Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 92 (1973)

Artikel: Problèmes de droit privé relatifs à la coopération et à la concentration des entreprises

Autor: Dallèves, Louis

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895752

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 14.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Problèmes de droit privé relatifs à la coopération et à la concentration des entreprises

Rapport présenté par LOUIS DALLÈVES
professeur extraordinaire à l'Université de Genève, avocat et notaire à Sion

Table des matières

Bibliographie 565
Avant-propos 569

Introduction 573

1. Importance des groupes de sociétés 573
2. Notion de groupe de sociétés 575
3. Terminologie 577
4. Délimitation de la matière 578

Ire Partie: Description générale des groupes de sociétés 581

Chapitre 1: Formation des groupes de sociétés 581

A. Les méthodes «sociétaires» 582
   1. Participations de subordination 583
   2. Participations de coordination 585
   3. Participations réciproques 586
   4. Participations jumelées 587
B. Les méthodes contractuelles 589
   1. Les contrats de subordination 589
      a) Contrats instituant une subordination de droit 589
      b) Contrats instituant une subordination de fait 590
   2. Les contrats de coordination 592

Chapitre 2: Fonctionnement des groupes 594

A. Diversité et complexité des structures 594
B. L'unité de direction 594
   1. Forme de la direction unique 595
   2. Activité de la direction unique 596
   3. Autonomie des filiales 596
C. La prévalence de l'intérêt de groupe 597
D. La mobilisation des ressources 599
   1. Mobilisation des capitaux 599
   2. Mobilité des cadres 600

Chapitre 3: Problèmes de droit 601

A. Groupes de sociétés et droit des sociétés 601
1. Position des actionnaires minoritaires 602
2. Position des organes sociaux 603
a) Administration 603
b) Assemblée générale 604
c) Contrôle 606
3. Position des créanciers sociaux 607
B. Problèmes généraux de droit des obligations 607
1. Dans le domaine contractuel 608
a) Identité du co-contractant 608
b) Responsabilité contractuelle d'une société dominante pour le fait des filiales non liées par le contrat 609
c) Responsabilité contractuelle d'une société dominée pour le fait de la société dominante ou d'une société sœur non liée par le contrat . . 611
2. Dans le domaine délictuel 612
a) Responsabilité propre de la société dominante pour le fait d'une société dominée 613
b) Responsabilité dérivée de la société dominante pour le fait d'une société dominée 614
C. Problèmes de droit du travail 615
1. La relation individuelle de travail 615
2. Co-gestion et participation 618
a) Co-gestion 618
b) Participation 619

Chapitre 4: Droit comparé 620

A. Aperçu général 620
B. Le système du droit allemand 622
1. Définition du groupe (Konzern) 622
2. Régime légal des groupes de droit 624
a) Fonctionnement du groupe 624
b) Protection des actionnaires externes 625
c) Protection des créanciers sociaux 625
3. Régime légal du groupe de fait 626
4. Publicité 627
C. Droit européen: proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes 627
1. Définition du groupe 627
2. Fonctionnement du groupe 629
3. Protection des actionnaires externes 629
4. Protection des créanciers 630
5. Publicité 631

IIe Partie: Faut-il un droit des groupes de sociétés en Suisse? 633

Chapitre 5: Données du problème 633

A. Situation actuelle 633
B. Les objectifs d'un droit des groupes 636
C. Champ d'application (précision de la notion de groupe) 638
1. Limitation du droit des groupes aux sociétés anonymes? 638
2. Nécessité d'un lien de subordination? 640
3. Groupes de sociétés et conglomérats 643

Chapitre 6: Protection des actionnaires externes 645

A. Les limites de la dépendance d'une société 645
B. Les dispositions légales relatives à la protection des minorités sont-elles efficaces? 650
1. Quorum et majorités qualifiées 651
2. Droits acquis de l'actionnaire 654
3. Egalité de traitement et abus de droit 656
4. Responsabilité des administrateurs 659
C. Les moyens d'action des minorités sont-ils suffisants? 661
1. Les diverses actions possibles 661
2. Difficultés inhérentes à l'exercice des actions minoritaires 663
a) L'insuffisance d'information 663
b) Publicité 663
c) Renseignements 664
d) Renseignements dans une société dominante 665
e) Renseignements dans une société dominée 666
D. Conclusions 667

Chapitre 7: Protection des créanciers sociaux 672

A. Protection résultant de la fixité du capital social 672
B. Responsabilité des administrateurs et responsabilité «quasi-organique» de l'actionnaire dominant 674
C. Abus de la personnalité morale 677
1. En général 677
2. En droit suisse 678
3. Application à la protection des créanciers d'une société dominée . . 679
D. Action révocatoire 680
1. En général 680
2. Application aux groupes 682
E. Conclusions 683

Bibliographie

BAUMBACH, ADOLF/HUECK, ALFRED. Aktiengesetz, 13. Auflage, München 1968.

BIEDENKOPF, K.-H./KOPPENSTEINER, H.-G. Kölner Kommentar zum Aktiengesetz Band I, §§ 15–22, Band 3, §§ 291–328, Köln 1970–71.

BOUCOURECHLIEV, JEANNE. Pour une société européenne à responsabilité limitée, RDS 90 I, 1971, p. 247.

BÜCHLER, HANS-PETER. Das Kontrollrecht der Aktionäre, thèse Zurich 1971.

BÜRGI, WOLFHART. Bedeutung und Grenzen der Interessenabwägung bei der Beurteilung gesellschaftsrechtlicher Probleme, in: Etudes de droit commercial en l'honneur de Paul Carry, Genève 1964, p. 1.

– Die Aktiengesellschaft (Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, 5. Teil), Zurich 1957 (en cours).

CAFLISCH, SILVIO. Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, thèse Zurich 1960.

CAPITAINE, GEORGES. Le statut des sociétés holdings en Suisse. Rapport à la Société suisse des juristes, Bâle 1943.

CHAMPAUD, CLAUDE. Le pouvoir de concentration de la société par actions, Paris 1962.

– Les méthodes de groupement des sociétés, in: Revue trimestrielle de droit commercial, 1967, p. 1003–1044.

CONTIN, RAPHAEL. L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés, in: Dalloz hebdomadaire, 1968, p. 45.

DABIN, LÉON. Expérience allemande et proposition européenne, in: Droit des Groupes de sociétés, Paris 1972.

DALLÈVES, LOUIS. Les participations réciproques entre sociétés anonymes, Genève 1970.

DESPAX, MICHEL. Groupe de sociétés et institutions représentatives du personnel, in: JCP, 1972, I, n° 2465.

DOHM, JÜRGEN. Les accords sur l'exercice du droit de vote de l'actionnaire, Genève 1971.

EGGER, AUGUST. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Zurich 1930.

FAVRE, ANTOINE. Droit des poursuites, Fribourg 1967.

FRITZSCHE, HANS. Schuldbetreibung, Konkurs und Sanierung (vol. II), Zurich 1955.

GESSLER, E. Les groupes de sociétés en droit allemand, in: Revue pratique des sociétés, 1972, p. 41–59.

GLATTFELDER, HANS. Die Aktionärbindungsverträge, Rapport à la Société suisse des juristes, Bâle 1959.

GOWER, L. C. B. The Principles of Modern Company Law, London 1969.

VON GRAFFENRIED, RUDOLF. Zwillingsaktien, in: SAG 40, 1968, p. 145.

VAN HÄCKE, M. Les groupes de sociétés, Paris 1959.

HIRSCH, ALAIN. Problèmes actuels du droit de la société anonyme, Rapport à la Société suisse des juristes, Bâle 1966.

– Expérience allemande et proposition de société anonyme européenne, in: Droit des Groupes de sociétés, Paris 1972.

– La cession de contrôle d'une société anonyme: responsabilité des administrateurs envers les actionnaires, in: Lebendiges Aktienrecht, Festgabe für W. F. Bürgi, Zurich 1971.

– La responsabilité des administrateurs dans la société anonyme, in: La semaine judiciaire, 1967, p. 249.

HOMBURGER, ERIC. Zum Durchgriff im schweizerischen Gesellschaftsrecht, in: SJZ 67, 1971, p. 249–254.

HOUIN ROGER/GORÈ. La réforme des sociétés commerciales, in: Recueil Dalloz, 1967, Chr. p. 123 ss.

IMMENGA, ULRICH/KLOCKE, DETLEF. Konzernkollisionsrecht. Eine Problemskizze auf der Grundlage des deutschen Rechts der Unternehmungsverbindungen, in: RDS 92 I, 1973, p. 27.

JACQUEMIN, ALEX. Les Groupes de sociétés: décentralisation dans la concentration, Rapport au XXVe séminaire de la Commission droit et vie des affaires de l'Université de Liège (en cours de publication).

JÄGER, CHARLES. Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, traduction française, Lausanne/Genève (sans date).

KLINGLER, LOUIS. Die Unternehmenspacht, thèse Zurich 1943.

KUMPS, A.-M./CARDON DE LICHTBUER, M. La concentration conglomérale, in: Reflets et Perspectives de la vie économique, 1971, Tome X, nº 2, p. 109–119.

LUTTER, MARKUS. Für einen Europäischen Vertragskonzern, in: RDS 90 I, 1971, p. 267.

– Empfehlen sich für die Zusammenfassung europäischer Unternehmen neben oder statt der europäischen Handelsgesellschaft und der internationalen Fusion weitere Möglichkeiten der Gestaltung auf dem Gebiete des Gesellschaftsrechts? Gutachten zum 48. Deutschen Juristentag, München 1970.

OESCH, FRANZ PETER. Der Minderheitenschutz im Konzern nach schweizerischem und amerikanischem Recht, thèse Berne 1971.

OFTINGER, KARL. Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zurich 1960.

VAN OMMESLAGHE, P. Les groupes de sociétés, in: Revue pratique des sociétés, 1965, p. 153.

OPPIKOFER, U. Massnahmen zum Schutz schweizerischer Auslandwerte in Fällen internationaler Konflikte, in: SAG 31, 1959, p. 225.

PAILLUSSEAU, J. Faut-il en France un droit des groupes de sociétés? (à propos de la proposition de loi Cousté), in: JCP, 1971, I, n° 2401bis.
– Les groupes de sociétés. Analyse du droit positif français et perspectives de réforme, in: Revue trimestrielle de droit commercial 1972, p. 813.
PATRY, ROBERT. Les accords sur l'exercice des droits de l'actionnaire, Rapport à la Société suisse des juristes, Bâle 1959.
PENARD, MAURICE. Les filiales. Personnalités juridiques indépendantes dans le cadre d'une unité économique, in: SAG 33, 1960/61, p. 2.
PETITPIERRE-SAUVAIN, ANNE. Droit des sociétés et groupes de sociétés, Genève 1972.
PLATTNER. Die Zwillingsaktie, Zurich 1970.
PLEYER, K./WESTERMANN, H. P./LIESER, J. Tatsachen und Konzeptionen für ein neues GmbH-Konzernrecht. 4. Stellungnahme zum Referentenentwurf eines GmbH-Gesetzes, Köln 1970.
Rapport intérimaire du président et du secrétaire du groupe de travail pour l'examen du droit des sociétés anonymes, Lausanne/Berne, avril 1972.
RASCH, HAROLD. Deutsches Konzernrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1968.
REHBINDER, ECKARD. Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, Bad Homburg v.d.H./Berlin/Zurich 1969.
REICHARD, D. Entwicklungen im Europäischen Konzernrecht, in: Der Betrieb, 1972, p. 27–30.
VAN RIJN, J. Les méthodes de groupement des sociétés en droit belge, Rapport présenté au VIIe Congrès international de droit comparé, Uppsala 1966.
RODIÈRE, RENÉ. La protection des minorités dans les groupes de sociétés (sur la proposition de loi n° 1055 du 9. 4. 1970), in: Revue des Sociétés, 1970, p. 249–266.
SANDERS, PIETER. Projet d'un statut des sociétés anonymes européennes. Publication de la Commission des Communautés européennes, Etudes, Série Concurrence, 1967.
SAPPER, HELMUT. Les contrats d'affiliation en droit français et allemand, in: Revue trimestrielle de droit commercial, 1963, p. 37–65.
SCHAPIRA, JEAN. L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme, in: Revue trimestrielle de droit commercial, 1971, p. 957–971.
SCHLUEP, WALTER RENÉ. Mitbestimmung, in: Lebendiges Aktienrecht. Festgabe für Wolfhart Bürgi, Zurich 1971.
– Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, thèse St. Gall 1955.
– Schutz des Aktionärs auf neuen Wegen, in: SAG 33, 1960/61, p. 137, 170, 188.
SCHULTSZ, J. Les groupes de sociétés en droit néerlandais, in: Revue pratique des sociétés, 1971, p. 60–72.
SECRETAN, ROGER. L'assemblée générale, «pouvoir suprême» de la société anonyme, in: SAG 1958–59, p. 153.
SIEGWART, ALFRED. Die Aktiengesellschaft. (Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, 5. Teil), Zurich 1945.
SINAY, R. Vers un droit des groupes de sociétés. L'initiative allemande et le marché commun, in: Gazette du Palais, mai/juin 1967, nos 144–153, p. 70–86.

– Le droit des groupes dans le projet de statut des sociétés anonymes européennes, in: Gazette du Palais, 1968, Doctrine, p. 118–124.

VON STEIGER, FRITZ. Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, Zürich 1966.

– Parallelgesellschaften, in: SAG 29, 1956–57, p. 208.

VON STEIGER, WERNER. Über die Verantwortung des Hauptaktionärs, in: Ius et Lex, Festschrift Gutzwiller, Bâle 1959.

– Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz, Rapport à la Société suisse des juristes, Bâle 1943.

STOCKMANN, HEINRICH. Zum Problem der Gleichbehandlung der Aktionäre, in: Lebendiges Aktienrecht, Festgabe für Wolfhart F. Bürgi, Zurich 1971.

TOBLER, ERNEST. Die Haftungsverhältnisse in verbundenen Unternehmen, in: Abhandlungen zum schweizerischen Recht, vol. 258, 1948.

VON TUHR, ANDREAS. Partie générale du Code fédéral des Obligations (traduction française), Lausanne 1933.

TUNC, ANDRÉ. Le droit anglais des sociétés anonymes, in: Jurisprudence générale Dalloz, Paris 1971, p. 224–230.

DE BERMONT de VAULX, JEAN-MARIE. L'usage de la notion de contrôle par le conseil d'administration ou le directoire dans les sociétés anonymes, in: JCP, 1970, I, Doctrine, n° 2366.

WÖRNLE, GÜNTER. Die organähnliche Haftung des machtausübenden Hauptaktionärs gegenüber Gläubigern der abhängigen Aktiengesellschaft, thèse Lausanne 1970.

WÜRDINGER, HANS. Aktiengesetz, Großkommentar, Band I, §§ 15–22, Band 4, §§ 291–328, Berlin 1970.

– Aktien- und Konzernrecht, Karlsruhe 1966.

– Les groupes de sociétés en Allemagne, in: Droit et Affaires, no 177 du 15. 6. 1970.

WYSS, HEINZ-F. Das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, thèse Zurich 1953.

