg
Compte courant postal : Luxembourg n° 191-90

SERVICES DES PUBLICATIONS DES COMMUNAUTES EUROPEENNES

8217^a/1/X/1967/5

FF 15,- FB 150,- DM 12,- Lit. 1870 Fl. 11,- £1.5.0 \$3.00