Avant-propos commun des deux rapporteurs

Des problèmes de droit privé surgissent aussi-tôt que les entreprises cessent d'apparaître, vis-à-vis du monde extérieur, comme des unités économiques isolées ou exclusivement individuelles, et se proposent de réaliser quelque chose en commun. Cela pour autant que cette réalisation commune résulte d'une libre entente, c'est-à-dire de considérations économiques, non pas d'un alignement imposé par l'administration publique. Sont considérées comme privées les entreprises organisées selon le droit privé et poursuivant des buts privés. Les diverses formes que prend la coopération entre les entreprises d'économie publique sont donc exclues de notre étude, même lorsqu'elles font usage de ce que l'on appelle le droit privé administratif. Enfin, l'alliance toujours plus prononcée des entreprises publiques et privées ne pourra être traitée qu'en marge.

La difficulté principale du sujet résulte de son ampleur, de la multiplicité et de la complexité des domaines qu'il englobe. Il eût dès lors été tentant soit de le limiter à la coopération proprement dite (comprenant toutes les formes de collaboration situées entre le simple échange de biens et le «Konzern») soit à la concentration proprement dite (groupement de sociétés, fusion).

Cependant une telle distinction, si satisfaisante qu'elle puisse paraître du point de vue des formes juridiques, ne résiste pas à l'examen de la réalité économique. D'un point de vue fonctionnel, le problème consiste à essayer de maîtriser des situations nouvelles, sur le plan technique ou économique, grâce aux avantages des grandes unités. Dans cette optique, la décision d'une seule entreprise d'augmenter ses achats en vue d'accroître sa production a la même valeur qu'un accord de spécialisation, même si du point de

vue formel la situation est très différente. De même, la création d'une filiale commune peut, dans certaines circonstances, être considérée comme une alternative au groupement ou à la fusion[1]. D'une façon générale, on peut dire avec raison que des modifications de la production ou du marché peuvent conduire *selon les cas* à la coopération ou à l'intégration[2]; et que l'intégration réalisée par fusion ou groupement n'est qu'un cas limite de l'intégration des fonctions de l'entreprise[3].

Les voies de la concentration sont donc interchangeables sur le plan fonctionnel; elles peuvent aussi se recouper sur le plan formel. On est, par exemple, en présence d'une *solution mixte* lorsque le programme de production de deux entreprises est harmonisé grâce des participations réciproques et à des administrations croisées. Du point de vue dynamique, la coopération n'est d'ailleurs souvent que le premier pas vers l'intégration complète[4]; et le groupement contractuel de coordination n'est pas autre chose qu'une forme de coopération poussée à son extrême limite.

Du point de vue économique, il est donc justifié d'englober dans une même étude toutes les formes juridiques que l'on peut qualifier de «moyens de concentration»[5]. Le but de nos rapports l'exige aussi, car ils ne sauraient se borner à une simple initiation aux techniques de la coopération en droit privé. Il paraît en effet indispensable de rechercher ici quelles sont les possibilités de notre droit face à un mouvement de concentration dont l'ampleur augmente chaque jour. La question primordiale qui se pose est celle de savoir s'il conserve sa valeur, s'il est encore en mesure de remplir efficacement sa fonction dans des circonstances différentes de celles qui avaient été envisagées par le législateur. Cette question ne peut

[1] HANS SIEGWART, Die betriebswirtschaftliche Bedeutung von Unternehmungszusammenschlüssen, Anhang zum Gutachten über steuerrechtliche Fragen beim Zusammenschluß von Unternehmungen, Zurich 1970, p. 229 ss.

[2] RUDOLF STECK, Formen und Auswirkungen betrieblicher Kooperation, Diss. Berlin 1967.

[3] KURT H. FISCHER, Konzentration und Kooperation in der schweizerischen Textilwirtschaft, thèse St. Gall 1969.

[4] ARNO SÖLTER, Grundzüge industrieller Kooperationspolitik, Wirtschaft und Wettbewerb, 1966, p. 223 ss.

[5] HANS OTTO LENEL, Ursachen der Konzentration, 2. Aufl., Tübingen 1968.

être résolue que par un examen global du phénomène de la concentration en droit privé. Il sera ainsi possible de porter un jugement de valeur sur les différentes formes de la concentration, voire même sur la concentration économique en tant que telle.

Un projet aussi ambitieux excéderait pourtant les forces d'un seul rapporteur ! C'est pourquoi le rapporteur de langue française et le rapporteur de langue allemande se sont laissés guider par l'esprit de leur sujet, et ont décidé de résoudre le problème par une coopération qui leur a permis d'atteindre une certaine spécialisation.

- Le rapport de langue allemande, après avoir posé les bases dogmatiques et économiques du phénomène de la concentration, est consacré en premier lieu à la coopération proprement dite, à l'exclusion du groupement et de la fusion des sociétés. Il traite en outre des problèmes cartellaires.
- Le rapport de langue française est consacré à la concentration proprement dite, c'est-à-dire à la description, au fonctionnement et aux problèmes juridiques posés par les groupes de sociétés, dont l'importance économique se fait sentir tous les jours en peu plus, bien que la loi continue à les ignorer.

Bien que leur sujet soit la coopération et la concentration des *entreprises,* les rapporteurs ont jugé inopportun de se référer de manière formelle à cette notion controversée. Dans le célèbre arrêt Glöckner/Hoesch, la Cour de Justice des Communautés Européennes a posé la définition suivante:

> «L'entreprise se présente comme un ensemble homogène de facteurs personnels, matériels et immatériels, réunis sous la forme d'un sujet de droit autonome en vue de poursuivre de manière durable un but économique déterminé. Selon cette définition, la création d'un nouveau sujet de droit dans la vie économique entraîne toujours la constitution d'une entreprise autonome; mais l'unité d'une activité économique ne conduit pas à l'unité sur le plan juridique, lorsque les effets juridiques de cette activité doivent être attribués à des sujets de droit différents.»[6]

Relevons tout d'abord que cette définition n'a pas réuni l'unanimité des suffrages[7]. En fait, la notion même d'entreprise n'a pas

[6] Cour de Justice des Communautés Européennes, Jurisprudence, VIII, p. 687.

[7] Voir notamment W. R. SCHLUEP, Mitbestimmung? in: Lebendiges Aktienrecht, Festgabe für Wolfhart Bürgi, Zurich 1971, p. 314, et la littérature citée.

encore été clairement dégagée par les juristes. Le législateur allemand, qui pourtant l'utilise à divers endroits de l'*Aktiengesetz,* a renoncé à la préciser «au vu des grandes difficultés pratiques que comporte une telle définition»[8]. De plus, l'utilité même de cette notion, sa portée, ses effets, sont tout aussi sujets à discussion. Comme l'a fait observer G. VEDEL:

> «Cà et là l'entreprise tente de parvenir à la vie juridique, mais ses contours ne sont pas encore suffisamment dessinés dans le monde des catégories juridiques pour que le maniement d'une telle notion n'aille pas sans difficultés ni incertitudes.»[9]

Le droit de l'entreprise est encore à créer. Ce n'était pas le lieu de le faire ici.

Les rapporteurs.

[8] G. VEDEL, cité dans l'Entreprise et le droit commercial, dossier présenté par C. CHAMPAUD et J. PAILLUSSEAU, Paris 1970.

[9] HAROLD RASCH, Deutsches Konzernrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1968, p. 36.

Introduction

1. Importance des groupes de sociétés

Le phénomène de la concentration économique est une des caractéristiques de notre temps. Ses multiples causes ont été mises en lumière par les économistes. Dans l'introduction de son Rapport, M. SCHLUEP s'est attaché à en faire la synthèse, à en découvrir la signification profonde. Qu'il nous soit permis, pour éviter des répétitions inutiles, de nous y référer[1].

Parmi les diverses techniques concentrationnistes, celle qui fait appel au groupement des sociétés est probablement la plus importante, la plus significative. Qu'on les appelle «trust», «Konzern» ou encore (expression qui fait froncer le sourcil au juriste) sociétés «multinationales», les groupes de sociétés sont omniprésents. Les raisons de la faveur dont jouit cette forme de concentration sont nombreuses. Comme le relève CHAMPAUD[2], «la constitution du groupe permet à l'entreprise géante de se dépasser. A force de croître, l'entreprise peut ressentir gravement les méfaits du gigantisme, elle doit éclater. Les techniques connues sous le nom de groupes de sociétés permettent de substituer une gestion unitaire des patrimoines issus de cet éclatement à l'unité patrimoniale qui les confondaient antérieurement.»

L'avantage essentiel du procédé est sa souplesse. Alors que la fusion, par exemple, se heurte à de multiples obstacles pratiques,

[1] Voir l'introduction du rapport de langue allemande de M. le Prof. WALTER R. SCHLUEP, Einleitung, paragraphe 1: «Realien».

[2] CLAUDE CHAMPAUD, Le pouvoir de concentration de la société par actions, Paris 1962, p. 206.

juridiques (sur le plan international notamment) et fiscaux, et doit satisfaire à des formes rigides, le groupement des sociétés peut se réaliser par des moyens adaptés à chaque cas et franchit aisément les frontières. Il permet d'adopter la structure la plus avantageuse du point de vue technique et économique, mais aussi du point de vue juridique et fiscal. L'absence presque totale de législation concernant les groupes de sociétés (sauf en Allemagne) leur laisse à cet égard une grande liberté, qui ne va d'ailleurs pas sans inconvénients pour les personnes ayant affaire à eux: le propos de ce rapport est de le démontrer.

Il est difficile, voire impossible, de mesurer avec quelque exactitude l'ampleur qu'a pris, à l'heure actuelle, le phénomène du groupement des sociétés. La raison en est, tout d'abord, que de nombreuses législations – dont la législation suisse – n'obligent pas les sociétés à fournir la liste de leurs participations dans d'autres sociétés. L'information dépend alors du bon vouloir des sociétés elles-mêmes, à moins qu'elle ne résulte d'un cas fortuit, par exemple un litige. De plus, le groupement ne résulte pas toujours de participations: il peut avoir une base contractuelle, ou même uniquement personnelle (administrations croisées) et défie alors toute statistique. Ceci est si vrai que le Centre d'information économique de la revue européenne «Vision», qui a publié dans son numéro d'octobre 1972 un recensement des «500 premiers européens», doit reconnaître qu'en dépit de ses recherches, et des précautions dont il s'est entouré, il est possible que quelques sociétés de taille à figurer parmi les 500 lui aient échappé[3]. Il est en tous cas certain qu'à côté des groupes importants, connus du public, il existe un très grand nombre de groupes moyens et petits qui n'apparaissent pas au grand jour et dont parfois les actionnaires minoritaires eux-mêmes ignorent l'existence. Ces petits groupes «clandestins» sont pourtant d'autant plus préoccupants pour le juriste qu'ils sont plus facilement susceptibles que les grands – qui doivent soigner

[3] Vision, octobre 1972, p. 104. Selon ce classement, la Suisse arrive au 8e rang des pays européens, avec 17 entreprises placées dans les 500 premières, après la Grande-Bretagne (161), l'Allemagne (104), la France (81), la Suède (49), l'Italie (21), la Belgique (19) et les Pays-Bas (19). Toutes ces entreprises sont des groupes de sociétés.

une certaine «image» vis-à-vis du public – d'abuser des possibilités offertes par le «vide législatif» dans lequel ils se meuvent. En Allemagne, les auteurs admettent que 70% à 80% des sociétés sont rattachées à un «Konzern»[4]. Une telle proportion n'est cependant pas transposable en Suisse, étant donné les caractéristiques très différentes qu'ont les sociétés anonymes en Suisse et en Allemagne. Dans notre pays, les statistiques sur ce sujet font défaut, mais il résulte de la lecture des documents publiés par les sociétés les plus importantes qu'elles possèdent toutes un certain nombre de filiales et participations. Un élément caractéristique de la situation en Suisse est le nombre et l'importance des filiales à l'étranger[5]. Une éventuelle législation suisse sur les groupes devrait tenir compte de ce facteur.

2. *Notion de groupe de sociétés*

Qu'il s'agisse d'appliquer la règle de droit existante ou de proposer de nouvelles normes, le juriste doit d'abord définir leur champ d'application, créer des catégories. Cerner la notion de groupe de sociétés est une tâche particulièrement ardue, car l'extrême diversité des formes et des structures adoptées par les groupes en pratique se laisse difficilement ramener à un dénominateur commun. Entre le simple *groupement de sociétés* qui ont conclu entre elles un accord de collaboration en vue, par exemple, de développer un nouveau produit, et le *groupe* fortement structuré, où toutes les décisions importantes concernant l'activité des sociétés groupées sont prises par un organe central, il y a toute une série de situations intermédiaires. En d'autres termes, il n'existe aucune frontière définie entre la simple coordination et la concentration proprement dite, mais une transition continue. Certains phénomènes inter-

[4] Voir les auteurs cités par HANS WÜRDINGER, Aktien- und Konzernrecht, Karlsruhe 1966, p. 254.

[5] Selon la revue «Entreprise» (n° 875 du 16.6.72), la proportion du chiffre d'affaires réalisé à l'étranger serait de 98% pour Nestlé, 85% pour Ciba-Geigy, 80% pour Hoffmann-La Roche, 76% pour Brown-Boveri, 85% pour Sandoz.

médiaires, par exemple les conglomérats, qui réunissent sous une direction unique plusieurs activités ou entreprises n'ayant souvent aucun rapport entre elles, dans un but de répartition des risques et de stabilisation des profits[6], sont considérés par les uns comme des groupes de sociétés, alors que d'autres les excluent de la définition. Sur ce point encore, la division du travail adoptée d'un commun accord nous permet de nous référer au Rapport de M. SCHLUEP, qui a tenté de dégager les critères de classement des divers aspects de la coopération et de délimiter coordination et concentration[7].

Cela ne nous dispense cependant pas de définir plus précisément, aux fins du présent rapport, la notion de groupe de sociétés. Deux possibilités pouvaient être envisagées. La première consistait à définir le groupe d'entrée de cause, donnant ainsi une base bien définie à la suite du rapport. Cette méthode, si satisfaisante qu'elle puisse paraître sur le plan de la logique, a le tort de mettre en quelque sorte «la charrue devant les bœufs». Du point de vue de la science économique en effet, la définition du groupe de sociétés consiste à appréhender la réalité, à chercher à l'emprisonner dans une formule qui tienne compte de tous ses aspects essentiels. Du point de vue juridique au contraire, toute définition a un but normatif. Il ne s'agira donc plus seulement de définir les groupes tels qu'ils sont, mais de les définir en fonction de l'objectif poursuivi par la règle de droit applicable ou souhaitable. Si l'on se place dans cette optique, il paraît préférable, avant de définir le groupe, d'analyser ses structures et son fonctionnement, de recenser les problèmes de droit, éventuellement les abus auxquels ce fonctionnement peut donner lieu, afin de pouvoir ensuite faire passer dans la définition le résultat de cette analyse. Il est, de plus, difficile de proposer une définition juridique hors de toute référence à un système de droit déterminé. C'est la raison pour laquelle nous avons choisi de tenter de définir plus précisément, le groupe au début de

[6] Sur ce sujet, voir par exemple A.M. KUMPS et M. CARDON DE LICHTBUER, La concentration conglomérale. Reflets et perspectives de la vie économique, 1971, tome X, nº 2, p. 109.

[7] Voir Rapport de langue allemande, sous la rubrique «Allgemeine Rechtsprobleme der Unternehmenskooperation», § 6: Begriffe.

la deuxième partie, consacrée plus particulièrement au droit suisse, et de nous borner pour l'instant à une définition large et provisoire, selon laquelle *il y a groupe lorsque plusieurs sociétés ou entreprises juridiquement autonomes sont réunies sous une direction unique.*

3. Terminologie

Les contours de l'objet à décrire étant imprécis, il n'est pas étonnant que la terminologie qui se rapporte aux groupes de sociétés soit, elle aussi, empreinte d'incertitude[8]. Si le terme de «groupe de sociétés» semble s'être imposé dans la pratique et la doctrine de langue française pour décrire le phénomène dans son ensemble, en revanche, les sociétés faisant partie d'un groupe sont parfois qualifiées de filiales ou sociétés-filles, de sociétés dominées, sociétés dépendantes ou encore plus simplement de sociétés de groupe; alors que pour désigner la société se trouvant à la tête du groupe on parle de holding, de société-mère, de société dominante. Le sens de ces termes varie suivant le contexte dans lequel ils sont utilisés. Le droit fiscal, par exemple, a développé une définition de la holding qui ne correspond pas nécessairement à celle qui serait admise en droit civil. Si l'on veut définir, d'autre part, la holding comme étant une société dont le but principal est l'administration des participations qu'elle détient dans d'autres sociétés, on constate qu'une telle société ne peut être considérée comme la tête d'un groupe que dans la mesure où les participations détenues lui confèrent le pouvoir de gérer les autres sociétés du groupe, en d'autres termes s'il s'agit d'une holding dite «de contrôle» (par opposition à la holding de participation). Une holding peut donc être la tête d'un groupe mais ne l'est pas toujours.

Le choix d'une terminologie pose des problèmes analogues à celui de la définition du sujet. Il implique en effet que l'on se détermine en faveur d'un système. Qualifier, par exemple, les sociétés faisant partie du groupe de sociétés dépendantes, ou dominées,

[8] Le droit allemand, qui pose une série de définitions aux §§ 15 et ss. AktG, fait exception.

c'est exclure par là même de la définition le groupe dit «de coordination» où ce caractère de dépendance fait défaut. Le terme de «société» lui-même introduit une restriction en ce sens qu'il exclut l'entreprise individuelle. Les mêmes raisons qui nous ont amené à renoncer à définir d'emblée le groupe nous conduisent ainsi à faire provisoirement abstraction d'une terminologie uniforme. Nous utiliserons donc indifféremment les divers termes admis par l'usage courant sans chercher à les définir de façon précise, du moins pour l'instant. De même, le terme «groupe de *sociétés*» ne doit pas être compris comme excluant la possibilité d'y voir figurer des entreprises individuelles. Dès lors cependant que dans l'immense majorité des cas les groupes sont composés de sociétés et qu'il s'agit d'une expression consacrée par l'usage, l'emploi de ce terme paraît justifiable.

4. Délimitation de la matière

Une étude des groupes de sociétés sous tous leurs aspects dépasserait très largement le cadre de ce rapport. Son titre nous permet cependant d'écarter d'emblée les questions de *droit public,* à savoir les problèmes posés par la puissance des groupes face à l'Etat: des évènements récents ont pourtant montré leur actualité. S'il est possible non pas d'ignorer ces problèmes, mais bien plutôt de les laisser «pour la bonne bouche», il est par contre plus difficile de faire abstraction de cette autre branche du droit public qu'est le *droit fiscal.* La fiscalité exerce en effet une influence considérable sur la formation des groupes, et ensuite sur leur fonctionnement. Les groupes de sociétés ne pourraient pratiquement pas exister, en raison d'un cumul d'impôts insupportable, si le législateur n'avait pas prévu en leur faveur le «privilège holding», qui consiste à exonérer d'impôt, selon des systèmes d'ailleurs variables, les revenus d'une holding provenant de ses participations[9]. Le choix du mode de groupement (participations ou contrats), la manière de gérer le

[9] En Suisse, ce privilège résulte de l'art. 59 AIN. Il est aussi admis par les législations cantonales.

groupe sont également influencés par les considérations fiscales. Il est impossible de traiter ici ces questions qui font l'objet d'une abondante littérature spécialisée tant en Suisse qu'à l'étranger. Nous ne pouvons que signaler l'importance du problème.

Le *droit cartellaire* est placé (en Suisse du moins) à cheval sur le droit privé et le droit public. Théoriquement, groupes et cartels se distinguent en ce sens que

- le groupe réunit sous une direction unique des sociétés qui, tout en restant juridiquement autonomes, perdent leur indépendance économique, alors qu'au sein d'un cartel les sociétés conservent leur indépendance économique et juridique;
- le groupe a pour but de coordonner l'activité économique de ses membres (effets internes) tandis que le but du cartel est d'influencer le marché (effets externes).

Il faut cependant reconnaître qu'en pratique la distinction est souvent très délicate, puisque d'un côté l'adhésion à un accord cartellaire a nécessairement pour effet de limiter dans une certaine mesure l'indépendance économique des membres du cartel, et que de l'autre côté le groupe exerce très souvent une influence sur le marché. Il est cependant évident que les groupes de sociétés, qu'ils soient considérés comme des cartels ou seulement comme des organisations analogues (au sens de l'art. 3 litt. c) de la loi suisse sur les cartels) sont susceptibles de poser des problèmes de droit cartellaire lorsqu'ils «dominent le marché de certains biens ou de certains services, ou l'influencent de manière déterminante». Ces problèmes spéciaux sont traités dans le rapport de langue allemande.

Restent alors les problèmes de droit privé «stricto sensu», et plus précisément les problèmes de *droit des obligations,* auxquels le présent rapport est consacré. Il est divisé en deux parties:

- la première tente de donner une image générale des groupes de sociétés et de faire l'inventaire des problèmes qu'ils posent;
- la seconde fait le point de la situation en droit positif suisse, et cherche à répondre à la question de savoir si ce droit est encore adapté aux circonstances actuelles.

Ire Partie:
Description générale des groupes de sociétés

Chapitre 1: Formation des groupes de sociétés

Les méthodes de groupement des sociétés sont nombreuses[1]. Cette diversité résulte du fait que très souvent la formation d'un groupe n'est pas une opération planifiée dès son origine, mais résulte des circonstances. Cela peut commencer par un simple contrat entre un fabricant et son fournisseur de matières premières. S'il donne satisfaction aux deux parties, ce contrat se développe et devient accord de collaboration; dans une étape suivante, il paraît nécessaire de sceller définitivement cet accord par la prise de participation d'une entreprise dans l'autre. Dans d'autres cas, au contraire, la croissance du groupe suit un plan fixé par la direction de l'entreprise. Des filiales sont créées selon les besoins, auxquelles on attribue une tâche ou un secteur géographique bien déterminés.

A ces circonstances différentes correspondent des méthodes de groupement différentes, souvent combinées au sein d'un même groupe de sociétés. On peut toutefois les classer en deux catégories distinctes:

- *les méthodes «sociétaires»,* qui font appel aux techniques du droit des sociétés (prise de participations, création de filiales)
- *les méthodes contractuelles,* qui sont basées sur le droit des obligations.

Chacune de ces deux méthodes peut avoir pour but soit la simple

[1] Cf. CLAUDE CHAMPAUD, Les méthodes de groupement des sociétés, Revue trimestrielle de droit commercial, 1967, p. 1003. JEAN VAN RYN, Les méthodes de groupement des sociétés en droit belge, VIIe Congrès International de Droit comparé, Uppsala 1966, p. 151. Voir aussi les §§ 291ss. de l'Aktiengesetz du 6.9.1965.

coordination de l'activité des sociétés groupées, soit une intégration plus complète des différentes entreprises au sein d'un groupe de *subordination*.

L'expansion des groupes de sociétés ne connaît pas de frontières. Pour poursuivre leur croissance à l'échelle internationale, ils ont dû s'adapter aux législations des Etats dans lesquels ils excercent leur activité et choisir la méthode de groupement adéquate. Toutes les méthodes de groupement ne sont pas considérées comme licites par toutes les législations. Pour ne pas donner du phénomène économique du groupe une image tronquée, il nous a paru nécessaire de brosser dans cette première partie un panorama général de la formation des groupes, sans insister sur les particularités des droits nationaux; la situation en droit suisse fait l'objet de notre seconde partie.

A. Les méthodes «sociétaires»[2]

Les méthodes sociétaires font appel à la technique, depuis longtemps éprouvée et admise dans le droit des sociétés de tous les pays, de la prise de participation d'une société dans le capital d'une autre. Le contrôle d'une société sur l'autre résulte alors de l'exercice de ses droits d'actionnaire.

Cette méthode est encore la plus fréquemment utilisée par les groupes en raison de la sécurité et de la stabilité qu'elle procure. Elle confère en effet à la société dominante non seulement la possibilité d'intervenir à l'assemblée générale de la société dominée, mais aussi – ce que les accords contractuels ne donnent pas – une propriété économique sur son patrimoine. La position de la société dominante devient ainsi inexpugnable. Sur le plan international, les groupements d'entreprises reposent presqu'entièrement sur les participations. La plupart des participations visent à assurer la domination d'une société sur une autre. Mais elles peuvent aussi garantir une simple coordination de leurs politiques.

[2] Le terme est de C. CHAMPAUD, Les méthodes de groupement, p. 1003.

1. Participations de subordination

Les groupes de subordination sont dirigés par une société dominante (société mère, société holding) qui exerce son influence par le canal de ses participations sur une ou plusieurs sociétés dominées directement ou indirectement par elle.

La structure d'un groupe de subordination peut être radiale (la société dominante est directement actionnaire de la société dominée), pyramidale (une société mère domine une ou plusieurs sociétés filles, qui à leur tour dominent d'autres sociétés dites «petites-filles»), circulaire, ou encore représenter la combinaison, parfois presqu'inextricable, de ces différents systèmes.

Quel pourcentage du capital d'une société faut-il posséder pour être en mesure de la dominer? Remarquons tout d'abord qu'en raison des pondérations possibles du droit de vote (actions à droit de vote privilégié), l'influence n'est pas toujours proportionnelle au montant du capital détenu. Il faudrait donc parler de pourcentage des voix. Mais même dans ce sens, il est difficile de donner une réponse précise à la question posée. Tout dépend des circonstances d'espèce:

- dispersion ou concentration des actions dans le public
- existence d'une minorité organisée ou agissante
- existence d'accords de vote
- absentéisme des actionnaires, etc.[3]

Pour les sociétés importantes, dont les actions sont largement répandues dans le public, la possession de quelque 20% des voix paraît suffisante pour assurer un certain contrôle. Cependant, 51% des voix sont nécessaires pour assurer toute sécurité et éviter des retournements inattendus; ce pourcentage est en général exigé par les groupes industriels ou commerciaux alors que les holdings financières se contentent souvent de participations minoritaires. Enfin, la possession de 100% du capital de la société dominée

[3] Voir, sur ce sujet, le résultat de l'enquête d'information sur les groupes de sociétés menée en collaboration par la CDVA (Université de Liège) et le CRIDE (Université de Louvain), Liège, en cours de publication.

libère la société dominante des contraintes de gestion qui résultent de la présence d'actionnaires minoritaires.

La participation peut s'acquérir de diverses manières. Cette acquisition ne pose aucun problème spécial lorsque la société dominante fonde elle-même la filiale, lorsqu'elle souscrit à une augmentation de son capital (ce qui suppose que les actionnaires de la future filiale acceptent de se faire dominer et renoncent à cet effet à leur droit de souscription préférentielle) ou procède à des achats en bourse. Il n'en va pas de même lorsqu'une société s'assure la domination d'une autre par l'achat du paquet d'actions appartenant à ou aux actionnaires «contrôlaires» de cette société. Cette opération, dite *«cession de contrôle»* porte en soi le germe de divers abus.

D'une part, la cession de contrôle menace gravement le principe fondamental de l'égalité des actionnaires.

> «Les actionnaires majoritaires sont en effet généralement en mesure de monnayer à leur profit le pouvoir de régir la société, tandis que l'acquéreur est disposé à payer un tel surprix parce qu'un tel mode d'acquisition lui confère la certitude de pouvoir dominer la société et qu'en définitive l'obtention du pouvoir peut être réalisée moyennant un investissement moindre qu'en cas d'offre de fusion, d'achat ou d'échange s'adressant à tous les actionnaires. La rupture de l'égalité est particulièrement marquée et sujette à critique lorsque ce surprix n'est pas supporté par l'acquéreur, mais mis de manière directe ou indirecte et parfois, clandestinement à charge de la société et, dès lors, de l'universalité des actionnaires.»[4]

D'autre part, ainsi que l'a démontré une célèbre espèce récemment jugée en France, la subordination à un groupe résultant de la cession de contrôle peut avoir pour la société qui passe ainsi sous la domination d'une autre, et surtout pour ses actionnaires minoritaires, de graves conséquences[5].

[4] Rapport de la Commission bancaire (belge) 1969/70, p. 163 ss.

[5] Dans l'affaire Saupiquet-Cassegrain, Cour d'appel de Rennes, 23. 2. 1968 (JCP, 1969, II, n° 16122), Cour de Cassation, 21. 1. 1970 (JCP, 1970, II, n° 16451), la cession d'une majorité des actions de la société Cassegrain à la société Saupiquet avait été bientôt suivie de la fermeture de la principale usine de Cassegrain et du licenciement de son personnel. Le demandeur, actionnaire minoritaire de Cassegrain, invoquait la nullité de la décision par laquelle le conseil d'administration avait autorisé cette cession d'actions, comme portant atteinte à l'ob-

En résumé, on peut dire que la cession de contrôle permet d'atteindre un résultat économique semblable à la fusion, sans les garanties dont la loi a entouré cette institution. Remédier aux abus possibles de cette opération, qui s'analyse en droit comme un simple contrat de droit des obligations, apparaît particulièrement difficile[6].

2. *Participations de coordination*

Les participations servent aussi parfois à la collaboration des entreprises, notamment grâce à un instrument de travail nouveau et devenu fort à la mode pendant ces dernières années: la filiale commune.

La création de filiales communes est le fait d'entreprises ayant des intérêts semblables ou complémentaires dans des domaines qui peuvent être les plus divers: recherche, approvisionnement en matières premières, fabrication de certains produits spéciaux, organisation des ventes (notamment à l'étranger).

En droit, la filiale commune peut être définie comme une société dont les parts ou les actions sont détenues par des sociétés respectivement indépendantes, et dont le contrôle est exercé collectivement par les sociétés participantes[7]. Il peut y avoir deux ou plusieurs sociétés participantes, dont les parts peuvent être égales ou inégales. La création de filiales communes s'accompagne en

jet social. L'argument fut accueilli par la Cour de Rennes, mais rejeté par la Cour de Cassation.

[6] Voir sur ce sujet JEAN PAILLUSSEAU/RAPHAËL CONTIN, La cession de contrôle d'une société, JCP, 1969, I, n° 2287; B. OPPETIT, La prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'actions, JCP, 1970, I, n° 2361. Et pour la Suisse, ALAIN HIRSCH, La cession du contrôle d'une société anonyme: responsabilité des administrateurs envers les actionnaires, in: Lebendiges Aktienrecht, Festgabe für W. Bürgi, Zurich 1971.

[7] Nous reprenons ici partiellement la définition donnée par CL. CHAMPAUD, Les méthodes de groupements, n° 15, dont nous nous écartons cependant sur un point. Cet auteur ajoute en effet à sa définition que le contrôle des sociétés participantes s'exerce indépendamment du quantum de leur participation, ce qui ne semble pas être toujours le cas.

général d'un contrat portant sur les modalités de la gestion et la procédure à appliquer en cas de désaccord insurmontable entre les participants, sur la désignation des administrateurs, sur la cessibilité des actions, les motifs pouvant amener la dissolution de la société et son mode de liquidation[8]. Des contrats annexes prévoient l'assistance technique, les licences, etc. qui seront accordés à la filiale par les sociétés participantes.

Le statut d'une filiale commune est ainsi nettement distinct de celui d'une filiale ordinaire. «A l'inverse des filiales et des autres sociétés subordonnées, le caractère économique des filiales communes est moins de subir une domination que d'organiser une collaboration.»[9] Les filiales communes ne posent donc pas les mêmes problèmes que les filiales ordinaires d'un groupe.

3. Participations réciproques

Il y a participation réciproque lorsqu'une société possède tout ou partie du capital d'une autre société, laquelle à son tour détient, directement ou indirectement, une certaine part du capital de la première. Les participations réciproques peuvent être créées entre deux, mais aussi entre plusieurs sociétés en affectant alors des formes triangulaires ou circulaires.

En principe, les participations réciproques visent à la coordination des entreprises participantes. Mais on peut se demander s'il y a coordination ou subordination lorsque chacune des sociétés considérées possède, dans l'autre, une participation majoritaire. On pourrait alors parler, si ce terme n'était contradictoire de «dépendance réciproque». Dans une affaire célèbre[10], le Tribunal d'Empire allemand penchait en faveur de la coordination étant donné que, selon ses propres termes, aucune des deux sociétés ne peut imposer sa volonté à l'autre, et qu'elles sont au contraire condamnées à s'entendre entre elles. Cependant l'*Aktiengesetz,* à son § 19

[8] Ce contrat complémentaire peut, par exemple, être un contrat de société simple.

[9] CHAMPAUD, Les méthodes de groupements, nº 15.

[10] Affaire Iduna, Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Vol. 149, p. 305.

al. 3, a tranché la question dans le sens d'une subordination réciproque. «Lorsque chacune des entreprises réciproquement liées possède dans l'autre une participation majoritaire, ou peut exercer sur l'autre directement ou indirectement une influence prépondérante, les deux entreprises sont considérées comme dominantes et dépendantes.»

Les participations réciproques sont unanimement critiquées par la doctrine et considérées avec désapprobation par le législateur. On leur reproche de compromettre la situation financière des sociétés réciproquement participantes en donnant au capital social un caractère fictif, de porter atteinte au principe de la sincérité du bilan et enfin de permettre à l'administration d'intervenir indûment à l'assemblée générale de sa propre société, assurant ainsi sa perpétuelle réélection.

Bien qu'elles apparaissent fréquemment au sein des groupes de sociétés, les participations réciproques posent des problèmes spécifiques et nécessitent une réglementation spéciale qui n'entre pas obligatoirement dans le cadre d'un droit des groupes. Dans plusieurs pays, le législateur est intervenu pour les limiter. Tel a été le cas en Angleterre et en France, en l'absence de tout droit des groupes, alors qu'en Allemagne elles font l'objet de la 4e partie du 3e livre de l'*Aktiengesetz* consacré aux entreprises liées. Nous nous contenterons donc de renvoyer sur ce sujet à des études particulières[11].

4. Participations jumelées

Il semble que les sociétés jumelées soient une invention typiquement helvétique. Il y a société jumelée lorsque les actions de deux sociétés (il s'agit en général de sociétés anonymes) sont liées de

[11] Voir LOUIS DALLÈVES, Les participations réciproques entre sociétés anonymes, Publication du Centre d'études juridiques européennes, Genèves 1970; GIUSEPPE FANELLI, Le partecipazioni sociale reciproche, Milano 1957; MANFRED HETTLAGE, Die Bilanzierung wechselseitiger Beteiligungen nach deutschem Aktienrecht, Fribourg 1966; HEINZ WINTER, Die wechselseitige Beteiligung von Aktiengesellschaften, Köln 1960.

telle sorte qu'elles ne peuvent être transmises qu'ensemble, ce qui assure l'identité de l'actionnariat[12].

A l'origine, les sociétés jumelées ont été conçues pour mettre à l'abri d'un agresseur éventuel, en cas de guerre, les possessions à l'étranger de certaines sociétés suisses[13]. Ces possessions étrangères sont alors contrôlées par une holding domiciliée outre-mer, holding dont les actions sont jumelées avec celles de la société suisse. Il existe donc deux administrations parallèles des filiales qui collaborent étroitement mais pourraient se séparer au cas où l'une ou l'autre serait paralysée par un conflit ou tomberait en mains ennemies.

Ce système des actions jumelées a également été utilisé sur le plan interne, entre sociétés suisses, pour réaliser une quasi-fusion tout en évitant les inconvénients (notamment fiscaux) attachés à cette opération[14].

Comment des actions peuvent-elles être jumelées? S'agissant d'actions *nominatives,* le résultat est atteint par des clauses d'agrément (Vinkulierung) insérées dans les statuts des deux sociétés, et selon lesquelles l'autorisation d'acquérir des actions de l'une est subordonnée à l'acquisition simultanée des actions correspondantes de l'autre. La question est certes plus épineuse s'il s'agit d'actions *au porteur*[15]. Du point de vue qui nous intéresse, il faut constater que le jumelage des actions est un moyen original, mais assez rare d'assurer la coopération de deux entreprises.

[12] Voir notamment U. OPPIKOFER, Maßnahmen zum Schutz schweizerischer Auslandwerte in Fällen internationaler Konflikte, SAG 31, 1959, p. 225.

[13] C'est notamment le cas de Nestlé-Alimentana et de Hoffmann-La Roche. A chaque action de Nestlé-Alimentana est rattachée une action Unilac Inc. Panama, et à chaque action de Hoffmann-La Roche est rattachée une action de Sapac Corporation Inc. Panama. Voir F. VON STEIGER, Parallelgesellschaften, SAG 29, 1956, p. 208.

[14] Tel est le cas notamment des compagnies d'assurances Helvetia-Incendie et Helvetia-Accidents. Pour une analyse juridique de cette opération voir RUDOLF VON GRAFFENRIED, Zwillingsaktien, SAG 40, 1968, p. 145.

[15] Pour Nestlé et Hoffmann-La Roche, cette question aurait pu être résolue grâce à certaines particularités du droit panaméen. Voir OPPIKOFER, Maßnahmen, p. 225.

B. Les méthodes contractuelles

Bien que les participations restent le mode le plus courant de formation des groupes, on ne peut ignorer qu'une partie d'entre eux, surtout à l'étranger, reposent sur des contrats ingénieux et complexes. Ces contrats sont parfois utilisés pour renforcer l'effet d'une participation minoritaire et asseoir ainsi une domination dont la stabilité ne serait pas suffisamment assurée par le simple jeu des règles du droit des sociétés. Parfois au contraire, ils assurent à eux seuls la cohésion du groupe. Les liens contractuels, s'ils sont moins solides que ceux qui résultent d'une participation, présentent par contre l'avantage d'une plus grande souplesse. Ils permettent des «mariages à l'essai» qui peuvent avoir lieu sans gros investissements en capital, et être plus facilement dissouts en cas d'incompatibilité de caractère des partenaires. C'est pourquoi certains auteurs[16] se sont récemment prononcés en faveur du développement des méthodes contractuelles de groupement.

Dans ce domaine aussi, on peut distinguer entre les contrats dont l'effet est d'assujettir une société à une autre et ceux qui ont pour objet de coordonner l'activité de sociétés indépendantes.

1. Les contrats de subordination

a) Contrats instituant une subordination de droit

L'*Allemagne* est le seul pays qui a réglementé de façon complète et cohérente les «Konzern contractuels». Les paragraphes 291 et 292 de l'*Aktiengesetz* de 1965 dressent la liste exhaustive des contrats de groupement[17] (Unternehmensverträge) au moyen desquels

[16] Voir notamment MARCUS LUTTER, Für einen Europäischen Vertragskonzern, RDS NF 90, 1971, p. 267. DU MÊME AUTEUR: Empfehlen sich für die Zusammenfassung europäischer Unternehmen neben oder statt der europäischen Handelsgesellschaft und der internationalen Fusion weitere Möglichkeiten der Gestaltung auf dem Gebiete des Gesellschaftsrechts? Gutachten zum 48. Deutschen Juristentag, München 1970.

[17] Nous préférons ce terme à celui de «contrat d'affiliation» qui est parfois utilisé par la doctrine française.

se constituent aussi bien les «Konzern» de coordination que les «Konzern» de subordination[18].

Les contrats instituant une véritable subordination de droit sont les contrats de domination (Beherrschungsvertrag § 291 al. 1 AktG), généralement complétés par un contrat de transfert des bénéfices (Gewinnabführungsvertrag), qui peut être total (§ 291 al. 1 AktG) ou partiel (§ 292 ch. 2 AktG).

Le contrat de domination autorise la société dominante à diriger la société dépendante et à disposer de son patrimoine dans l'intérêt du groupe. Il est en général combiné avec un *contrat de transfert des bénéfices* en vertu duquel l'entreprise dominante prend à sa charge l'ensemble des profits et des pertes de la société dépendante. En contre-partie des droits accordés à la société dominante, des garanties et des compensations sont prévues pour les créanciers et actionnaires de la société dépendante. En Allemagne, le mode de formation des groupes a été fortement influencé par la pratique fiscale. En effet, la combinaison d'un contrat de domination et d'un contrat de transfert des bénéfices crée l'«unité organique» (Organschaft), qui existe au sens du droit fiscal quand une entreprise est intégrée dans une autre financièrement, économiquement et organiquement[19]. Lorsque tel est le cas, le chiffre d'affaires entre les entreprises groupées n'est pas taxable et le bénéfice du groupe n'est taxé qu'une fois dans le chef de l'entreprise dominante, ce qui lui permet de compenser les pertes et les bénéfices des entreprises du groupe[20]. Il semble qu'aujourd'hui encore les motifs fiscaux contribuent largement à inciter les entreprises à conclure des contrats de domination et de transfert des bénéfices.

b) Contrats instituant une subordination de fait

Hors d'Allemagne, la légalité des contrats de domination est pour le moins douteuse, car ils paraissent inconciliables avec cer-

[18] Voir sur ce sujet notamment HAROLD RASCH, Deutsches Konzernrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1968, p. 92ss.; HANS WÜRDINGER, Aktien- und Konzernrecht, Karlsruhe 1966, p. 282, ainsi que les principaux commentaires de l'*Aktiengesetz*.

[19] RASCH, Konzernrecht, p. 94.

[20] § 7a, Körperschaftssteuergesetz; RASCH, Konzernrecht, p. 270.

tains principes fondamentaux du droit des sociétés, notamment celui de l'indépendance et de la responsabilité de l'administration[21].

Faute de pouvoir instaurer de façon licite une domination de droit, les sociétés ont donc recherché d'autres moyens de lier en fait une entreprise à un groupe. Elles ont utilisé à cet effet des contrats qui, en soi, ne sont pas destinés à créer un lien de dépendance. Le déséquilibre des forces économiques des partenaires en présence, ainsi que les clauses dont ces contrats sont munis, peuvent cependant aboutir à créer une véritable subordination de l'un des contractants à l'égard de l'autre.

Un cas typique est celui du *louage d'entreprise*. Théoriquement, la société qui loue son usine à une autre société n'aliène pas son indépendance. Elle reste propriétaire de ses biens et ses organes continuent à l'administrer en toute liberté. Du point de vue économique, cependant, surtout si le contrat est de longue durée, la situation est profondément transformée. C'est une autre entreprise qui décidera de la forme et de la quantité de la production, de l'engagement ou du licenciement des travailleurs, du prix de vente des produits, etc. La société dont l'usine est louée n'est plus qu'une forme juridique par le canal de laquelle sera réparti, sous forme de dividendes qui ne seront plus dépendants du résultat de l'exploitation, le montant annuel de la location. A l'expiration du contrat, la société dont l'entreprise a été louée ne pourra souvent plus poursuivre son exploitation de façon indépendante et se verra contrainte soit d'accepter un renouvellement du bail aux conditions fixées par la société locataire, soit de s'intégrer «de jure» au groupe du bailleur[22].

D'autres contrats peuvent également conduire à une subordination de fait et sont parfois utilisés dans ce but, concurremment ou non avec une participation au capital. Il s'agit notamment du *contrat de licence,* qui parfois s'accompagne de dispositions instituant une surveillance assez stricte du donneur de licence sur le

[21] Voir à ce sujet, pour le droit suisse, IIe partie, chapitre 6, litt. A.

[22] Pour les problèmes de droit posés en droit suisse par le contrat de louage d'entreprise, voir IIe partie, chap. 6, litt. B, ch. 1.

licencié; des contrats de *sous-traitance* par lesquels le sous-traitant s'engage à accomplir un travail de production dont les caractéristiques techniques et les prix sont déterminés par l'entreprise dominante; des *contrats de distribution intégrée* (concession, franchise), par lesquels l'entreprise dominante confie la commercialisation de ses produits à une autre société en spécifiant d'une manière plus ou moins stricte les modalités de cette commercialisation soit les prix, le rayon d'exclusivité du vendeur, la publicité à faire, etc.[23].

La question de savoir si de tels contrats sont générateurs de concentration d'entreprises (groupes), ou n'impliquent qu'une coordination, voire même un simple échange de biens, est évidemment délicate. Cette question ne peut être résolue qu'en considération de toutes les circonstances du cas d'espèce.

2. *Les contrats de coordination*

L'*Aktiengesetz* distingue entre deux sortes de «Konzern»: le «Konzern» de subordination (Unterordnungskonzern) et le «Konzern» de coordination ou de collaboration (Gleichordnungskonzern). Il y a «Konzern» de coordination, au sens de la loi allemande, lorsque deux entreprises juridiquement indépendantes se placent sous une direction unique sans être pour autant subordonnées l'une à l'autre.

Il est fréquent que des entreprises unissent plus ou moins temporairement leurs forces pour accomplir une tâche dépassant les capacités de chacune d'elles, formant alors un *consortium*. Le groupe ainsi composé se partage le travail et confie en général à l'une des entreprises en cause (entreprise pilote) la coordination et la direction des travaux. En droit suisse, de tels groupements prennent généralement la forme de la société simple.

Toujours dans le domaine de la société simple, la coordination des entreprises peut se réaliser par le moyen d'*accords entre actionnaires sur l'exercice du droit de vote*. On connaît le mécanisme de

[23] Voir CHAMPAUD, Les méthodes de groupement, nº 39ss.

ces accords[24] par lesquels certains actionnaires, en vue de s'assurer la direction d'une société, mettent leurs actions dans un «pool» et s'engagent à voter à l'assemblée générale de la société conformément aux décisions qui auront été prises au sein du «pool».

Cette méthode peut servir à constituer un groupe de sociétés lorsque les actionnaires dominants de plusieurs sociétés décident de mettre en pool leurs participations. La direction unique des sociétés ainsi groupées est assurée par la société simple formée par les participants au pool. Les accords relatifs à l'exercice du droit de vote sont admis en droit allemand comme en droit suisse. Bien qu'ils soient considérés comme illicites en France, en Belgique et en Italie, ils y sont, semble-t-il, assez répandus[25].

Un groupe de coordination peut aussi résulter de contrats ayant pour objet la mise en commun des bénéfices et des pertes *(communauté d'intérêts)*. Les entreprises s'engagent alors à partager, selon une clé de répartition fixée d'avance, le bénéfice global résultant de leurs opérations. Cette mise en commun des résultats s'accompagne souvent d'accords annexes portant sur divers aspects de l'activité des entreprises ainsi liées. La diversité de ces contrats défie l'analyse. Ici encore, il est parfois très difficile de distinguer entre les cas où ces contrats sont constitutifs d'un groupe, et ceux où ils doivent être considérés comme de simples accords de collaboration. Seul un examen attentif de toutes les circonstances de fait permet de trancher cette question[26].

[24] Voir notamment ROBERT PATRY, Les accords sur l'exercice des droits de l'actionnaire, Rapport à la Société suisse des juristes, Bâle 1959. HANS GLATTFELDER, Die Aktionärbindungsverträge, Rapport à la Société suisse des juristes, Bâle 1959. JÜRGEN DOHM, Les accords sur l'exercice du droit de vote de l'actionnaire, Genève 1971.

[25] MARCUS LUTTER, Gutachten, p. 46/47.

[26] Voir ci-dessous chapitre 2 et chapitre 5, litt. C.

Chapitre 2: Fonctionnement des groupes[1]

A. Diversité et complexité des structures

Les problèmes juridiques posés par les groupes de sociétés résultent du décalage assez important qui s'est produit peu à peu entre leur fonctionnement pratique et le cadre juridique dans lequel ils se meuvent. Une description sommaire de ce fonctionnement paraît donc nécessaire.

Il n'existe pas de schéma de fonctionnement valable pour tous les groupes: chacun est organisé en fonction du but économique à atteindre, en tenant compte des données de fait et de droit qui s'imposent à lui. L'organisation d'un *groupe industriel* sera donc différente de celle d'un *groupe financier*. De même, l'organisation et le fonctionnement d'un *grand groupe ou d'un «super-groupe»* (plusieurs centaines de filiales, plusieurs milliards de chiffre d'affaires), qui est obligé d'adopter une structure décentralisée pour rester efficace, est-elle différente de ceux d'un *groupe moyen ou petit* (de quelques filiales à quelques dizaines de filiales). On peut cependant dégager de ce tableau disparate quelques constantes.

B. L'unité de direction

L'existence d'une direction unique est une caractéristique de tout groupe de sociétés. A défaut de direction unique, on ne peut plus parler de groupe, mais seulement de groupement de sociétés; on

[1] Ce chapitre est basé d'une part sur la littérature (notamment pour l'Allemagne: KRÄHE, Konzernorganisation, Publication de la Schmalenbach Gesellschaft, Köln/Opladen 1952; pour la France: Droit des groupes de sociétés, Publication de la Faculté des sciences juridiques de Rennes, Paris 1972) ainsi que sur les résultats d'une Enquête-information sur les groupes de sociétés menée par la Commission Droit et Vie des Affaires (CDVA) de l'Université de Liège en collaboration avec le Centre de Recherches Interdisciplinaires Droit-Economie (CRIDE) de l'Université de Louvain (publication en cours). Il n'existe pas, à notre connaissance, d'enquête de ce genre sur les groupes suisses, mais on est en droit d'admettre qu'ils fonctionnent de la même manière que leurs homologues français, allemands ou belges.

sort du domaine de la concentration proprement dite pour passer dans celui de la coopération[2]. Aussi cet élément a-t-il été retenu comme essentiel par les lois ou projets de lois sur les groupes de sociétés[3].

1. Forme de la direction unique

La direction unique est un élément de fait. Elle peut prendre les formes les plus diverses et être plus ou moins apparente pour les tiers. Souvent, la direction unique est constituée par une société holding dont le seul but est de coordonner, de planifier et de surveiller l'activité des sociétés du groupe. Dans d'autres cas la société dominante exerce à la fois une activité de production et une activité de direction des sociétés dominées. Parfois, la direction unique est exercée par un pool d'actionnaires (société simple d'actionnaires ayant conclu un accord de vote). Parfois encore, l'unité de direction résulte de combinaisons plus compliquées. C'est ainsi par exemple que le groupe international *Unilever,* qui compte environ 500 filiales réparties dans plus de 70 pays différents, est dirigé par deux sociétés mères, Unilever Limited (Grande Bretagne) et Unilever N.V. (Pays-Bas). Ces deux sociétés holdings sont liées par des accords dont le plus important est la convention d'égalisation. L'unité de direction est assurée par le fait que la composition des conseils d'administration de N.V. et de Limited est identique[4].

[2] Voir Rapport en langue allemande de M. SCHLUEP, sous la rubrique «Allgemeine Rechtsprobleme der Unternehmenskooperation», paragraphe 1, «Begriffe».

[3] *Aktiengesetz,* § 18; Proposition de loi Cousté (France) art. 4; Proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes, art. 223.

[4] Cette composition identique des deux conseils d'administration est assurée par une disposition des statuts de N.V. qui confère aux seuls propriétaires des actions de N.V. numérotées de 1 à 2400 inclus le droit de présenter des candidats aux postes de membres du conseil d'administration de N.V., et par une disposition analogue des statuts de Limited qui confère aux seuls propriétaires des actions «deferred» de Limited le droit de présenter les candidats aux postes de membres du conseil d'administration de Limited, et par le fait que la moitié des actions numérotées de 1 à 2400 inclus et des actions «deferred» est détenue

2. Activité de la direction unique

L'activité da la direction unique est plus ou moins étendue selon les groupes. Certains domaines sont cependant presque toujours de son ressort ou du moins nécessitent son approbation. Il en va ainsi de la *politique financière et budgétaire* (amortissements, autofinancement, investissements fixes, emprunts à long terme, participation dans d'autres sociétés, etc.) qui est considérée comme la prérogative essentielle de la direction unique. C'est même pratiquement la seule tâche de la direction des conglomérats. Dans les *domaines techniques et commerciaux,* tout dépend de la taille du groupe et de son degré de centralisation. Dans les grands groupes, la direction générale assume avant tout la *planification* à long terme et la surveillance. Dans les plus petits groupes elle s'occupe directement de divers domaines tels que préparation du programme de production ou de vente, choix du personnel dirigeant, recherche, brevets et licences, statistiques, relations publiques, etc.

3. Autonomie des filiales

Il apparaît que le degré d'autonomie laissé aux filiales varie énormément et qu'il est impossible d'établir sur ce point une règle générale. Les circonstances dont dépend le degré d'autonomie sont habituellement les suivantes:

- la personnalité des dirigeants des filiales
- les raisons techniques
- le degré de spécialisation de certaines filiales
- la localisation géographique des filiales
- l'importance des participations détenues; la discipline est plus stricte dans les sociétés dominées à 100% que dans celles où la

par la société N.V. Elma, à Rotterdam, société filiale de N.V. et que l'autre moitié est détenue par la société United Holdings Limited, à Londres, société filiale de Limited. (Extrait d'un prospectus émis à l'occasion de l'admission à la cote officielle des Bourses de Bruxelles et d'Anvers de certificats d'actions d'Unilever N.V.)

participation est minoritaire; dans les filiales communes, les intérêts des partenaires doivent être conciliés
- la durée de l'existence des filiales, leur degré de développement et les capacités propres dont elles disposent
- les affinités existant entre certaines filiales et la mère au point de vue activité.

«La tendance générale est que tout contrôle de la société-mère sur les filiales se renforce lorsque celles-ci n'atteignent pas les résultats escomptés.»[5]

C. La prévalence de l'intérêt de groupe

Qu'il s'agisse de planification à long terme ou de décisions d'une portée plus immédiate, les décisions de la direction unique sont toujours guidées par l'intérêt du groupe dans son ensemble. Cet intérêt peut coïncider avec celui des sociétés dominées; il peut aussi conduire à défavoriser, voire même à sacrifier entièrement certaines filiales. «Un trust ne raisonne pas en fonction d'un secteur exigu, et que lui importe la perte d'un marché représenté par un seul pays, lorsque les véritables lignes de force de sa politique enserrent en réalité le globe?»[6] L'opposition entre les intérêts particuliers d'une société dominée et celui du groupe conduit à des conflits qui peuvent prendre parfois une tournure dramatique, comme cela fut le cas en France dans l'affaire Fruehauf[7]. La valeur exemplaire de ce cas, les problèmes qu'il a posés et les commentaires qu'il a suscités[8] nous autorisent à en résumer les faits. «La société Fruehauf-France, contrôlée par un groupe financier américain, avait passé en décembre 1964, avec la société des automobiles

[5] Selon le résultat de l'enquête menée par la CDVA et le CRIDE (référence ci-dessus).

[6] J.-M. de Bermont de Vaulx, L'usage de la notion de contrôle par le conseil d'administration ou le directoire dans les sociétés anonymes, JCP, 1970, I, Doctrine, nº 2366.

[7] Arrêt rendu le 25 mai 1965 par la Cour de Paris, 14e Ch., dans l'affaire Sté Fruehauf Corporation c/Massardy et autres, JCP, 1965, II, nº 14274bis.

[8] Notamment Raphaël Contin, L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés, Dalloz hebdomadaire 1968, p. 45.

Berliet, un important marché portant sur la construction de semi-remorques. Ce matériel était destiné à l'équipement de camions vendus par la société des automobiles Berliet à la République Populaire de Chine. Ayant appris cette destination, les ‹contrôlaires› américains de Fruehauf-France donnèrent l'ordre au conseil d'administration de cette société d'annuler l'exécution de ce marché, jugé contraire à l'intérêt national des Etats-Unis. Cette résiliation devait non seulement priver la société d'un gain certain, mais elle devait encore perturber très gravement l'activité de l'entreprise. En outre, les dommages et intérêts qui, dans une telle hypothèse, auraient dû être versés à la société des automobiles Berliet, auraient placé Fruehauf-France devant des difficultés financières pratiquement insurmontables; celles-ci, à plus ou moins brève échéance, auraient entraîné la disparition de cette importante affaire.»[9]

Devant cette situation, les 3 administrateurs français démissionnèrent, mais furent immédiatement remplacés par le groupe américain. Ils s'adressèrent alors au Tribunal pour demander la nomination d'un administrateur provisoire chargé de gérer la société et notamment d'exécuter les commandes en cours, et obtinrent gain de cause[10].

L'intérêt du groupe ne coïncide donc pas toujours avec celui des filiales; il ne peut pas non plus être comparé aux intérêts personnels et égoïstes des actionnaires majoritaires d'une société isolée puisque, abstraction faite des cas extrêmes, la société de groupe profite indirectement de la prospérité de l'ensemble dont elle fait partie. L'intérêt de groupe est donc un phénomène nouveau qu'il n'est pas possible d'intégrer dans les schémas classiques qui opposent les intérêts majoritaires aux intérêts minoritaires, ou encore les intérêts individuels aux intérêts sociaux. Nous aurons l'occa-

[9] Résumé tiré de l'article précité de R. CONTIN.

[10] Le résultat de l'arrêt est intéressant mais la motivation l'est moins. Tout d'abord parce qu'il s'agissait d'appliquer une procédure spéciale (nomination d'un administrateur provisoire) et ensuite parce que la Cour opposa, pour justifier sa position, les intérêts sociaux aux intérêts personnels des actionnaires majoritaires, alors qu'à notre avis l'intérêt de groupe est distinct de ces deux catégories d'intérêts.

sion de vérifier cette constatation en étudiant divers aspects de la protection des minorités en droit suisse.

D. La mobilisation des ressources

La réalisation des objectifs que s'est fixé le groupe nécessite, comme dans une armée, que les «troupes» puissent être à tout moment mises en place aux endroits où elles sont nécessaires. Cette mobilisation affecte les capitaux et le personnel.

1. Mobilisation des capitaux

La politique financière est, nous l'avons vu, une prérogative essentielle de la direction unique. Elle consiste à centraliser les ressources pour les affecter en fonction des besoins. Pour atteindre ce but, la direction dispose de nombreux moyens. Le plus classique consiste à transférer à la société dominante les bénéfices réalisés par les sociétés dominées (soit sous forme de dividendes, soit en vertu d'un contrat de transfert des bénéfices, etc.). Mais en réalité, la direction intervient déjà à un stade antérieur et utilise divers procédés qui lui permettent, en cours d'exercice, d'effectuer des transferts de patrimoine, de revenus ou de charges entre les diverses sociétés dominées, ou entre elles et la société dominante. Contentons-nous d'énumérer les plus fréquents de ces procédés. Ce sont:

- la fixation des prix d'achat ou de vente des produits circulant entre les sociétés; ces prix sont souvent fixés sans référence aux prix «objectifs» du marché, ce qui permet à la direction de faire en sorte que le bénéfice soit réalisé par une société plutôt que par une autre;
- la facturation des services prestés aux sociétés dominées (conseils de «management», publicité, statistiques, comptabilité, etc.);
- la fixation des redevances dues en vertu de contrats de licence, de «know how»;
- l'octroi par la société dominante de prêts aux sociétés dominées, à des taux d'intérêts plus ou moins avantageux, etc.

Il va de soi que ces transferts patrimoniaux sont souvent freinés par des obstacles de droit public (droit fiscal, contrôle des changes) ou privé (réserves obligatoires des sociétés, droit au dividende des actionnaires), mais il est en pratique très difficile de les contrôler. Comment fixer, par exemple, le «juste prix» d'une transaction effectuée à l'intérieur d'un groupe lorsqu'il n'existe pas de marché libre du produit considéré? En dépit de toutes les dispositions légales, les groupes jouissent donc d'une assez grande liberté dans ce domaine.

2. *Mobilité des cadres*

Dans l'entreprise moderne, les ressources en personnel et en cadres qualifiés sont tout aussi importantes que les ressources matérielles. Ces ressources sont, elles aussi, mobilisées au service du groupe. Il s'agit avant tout du personnel qualifié, non de la main d'œuvre sans spécialisation, qui est recrutée sur place. Le mouvement s'effectue aussi bien de bas en haut, en ce sens que les dirigeants les plus compétents des filiales sont appelés à faire partie de l'état-major du groupe, que de haut en bas, lorsque des «technocrates» formés au siège central sont délégués dans les diverses parties du monde pour contrôler les sociétés dominées. A tout ce personnel, la direction unique s'efforce d'inculquer un nouvel esprit: l'*esprit de groupe*.

La mobilité des cadres est assurée soit par des clauses appropriées, insérées dans les contrats de travail, soit et plus efficacement encore, par la pression de fait qui peut être exercée sur un cadre ayant atteint dans le groupe une certaine situation.

Chapitre 3: Problèmes de droit

Le langage courant reflète correctement la réalité économique lorsqu'on parle des produits d'un groupe, de l'influence d'un groupe, des contrats passés par un groupe. En droit pourtant, le groupe n'existe pas; il ne possède pas la personnalité; il ne peut ni conclure un contrat ni acquérir des droits ou des obligations ni posséder un patrimoine. Ce divorce de plus en plus profond entre la réalité économique et des formes juridiques dépassées engendre un grand nombre de problèmes de droit auxquels le législateur ne s'est jusqu'ici qu'assez mollement attaqué, bien que la doctrine les ait signalés depuis longtemps.

La très grande majorité des sociétés de groupe sont des sociétés anonymes. Il n'est donc pas étonnant que les problèmes de droit les plus urgents se posent dans ce domaine; les lois et projets de lois sur les groupes se sont donc inscrits dans le cadre du *droit de la société anonyme*. Mais quelle que soit l'importance de cet aspect du problème, on ne doit pas oublier que le décalage entre la forme juridique et son contenu, qui caractérise le phénomène du groupe, se fait sentir dans toutes les relations de ce dernier avec les tiers: il s'agit donc d'un problème général de *droit des obligations*. Enfin, le fait que le groupe utilise non seulement des capitaux, mais aussi et surtout des hommes, ne pouvait manquer de se répercuter en *droit du travail*.

A. Groupes de sociétés et droit des sociétés

Certains auteurs n'hésitent pas à considérer la formation des groupes comme le fait le plus caractéristique du droit des sociétés de notre temps[1]. Ainsi que l'a relevé RODIÈRE[2], la législation actuelle est basée sur une conception «atomique» de la société:

[1] HOUIN et GORÈ, La réforme des sociétés commerciales, Recueil Dalloz, 1967, Chronique, p. 123.

[2] RENÉ RODIÈRE, La protection des minorités dans les groupes de sociétés, Revue des sociétés, 1970, p. 243.

celle-ci est considérée comme un être isolé, autonome, indépendant. Cette conception n'est aujourd'hui plus valable dans tous les cas. Les sociétés sont entrées dans une ère «moléculaire»: elles ne sont plus isolées, mais liées entre elles par de multiples combinaisons. La législation ne s'est pas encore adaptée à cette ère nouvelle.

Partant de l'hypothèse d'une société isolée, le législateur a fait de l'intérêt social le critère fondamental d'interprétation du droit des sociétés[3]. Cette hypothèse de base n'est plus conforme à la réalité lorsqu'une société est intégrée au sein d'un groupe, l'intérêt de chaque société étant alors sacrifié au profit de l'intérêt de groupe. Cet intérêt de groupe, nous l'avons vu[4], ne peut pas être comparé à celui des actionnaires majoritaires d'une société autonome. La différence entre une société isolée contrôlée par une majorité stable et une société de groupe a été justement relevée par CHAMPAUD[5]:

> «Une société peut être contrôlée par des personnes physiques et demeurer indépendante. Elle le reste aussi longtemps que la politique économique de l'entreprise est élaborée au sein même de la société par ses contrôlaires, mais indépendamment de toute autorité extérieure. Au contraire, une société perd son indépendance lorsqu'elle fait partie d'un groupe. La filiale est précisément dans ce cas. C'est une société contrôlée par une autre société. Elle est subordonnée à une politique économique qui, pour l'essentiel, se forme hors de son sein.»

Cette différence de nature entre une société autonome et une société de groupe se répercute dans de nombreux domaines.

1. Position des actionnaires minoritaires

La prévalence de l'intérêt de groupe est particulièrement dangereuse pour les actionnaires qui n'ont pas d'intérêts dans la société dominante; on les nomme généralement actionnaires «externes» ou (paradoxalement) actionnaires «libres».

L'assujettissement de la société dont ils font partie à un groupe,

[3] J. SCHAPIRA, L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme, Revue trimestrielle de droit commercial, 1971, p. 957.

[4] Ci-dessus, chap. 2, litt. C.

[5] CHAMPAUD, Le pouvoir de concentration, n° 335, p. 275.

assujettissement qui a souvent lieu à leur insu, ou même contre leur volonté[6], modifie profondément leur situation. Ces actionnaires «externes» sont en principe des actionnaires «bailleurs de fonds», qui du fait même de leur position minoritaire ne peuvent pas et même ne désirent pas participer à la gestion de la société, mais ont intérêt au maintien de la valeur de leurs titres et à la distribution d'un revenu aussi élevé que possible. Les intérêts du groupe ne vont pas du tout dans le même sens, puisqu'ils visent à la réalisation d'un bénéfice global, qui sera affecté selon des priorités tenant peu compte des intérêts particuliers de chaque société dominée. Les actionnaires externes sont donc souvent frustrés du bénéfice de leur investissement. Quant à leurs possibilités de défense, elles sont d'autant plus réduites que les transferts patrimoniaux imposés par la direction unique empruntent des canaux sur lesquels ils n'ont aucun contrôle. Les *informations* dont ils peuvent disposer sont, à cet égard, tout à fait insuffisantes.

Il est cependant juste de relever d'autre part que l'appartenance à un groupe n'a pas toujours que des effets négatifs. Souvent, une société en mauvaise posture ne peut éviter la déconfiture qu'en s'intégrant dans un ensemble plus vaste et plus puissant. Il est évident que dans cette hypothèse les actionnaires libres y trouvent aussi leur profit.

2. *Position des organes sociaux*

Au sein d'un groupe, la fonction des organes sociaux se trouve profondément modifiée.

a) Administration

Le législateur a dévolu à l'administration le pouvoir de gérer et de représenter la société. Si ce pouvoir peut être délégué dans une large mesure à des tiers (directeurs) ou à certains membres du conseil (administrateurs-délégués), il n'en reste pas moins que l'administration ne saurait se soustraire à son devoir général de surveillance et à la responsabilité qui en est la contre-partie.

[6] En cas de cession de contrôle, voir chap. 1 litt. A, ch. 1.

Au sein d'un groupe, ce schéma légal n'est plus qu'une fiction. Certes, l'indépendance dont jouissent les sociétés dominées peut varier selon les groupes et selon les circonstances. Mais de toutes manières, et c'est là la justification même de la direction unique, les décisions les plus importantes sont prises en dehors de la société dominée. Ces décisions sont parfois notifiées à la filiale par l'intermédiaire de son administration: celle-ci ne peut alors que se plier à la décision ou se voir immédiatement révoquée. Le dilemme «se soumettre ou se démettre» est applicable aux dirigeants de sociétés dominées. Parfois aussi, la direction centrale envoie directement ses instructions au personnel exécutant des filiales, mettant ainsi pratiquement l'administration «hors circuit». Celle-ci ne conserve plus même ses prérogatives de surveillance, car ce domaine est précisément l'un de ceux que la direction unique se réserve volontiers.

Or, l'administration d'une société dominée reste cependant responsable en vertu de dispositions légales impératives, tant à l'égard des actionnaires que des créanciers sociaux, d'une gestion qu'elle n'est pratiquement plus en mesure d'exercer.

Cette position est très inconfortable, à tel point qu'on a pu dire que les administrateurs de filiales sont condamnés à «naviguer entre la révocation et la correctionnelle». Que cette «navigation» soit pourtant aujourd'hui moins dangereuse qu'on pourrait le croire, tient plutôt à une mauvaise application qu'à une carence de la loi. Les dispositions relatives à la responsabilité des administrateurs ne sont guère utilisées, ceci pour des raisons tenant aussi bien à la passivité des minorités qu'à leur ignorance. La situation pourrait bien changer en cas de crise, pour autant que les actionnaires prennent conscience de leurs droits.

b) Assemblée générale

Le déplacement du pouvoir de l'assemblée des actionnaires vers les organes dirigeants qui forment la «technostructure»[7] de la société est un phénomène général dont la présence se manifeste dans toutes les grandes entreprises. Les actionnaires qui n'ont ni le temps ni les informations, ni les compétences qui seraient nécessaires pour suivre des affaires de plus en plus complexes, se bornent le plus souvent – s'ils se donnent la peine d'assister aux assemblées

générales – à entériner les propositions du conseil d'administration. Celui-ci s'assure d'ailleurs par avance d'une confortable majorité, que ce soit par des conventions de vote ou au moyen des pouvoirs conférés aux banques. La conception du législateur, qui faisait de l'assemblée générale des actionnaires «le pouvoir suprême de la société», est donc déjà dépassée dans le cadre d'une société autonome. Elle l'est infiniment plus dans le cadre d'un groupe, qu'il s'agisse de l'assemblée générale de la société dominante ou de celle des sociétés dominées.

Pour l'assemblée générale de la société dominante, l'impossibilité pratique d'exercer un pouvoir effectif résulte de la complexité des structures du groupe et de l'insuffisance des informations dont elle dispose. Même si un bilan consolidé est soumis à l'actionnaire – ce qui n'est pas toujours le cas – ce document ne lui permet pas d'apprécier, ni même de déceler, les transferts d'actifs ou de bénéfices qui ont lieu à l'intérieur du groupe par des moyens étrangers au droit des sociétés.

D'autre part, il n'est pas rare qu'une partie des actions de la société dominante soit détenue par des filiales[8]. Son administration peut alors exercer une influence directe sur l'assemblée générale en dirigeant le vote des filiales dans le sens qu'elle désire. En dehors de tout droit des groupes, de nombreuses législations contiennent déjà des dispositions tendant à lutter contre cet abus des participations réciproques, mais cette tâche est ardue lorsque les participations sont complexes et imbriquées[9].

Quant à l'assemblée générale de la société dominée, il faut constater que sa souveraineté n'est plus guère qu'une fiction, la notion même de «pouvoir suprême» étant incompatible avec celle de «dépendance économique» qui caractérise une filiale. Les décisions importantes sont en réalité prises en dehors d'elle.

Pourtant, hors le cas des filiales à cent pour cent, l'existence d'actionnaires «externes» impose à la direction unique des contraintes de gestion, soit que certaines décisions exigent une majo-

[7] Selon l'expression utilisée par J.K. GALBRAITH.

[8] Voir à ce sujet l'exemple d'Unilever cité au chapitre 2 litt. B, ch. 1.

[9] Sur ce sujet L. DALLÈVES, Les participations réciproques, p. 13 ss.

rité qualifiée dont la société dominante ne dispose pas, soit encore que chaque actionnaire puisse individuellement attaquer les décisions de l'assemblée générale contraires à la loi ou aux statuts. Ces différentes possibilités seront examinées dans la deuxième partie.

L'assemblée générale d'une filiale commune est un cas tout à fait particulier. Par définition même, la filiale commune dépend de plusieurs autres sociétés dont aucune n'est en mesure d'exercer, à elle seule, un influence décisive. Le fonctionnement normal de l'assemblée générale des filiales communes est assuré par cet équilibre, si bien que l'on peut dire que ces sociétés «sont peut-être les seules sociétés par actions à fonctionner selon l'esprit de la loi, et cela parce qu'elles sont les seules dont tous les actionnaires se veulent associés et assument les obligations et exercent les prérogatives qui sont attachées à cette qualité»[10].

c) Contrôle

Dans un groupe de sociétés, le contrôle est avant tout une *affaire interne*. Tout les groupes importants ont mis en place un système de contrôle permettant à la direction unique de surveiller la réalisation des objectifs fixés par le groupe et la situation économique et financière des filiales. Ce sont les résultats de ce contrôle interne et para-légal, qui intéressent au premier chef la société dominante.

L'organe de contrôle légal est ainsi relégué au second plan et n'est d'ailleurs pas en mesure de remplir sa fonction de manière satisfaisante.

Nommé par la société dominante, dont souvent il est économiquement dépendant[11], il ne possède pas l'impartialité qui serait la meilleure garantie des actionnaires libres. Mais surtout son pouvoir d'investigation, limité à la société dont il doit vérifier les comptes, n'est pas assez étendu pour qu'il puisse remplir sa mission. Comment pourrait-il apprécier des opérations dont les tenants et

[10] CHAMPAUD, Les méthodes de groupement, nº 16.

[11] Même s'il n'est pas à proprement parler un employé de la société dominante, celle-ci peut lui confier de nombreux mandats aboutissant pratiquement au même résultat.

les aboutissants lui sont inconnus? Tout au plus pourra-t-il veiller à l'application purement formelle des dispositions légales. Comme celle des administrateurs des sociétés dominées, la position de leurs contrôleurs peut donc devenir inconfortable.

3. Position des créanciers sociaux

La situation des créanciers d'une filiale peut être rapprochée de celle de ses actionnaires «externes». Comme eux, les créanciers sont menacés par les «transferts occultes d'actifs qui se produisent au sein des groupes, sans entraîner un transport de leurs créances, auquel la persistance de la personnalité morale du débiteur s'oppose»[12]. Ces transferts d'actifs, nous l'avons vu, sont inhérents à la nature même du groupe et nécessaires à son efficacité. Mais ils peuvent conduire parfois à «vider de sa substance»[13] une filiale au profit d'une autre ou même de la société dominante.

«La filiale est souvent à tel point endettée envers la société dominante qu'elle ne peut plus faire face à ses obligations et continuer l'exploitation normale de son entreprise sans l'aide de cette dernière. Un danger existe donc pour les créanciers et l'on peut présumer qu'il va de pair avec une direction unifiée répartissant les bénéfices entre les diverses sociétés en fonction de l'intérêt du groupe.»[14] Ce danger est d'autant plus grand que, sauf cas spéciaux, la société dominante ne peut ni être tenue pour responsable de la gestion des sociétés dominées ni être tenue pour responsable de leurs dettes[15].

B. Problèmes généraux de droit des obligations

Toute personne entrant en contact volontairement (par la conclusion d'un contrat) ou involontairement (à la suite d'un acte

[12] C. CHAMPAUD, Le pouvoir de concentration, p. 273.

[13] Selon les termes utilisés par le prof. Sanders dans le Commentaire de son Projet d'un Statut d'une société anonyme européenne, ad Art. VII.

[14] A. PETITPIERRE-SAUVAIN, Groupes de sociétés, p. 129/130.

[15] Voir à ce sujet la IIe partie.

illicte) avec un groupe de sociétés se trouve confrontée avec la question de savoir à qui elle peut et doit s'adresser pour obtenir l'exécution des obligations assumées à son égard, le paiement de sa créance, ou encore la réparation du dommage qui lui a été causé. A l'exception du volumineux ouvrage de REHBINDER[16], les études systématiques font presqu'entièrement défaut dans ce domaine, et la jurisprudence tranche de cas en cas. Nous ne pouvons entreprendre d'étudier ici ce vaste domaine, et devons nous borner à signaler les problèmes principaux.

1. Dans le domaine contractuel

a) Identité du co-contractant

Le premier problème se posant à celui qui passe un contrat «avec un groupe» est celui de l'*identification du co-contractant,* c'est-à-dire de la personne ou de la société liée par le contrat.

Si ce problème d'identification est généralement évité dans les groupes importants et bien dirigés, par une rédaction suffisamment claire et précise des contrats, il n'en va pas toujours de même dans les petits groupes et les sociétés à membre unique[17]. La même personne a souvent le pouvoir d'engager aussi bien la société dominante qu'une ou plusieurs sociétés dominées. L'exécution du contrat peut incomber soit à la société dominante, soit à une société dominée, soit encore à plusieurs d'entre elles en collaboration. Il est d'autre part fréquent que le tiers qui traite avec le groupe ignore cette complexité interne. Quelle sera alors la société liée par le contrat?

La solution de ce problème d'identification, difficile à résoudre, doit être cherchée dans l'interprétation de la volonté des parties et l'application des règles de la représentation.

[16] ECKHARD REHBINDER, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, Bad Homburg/Berlin/Zurich 1969.

[17] Relevons à ce sujet qu'au sens de la définition donnée par le droit allemand il suffit pour qu'il y ait «Konzern» qu'une entreprise individuelle dirige une seule société.

En ce qui concerne l'*interprétation du contrat* lui-même, il paraît équitable d'imposer au groupe un certain *devoir d'information* et, en cas de doute, de lui faire supporter les conséquences d'une obscurité qu'il lui aurait appartenu de dissiper.

«Celui qui fait partie d'un groupe est ‹expert› dans l'organisation du groupe. Il connaît les membres du groupe et le domaine de leurs compétences; tel n'est généralement pas le cas pour le co-contractant, sauf si le nom et l'activité des différents membres du groupe se distinguent clairement, et si l'existence du groupe comme entité complexe résulte de l'offre ou est connue des milieux d'affaires intéressés. Si tel n'est pas le cas, le membre du groupe qui émet ou reçoit une déclaration de volonté doit faire preuve d'une diligence particulière à l'égard des tiers; un devoir de contrôle et d'information lui incombe vis-à-vis du co-contractant, ignorant de l'organisation du groupe: le risque est déplacé sur le groupe.»[18]

L'application du *droit de la représentation* mérite une attention particulière. Il est fréquent qu'une société dominante conclue un contrat «pour elle-même et ses filiales». Il se peut alors que la société-mère soit au bénéfice de procurations en bonne et due forme des filiales, mais cette précaution est le plus souvent omise car la société-mère agit *en vertu de son pouvoir général de direction.* La solution pourra souvent consister à admettre un pouvoir de *représentation tacite,* soit parce que la ou les filiales ont déjà dans le passé exécuté de tels contrats conclus par la société-mère et s'y sont régulièrement tenues, soit parce que la filiale participe à la négociation du contrat sans s'y opposer, etc.

En l'absence de pouvoirs exprès ou tacites, la doctrine dominante dénie à la société-mère le droit d'engager la filiale; cela constituerait une intrusion inadmissible dans sa sphère juridique autonome[19].

b) Responsabilité contractuelle d'une société dominante pour le fait des filiales non liées par le contrat

Le problème le plus important et le plus fréquent du droit des groupes est celui de la responsabilité de la société dominante, non partie au contrat, pour les dettes contractées par une société do-

[18] REHBINDER, Konzernaußenrecht, p. 146.

[19] REHBINDER, Konzernaußenrecht, p. 381 et références citées à la note 73.

minée. Ce problème sera traité plus en détail dans la seconde partie[20]. La question qui nous occupe ici est différente. Elle se pose lorsque le contrat est conclu par la société dominante elle-même sans qu'il soit prévu, comme c'est parfois le cas, que les obligations contractées par elle devront également être respectées par les filiales. Celles-ci, étant juridiquement indépendantes, ne sont pas liées par un contrat conclu par la tête du groupe. Qu'en est-il dès lors si elles violent les dispositions de ce contrat, par exemple une interdiction de concurrence?

Dès lors que nous avons admis que la société dominante ne possède en principe pas le pouvoir de représenter les sociétés dominées, la responsabilité contractuelle de ces dernières doit être exclue. Par contre, la responsabilité de la société dominante peut être envisagée et il convient de distinguer ici plusieurs hypothèses. La première est celle où la société dominée est liée à la société dominante par un contrat dit «de domination» (tel que connu en droit allemand). La société dominante est alors en droit de donner à la société dominée des *instructions obligatoires*[21]. Si le sens du contrat indique qu'une obligation assumée par la société dominante concerne l'ensemble du groupe, il serait contraire à la bonne foi que la société dominante ne fit pas usage de son droit d'instruction pour empêcher les sociétés dominées de violer le contrat. Sa responsabilité est donc engagée. A défaut de contrat de domination, la société dominante ne peut exercer sur les filiales qu'un *pouvoir de fait*. Dans ce cas, il faut aussi admettre une responsabilité de la société dominante lorsqu'elle *use positivement* de ce pouvoir de fait pour se soustraire – par filiales interposées, à ses obligations[22]. Dans l'un des rares arrêts rendus en cette matière, le Tribunal fédéral semble se rallier à cette opinion. S'agissant d'un cas de société à membre unique, il a reconnu la responsabilité de l'actionnaire qui avait utilisé sa société pour tourner une interdiction de concurrence à laquelle il était personnellement tenu[23].

[20] Ci-dessous, chapitre 7.

[21] C'est le «Weisungsrecht» prévu par le paragraphe 308 de l'*Aktiengesetz*.

[22] WERNER VON STEIGER, Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz, Rapport à la Société Suisse des juristes, Bâle 1943, p. 305a ss.

[23] RO 72 II 67 = JT 1947, 1117.

Mais la question reste à notre avis ouverte lorsque la société dominante ne cherche pas positivement à se soustraire à ses obligations contractuelles, mais se borne à *tolérer* leur violation. Le degré de dépendance des filiales, leur situation géographique, leur importance par rapport à la société dominante, seront alors autant de points qu'il faudra prendre en considération pour décider de l'imputation de leurs actes à la société-mère[24].

Un autre problème est celui de l'*exécution forcée*. Supposé qu'une société dominante soit rendue responsable d'un comportement déterminé d'une filiale, doit-elle être condamnée à des dommages-intérêts ou bien, tirant les conséquences du pouvoir de fait s'exerçant au sein du groupe, peut-on la condamner à faire respecter par la filiale un comportement conforme au contrat? Si le droit américain ne connaît que la première solution, la doctrine allemande, par contre, admet que la société dominante fasse l'objet d'un jugement en exécution du contrat[25]: il lui appartiendra cependant de choisir elle-même le moyen d'exécuter le jugement, soit en usant de son influence sur la filiale, soit éventuellement même en aliénant la participation visée par le jugement.

c) Responsabilité contractuelle d'une société dominée pour le fait de la société dominante ou d'une société sœur non liée par le contrat

Si la responsabilité d'une société dominante pour le fait des sociétés dominées peut être basée sur le pouvoir de fait exercé par la première sur les secondes, il n'en va pas de même dans le cas inverse.

Comme l'a relevé VON STEIGER[26], la société dominée n'est pas en mesure d'influencer l'activité de la société dominante ou d'une

[24] Une affaire jugée par le Reichsgericht (RGZ 142, 219, cité par REHBINDER, Konzernaußenrecht, p. 173) illustre les difficultés qui peuvent se présenter à ce sujet. Une société dominante, liée par une interdiction de concurrence, avait acquis *postérieurement* une nouvelle filiale dont l'activité, basée sur des contrats en cours, était incompatible avec cette interdiction. Il y avait donc conflit entre les obligations contractuelles de la filiale et celles de la société-mère. Le Reichsgericht libéra cette dernière de toute responsabilité du fait de la concurrence menée par la filiale.

[25] REHBINDER, Konzernaußenrecht, p. 190, avec les références citées.

[26] W. VON STEIGER, Holdinggesellschaften, p. 306a.

société sœur. Elle ne peut donc être tenue pour responsable, si ces dernières ne respectent pas un contrat conclu par elle. Le contrat passé avec une filiale déploie donc des effets plus «faibles» qu'un contrat passé avec une société dominante, et les tiers ne peuvent l'ignorer.

La jurisprudence allemande – qui n'est d'ailleurs pas abondante sur le problème – semble se rallier à cette position. Une responsabilité de la filiale ne serait admise que dans la mesure où celle-ci contribuerait elle-même, en collaborant dans ce but avec la société mère, à l'inefficacité du contrat[27].

2. *Dans le domaine délictuel*

Plus que celui des contrats, le droit de la responsabilité civile tend à la réalisation d'un ordre *objectif*. Il est fondé sur l'idée que celui qui exerce le pouvoir et retire les profits d'une affaire doit aussi en supporter les risques. On peut dès lors être tenté de reporter sur la tête du groupe, qui exerce le pouvoir et concentre les bénéfices, la responsabilité des actes de tous ses membres. Il est intéressant de constater à ce sujet que le nombre des cas dans lesquels les tribunaux américains ont rendu une société dominante responsable des actes d'une filiale est plus élevé dans le domaine délictuel que dans le domaine contractuel[28]. Il serait pourtant bien trop simpliste d'en tirer la conclusion que, par le seul fait du contrôle qu'elle exerce, la société dominante doit toujours être rendue responsable des actes illicites de sa filiale. Non seulement une telle

[27] Un arrêt du Tribunal du Land de Francfort (non publié) du 30.4.1965 (cité par REHBINDER, Konzernaußenrecht, p. 281) traite des faits suivants: La filiale allemande d'une entreprise française, agissant comme agent général de cette entreprise, avait conclu avec une firme allemande un contrat de vente avec exclusivité dans un territoire déterminé. Plus tard, la société mère française n'en livra pas moins directement à d'autres importateurs domiciliés sur le territoire réservé à la firme allemande. L'action dirigée contre la filiale fut rejetée, le tribunal constatant qu'elle n'était pas en mesure d'influencer le comportement de la société mère et qu'au surplus elle n'était pas de connivence avec elle.

[28] REHBINDER, Konzernaußenrecht, p. 492.

solution serait-elle contraire à la réalité économique, où l'on trouve souvent des filiales dotées d'une large indépendance à laquelle doit logiquement correspondre une aussi large responsabilité, mais encore une règle si rigide, de par les dangers qu'elle ferait courir à la société dominante, l'obligerait à contrôler ses filiales de très près au détriment d'une saine et nécessaire décentralisation. Les solutions doivent être nuancées.

a) Responsabilité propre de la société dominante pour le fait d'une société dominée

En droit suisse, selon l'art. 50 CO, «lorsque plusieurs ont causé ensemble un dommage, ils sont tenus solidairement de le réparer, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre l'instigateur, l'auteur principal et le complice». L'instigateur est celui qui incite intentionnellement ou par négligence une personne à commettre un acte illicite, alors que le complice est celui qui favorise un tel acte[29].

Sans qu'il soit nécessaire d'approfondir ici l'exégèse de cet article, on peut brièvement se demander si et dans quel cas la société dominante, de par la position même qu'elle occupe, peut ou doit être considérée comme l'instigateur ou la complice d'un acte illicite commis par une société dominée, ce qui entraînerait sa responsabilité solidaire. Il faut distinguer plusieurs situations.

- Si la société dominante *favorise elle-même le délit* (par exemple concurrence déloyale) soit activement, soit même par négligence (elle ne donne pas à la filiale les instructions nécessaires) il paraît évident que sa propre responsabilité est engagée[30].
- La question est plus délicate lorsque la société dominante ne favorise pas directement le délit, mais en quelque sorte y participe du seul fait que l'acte illicite s'inscrit dans le *cadre de la planification du groupe,* des directives générales données par la direction unique. Il paraît difficile de donner dans une telle situation une réponse décisive. Seule, à notre avis, l'appréciation de toutes les circonstances tels que le degré d'autonomie de la filiale, la nature de l'acte envisagé, etc. permettent de déterminer si l'influence de

[29] A. von Tuhr, Partie générale du Code fédéral des Obligations (traduction française), Lausanne 1933, p. 364.

[30] Même solution en droit allemand et américain, cf. Rehbinder, Konzernaußenrecht, p. 495/96 et références citées.

la société dominante atteint, dans chaque cas d'espèce, une «intensité» telle qu'on puisse la considérer comme co-auteur, instigateur ou complice.

- Enfin, l'on trouve, à l'extrême opposé, des cas dans lesquels *la filiale agit dans sa sphère d'autonomie*. Il s'agira surtout du domaine technique (fabrication, production, vente) dans lequel la direction unique n'intervient souvent pas. On ne saurait dans ce cas admettre la responsabilité solidaire de la société dominante.

b) Responsabilité dérivée de la société dominante pour le fait d'une société dominée

Lorsqu'une responsabilité directe ne peut être mise à la charge de la société dominante, on peut encore se demander s'il n'est pas possible, dans certains cas, de lui imputer les actes de ses filiales considérées comme ses auxiliaires. En droit suisse, la règle entrant en considération est celle de l'art. 55 CO (responsabilité de l'employeur). Elle institue une responsabilité causale atténuée par la possibilité d'une preuve libératoire[31]. Elle est fondée sur le devoir de surveillance incombant à celui qui se sert d'auxiliaires. Comme l'a dit le Tribunal fédéral, celui qui utilise les services d'un autre pour faire accomplir quelque chose dans son propre intérêt doit supporter les risques qui en découlent pour les tiers[32]. Il n'est pas nécessaire que la relation entre employeur et auxiliaire dérive d'un contrat de travail, ni même d'un contrat. Un rapport de fait suffit, pourvu qu'il permette à l'employeur d'exiger les services de l'auxiliaire. Ce qui est donc essentiel, c'est l'existence d'une *subordination juridique ou économique*[33].

L'application de ces principes généraux à la responsabilité de la société dominante fait l'objet de controverses. Certains auteurs, mettant l'accent sur la *dépendance économique* dans laquelle se trouve la filiale, sur la nécessité pratique de suivre les instructions de la société mère qui s'impose à elle, concluent à une application

[31] VON TUHR, Partie générale du CO, p. 351. KARL OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zurich 1960, Vol. II, 1, p. 97.

[32] RO 46 II 126; RO 50 II 470.

[33] OFTINGER, Haftpflichtrecht, II, 1, p. 132 ss.

par analogie de l'art. 55 CO[34]. D'autres, au contraire, soulignant l'*indépendance juridique* des sociétés dominées, et notamment le fait que leur conseil d'administration reste libre – en droit sinon en fait – de ne pas exécuter les instructions de la direction unique[35], estiment que la responsabilité de l'employeur n'est pas applicable dans cette hypothèse[36].

Une solution intermédiaire nous paraît préférable. Dès lors, que la doctrine admet que la relation employeur – auxiliaire, au sens de l'art. 55 CO, peut résulter d'une simple subordination de fait, l'application de cet article à la relation société mère – filiale ne paraît pas devoir être, a priori, exclue. Mais tout dépendra des circonstances d'espèces. S'agissant d'une filiale à 100%, dirigée par la société mère comme un établissement sans indépendance, l'art. 55 CO doit pouvoir être appliqué. Ainsi que nous l'avons relevé au début de ce paragraphe, le droit délictuel vise à instaurer un ordre objectif, et la réalisation de cet ordre ne doit pas dépendre du fait que, pour des raisons quelconques (par exemple fiscales), la société dominante a décidé d'ériger telle usine en société indépendante.

La solution sera différente si la filiale jouit d'une certaine autonomie et a agi dans ce cadre; car là où se termine le pouvoir de contrôle et de surveillance, là s'arrête également la responsabilité.

C. Problèmes de droit du travail

1. La relation individuelle de travail

La situation du *personnel subalterne* des groupes pose relativement peu de problèmes. Le personnel subalterne est engagé localement

[34] A. SIEGWART, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, vol. 5a, Die Aktiengesellschaft, Zurich 1945, Einleitung, Rem. 199.

[35] Voir à ce sujet IIe Partie, chap. 7 litt. A.

[36] W. VON STEIGER, Holdinggesellschaften, p. 314a. Voir aussi A. PETITPIERRE-SAUVAIN, Groupes de sociétés, p. 88, qui qualifie l'application de l'art. 55 CO de «construction particulièrement artificielle car trop éloignée du but originairement assigné à cette disposition».

par la société du groupe qui l'emploie. Il n'a de rapport qu'avec elle et sa position n'est donc guère différente de celle du personnel d'une société isolée.

La situation des *cadres* n'est pas la même. *Formellement,* ils ne peuvent être que les employés d'une société déterminée, qu'il s'agisse de la société mère ou d'une de ses filiales[37]. *Economiquement,* ils sont pourtant considérés – et d'ailleurs se considèrent eux-mêmes – comme les employés du groupe. C'est de la direction unique qu'ils dépendent effectivement dans tous les domaines importants. C'est elle qui décide de leur transfert, selon les besoins, d'une filiale à une autre, ou encore à la société mère. Il est tentant de tirer de cette réalité économique des conséquences juridiques, et de considérer le groupe comme le véritable employeur. Ceci est pourtant impossible, le groupe n'ayant pas de personnalité juridique; certains auteurs ont dès lors proposé de considérer comme employeur la société dominante du groupe[38]. Cette solution soulève également de nombreuses objections. Tout d'abord, lorsque l'employé n'a jamais ni travaillé ni conclu de contrat avec la société dominante, mais a exercé successivement son activité dans plusieurs filiales, il apparaît assez audacieux de considérer comme employeur cette société dominante qui n'a jamais été partie au contrat de travail. Va-t-on, sur la seule base de l'influence qu'elle a pu exercer sur la relation de travail, la condamner à verser un salaire, ou une indemnité de résiliation? La jurisprudence, à notre connaissance, n'en donne pas d'exemple. Il se peut aussi que la direction unique du groupe ne soit pas une société jouissant de la personnalité juridique (par exemple société simple) et on se demande alors qui devrait être considéré comme l'employeur (tous les membres de la société simple solidairement?). Enfin, le pro-

[37] Les groupes adoptent en pratique deux systèmes, s'agissant de l'engagement de leur personnel dirigeant: celui du contrat unique avec la société mère (le salaire étant payé parfois par la fille) ou celui des contrats successifs avec les mères et filles pour lesquelles l'employé travaille. Cf. BLAISE KNAPP, La protection des travailleurs dans les groupes internationaux de sociétés, Rapport au Colloque sur le droit international privé des groupes de sociétés de mai 1973, Genève (en cours de publication).

[38] Ainsi KNAPP, dans le rapport cité à la note précédente.

blème reste ouvert dans le cas des filiales communes, puisque par définition elles dépendent à la fois de plusieurs sociétés dont aucune ne peut être qualifiée de dominante.

La jurisprudence a cependant cherché à tenir compte de la réalité économique en reconnaissant l'*unité du contrat de travail,* lorsque celui-ci a été exercé successivement au service de sociétés du même groupe, nonobstant la conclusion formelle de contrats distincts avec chacune de ces sociétés. C'est ainsi que les *tribunaux français* notamment ont appliqué ce principe au calcul de l'ancienneté[39], à l'exercice des voies de recours (autorisation d'assigner solidairement les divers employeurs)[40], et à la modification des conditions de travail[41]. *En droit anglais,* la continuité de la relation de travail est expressément prévue par le Contracts of Employment Act, 1972, Schedule I, art. 10. «Si l'employé passe d'une société mère à une fille et vice-versa, ou encore passe d'une fille à une autre, la continuité de ses services est considérée comme n'étant pas interrompue et le dernier employeur apparent doit tenir compte des services antérieurs au sein du groupe.»[42]

Enfin, il faut signaler que la plupart des législations admettent que «si l'employeur change sans que l'organisation et le travail effectué se modifient, le nouvel employeur est lié par les relations de travail de son prédécesseur»[43].

[39] Cass. 23 juin 1960, Bull. civ. 1960, IV, n° 678 p. 525; Cass. 30 juin 1960, Bull. civ. 1960 IV, n° 717, p. 555.

[40] Cass. 28 juillet 1952, Bull. civ. Section sociale, n° 661, p. 475; Cass. 15 juin 1960, Bull. civ. 1960, IV, n° 629, p. 490.

[41] Cass. 12 novembre 1969, Bull. civ. 1969, V, n° 607, p. 509.

[42] A l'exception des périodes d'emploi hors de Grande Bretagne, à moins que l'employé travaille d'ordinaire dans ce pays et que le travail exécuté hors du pays soit pour le même employeur. Cf. KNAPP, Rapport n° 51.

[43] KNAPP, Rapport, n° 38. Ce principe figure expressément dans le Code du Travail (français), Livre premier, Art. 23 al. 8 dont la teneur est la suivante: «S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation des fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel entrepreneur et le personnel de l'entreprise.»

2. *Co-gestion et participation*

a) Co-gestion

Nous ne pouvons ici faire plus qu'énumérer les problèmes soulevés par les groupes, lorsque la loi prévoit que les travailleurs devront être associés à la gestion de l'entreprise. Pour que la co-gestion soit efficace, il faut que les travailleurs puissent être représentés au plus haut niveau de la direction du groupe. Le législateur allemand, qui est pour le moment le seul à avoir reconnu l'existence des groupes de sociétés, en a logiquement tiré les conséquences en droit du travail. Il a, en effet, prévu la possibilité de créer dans chaque groupe défini selon le § 18 al. 1 AktG un «Konzernbetriebsrat» (conseil de groupe) qui est formé de délégués des conseils d'entreprise. Ce conseil de groupe est compétent pour traiter les affaires concernant le groupe lui-même, ou plusieurs de ses entreprises[44]. Lorsque la loi prévoit la co-gestion, mais ne connaît pas la notion de groupe (ce qui est actuellement le cas en France), les comités d'entreprise ne sont créés qu'au niveau de chaque entreprise ou société du groupe. Le conseil d'entreprise de la société mère n'est alors pas représentatif de l'ensemble du groupe; il se peut qu'il n'ait qu'une importance très restreinte (par exemple si la société mère est une holding utilisant peu de travailleurs). Cette situation insatisfaisante a conduit les auteurs à chercher une solution dans la notion d'entreprise. Lorsque certaines conditions sont remplies (identité de locaux, de dirigeants, et surtout d'objet économique) le groupe pourrait être assimilé à une entreprise unique, ce qui justifierait l'installation au niveau de la société dominante d'un comité central d'entreprise[45].

Dans un domaine voisin, le Tribunal fédéral suisse a admis l'application de la loi sur le travail à deux entreprises qui employaient ensemble plus de six travailleurs, alors que chacune d'elle séparément n'atteignait pas ce nombre, qui est une condition nécessaire de l'assujettissement à la loi.

[44] *Betriebsverfassungsgesetz* du 15. 1. 1972, § 54ss.

[45] MICHEL DESPAX, Groupe de sociétés et institutions représentatives du personnel, JCP, 1972, I, nº 2465.

«... Lorsque le personnel de deux entreprises travaille en majeure partie pour l'une et l'autre dans les mêmes locaux, il est exposé aux mêmes risques et n'a pas moins besoin de protection que s'il appartenait à une seule entreprise. En l'occurrence, il y a lieu d'admettre que les deux entreprises n'en forment qu'une, c'est-à-dire de tenir compte de l'effectif total de leur personnel pour appliquer l'art. 5 al. 2 litt. a) de la loi. *La réalité économique doit donc l'emporter sur la structure juridique.*» (*Italique* par nous.)[46]

b) Participation

Lorsque la législation[47] ou les statuts des sociétés prévoient une participation des salariés aux fruits de l'expansion de l'entreprise, des distortions entre les avantages obtenus par les employés des diverses sociétés du groupe peuvent facilement se produire. De même que les actionnaires minoritaires des sociétés de groupe, les travailleurs peuvent être les victimes des transferts patrimoniaux ordonnées par la direction unique dans l'intérêt du groupe. Il se peut notamment que les bénéfices soient transférés dans une société étrangère ne connaissant pas le système de la participation.

Dans le but de pallier ce danger, la proposition de loi Cousté[48] prévoit un article 24 déclarant applicable aux travailleurs participants aux fruits de l'expansion les dispositions relatives à la protection des actionnaires externes. Mais comme l'a relevé Paillusseau, «le renvoi n'a pas grand sens car la protection de ces derniers est trop spécifique pour pouvoir être étendue au personnel. Tout sur ce point reste à faire»[49].

[46] RO 93 I 378 (citation p. 381). Dans le même sens RO 97 I 736.

[47] Par exemple en France l'Ordonnance n° 67693 du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises.

[48] Voir ci-dessous, Chapitre 4, droit comparé.

[49] JEAN PAILLUSSEAU, Faut-il en France un droit des groupes de sociétés? (à propos de la proposition de loi Cousté), JCP, 1971, I, n° 2401bis.

Chapitre 4: Droit comparé

A. Aperçu général

Avant d'examiner la question de l'utilité d'un droit suisse des groupes, il paraît opportun d'examiner rapidement l'état de la législation dans les pays qui nous entourent.

Le *droit allemand* est le seul qui connaisse une réglementation systématique des groupes. Déjà l'*Aktiengesetz* du 30 janvier 1937 contenait une définition de la société dépendante et de la société dominante, ainsi qu'une définition du «Konzern» (article 15). L'*Aktiengesetz* du 6 septembre 1965 a précisé et a élargi ces notions en élaborant un véritable droit des groupes («Konzernrecht»), qui est l'une des innovations essentielles de cette loi.

En France, la loi du 24 juillet 1966 contient une section intitulée «Filiales et participations», mais les dispositions contenues dans cette section sont fragmentaires et ne concernent que l'information des associés, l'interdiction des participations réciproques au delà d'un seuil de 10%, et les incompatibilités. Une «Proposition de loi sur les groupes de sociétés et la protection des actionnaires et du personnel», a été déposée sur le bureau de l'Assemblée Nationale le 9 avril 1970 par les députés Cousté et consorts. Cette proposition, inspirée de l'exemple allemand, dont elle diverge cependant profondément, a donné lieu à de nombreuses discussions dans la doctrine[1] mais n'a pas eu pour l'instant de suite législative.

En Italie[2], la loi définit la société contrôlée et la société domi-

[1] Voir notamment «La protection des minorités dans les groupes de sociétés» (sur la proposition de loi n° 1055 du 9.4.70) par RENÉ RODIÈRE, Revue des Sociétés, 1970, p. 249–266; «Faut-il en France un droit des groupes de sociétés? (à propos de la proposition de loi Cousté)» par J. PAILLUSSEAU, JCP, 1971, I, n° 2401bis; Une lacune importante dans la proposition de loi Cousté sur les groupes de sociétés et la protection des actionnaires par JEAN LEBLOND, Gazette du Palais 1971, nos 111–113; Observations à propos de la proposition Cousté. Extrait de «Les groupes de sociétés dans le droit français», par PIERRE DELAISI, Gazette du Palais 1971, Doctrine, p. 366–367; L'autonomie patrimoniale des sociétés. Réflexions sur les finalités d'une organisation juridique des groupes par R. CONTIN et H. HOVASSE, Recueil Dalloz, Sirey, 1971, Chronique XXVIII.

[2] Voir à ce sujet notamment FERRI, La Società, in: Trattato di diritto civile di Vassalli, Vol. X, T. 3, p. 698. En ce qui concerne les projets de réforme Piras,

nante, mais cette définition ne concerne que des règles limitées telles que: interdiction des souscriptions réciproques d'actions (art. 2360 CCI), interdiction pour une société dominée d'investir son capital en actions de la société qui la contrôle (art. 2359), incompatibilités.

En Belgique[3], les lois coordonnées du 30 novembre 1935 sur les sociétés commerciales ignorent la notion de groupe. Toutefois, la Commission bancaire, dans ses recommandations dont l'autorité n'est pas discutée, a posé un certain nombre de règles visant à la publicité des participations[4], l'interdiction des participations réciproques[5], etc. Le projet de réforme du droit des sociétés commerciales, à l'étude depuis 20 ans, ne vise pas à la mise sur pied d'un véritable droit des groupes, mais plutôt à la répression de certains abus commis par filiales interposées.

En Angleterre[6], la loi distingue entre les sociétés liées («Interconnected Companies») et les groupes de sociétés («Group of Companies»). Il est impossible de donner ici ne fut-ce qu'une esquisse d'un droit assez différent, dans sa conception même, des systèmes continentaux. Disons simplement que le législateur anglais a considéré que le seul fait de mettre en lumière les relations internes du groupe était de nature à combattre efficacement la plupart des abus, d'où l'importance accordée à la publicité, et les pouvoirs d'enquête dont est revêtu le Board of Trade, auquel les actionnaires victimes d'une «oppression» de la majorité peuvent s'adresser.

Sur le plan européen[7], les services de la CEE ont été attentifs à

Collegamenti fra società e tipificazione delle imprese di gruppo, dans La Riforma delle società in Italia, Milano 1968, Vol. III, p. 1150.

[3] Voir notamment pour la situation actuelle en droit belge GUY KEUTGEN, Les groupes au regard du droit belge des sociétés, Rapport au Congrès de Liège d'octobre 1972, en cours de publication.

[4] Rapports de la Commission bancaire 1946–47, p. 87, 1958–59, p. 98, 1968–69, p. 148, 1970–71, p. 154.

[5] Rapports Commission bancaire 1946–47, p. 87, 1950–51, p. 67.

[6] Voir notamment L.C.B. GOWER, The principles of Modern Company Law, Londres 1969; ANDRÉ TUNC, Le droit anglais des sociétés anonymes, Paris 1971.

[7] Voir PIERRE VAN OMMESLAGHE, Les groupes de sociétés et le droit européen des sociétés. Rapport au congrès de Liège d'octobre 1972, en cours de publication.

l'évolution du droit en matière de groupes; leur activité s'est manifestée sur deux plans. Le *statut d'une société anonyme européenne,* basé sur le projet du professeur SANDERS[8] a fait l'objet d'une proposition qui fut présentée par la Commission au Conseil des Ministres le 30 juin 1970. Cette proposition contient une réglementation importante sur les groupes de sociétés. Son examen est en cours. D'autre part, la question a également été examinée au niveau de l'*harmonisation des législations* et fait l'objet de débats au sein d'un groupe d'experts, débats qui ont encore un caractère confidentiel.

Au terme de ce tour d'horizon, il nous paraît utile d'examiner maintenant de plus près deux systèmes:

- le système du droit allemand, parce que c'est pour l'instant le seul système de droit des groupes actuellement «opérationnel» en droit positif;
- la proposition de la CEE, qui ne manquera pas d'exercer une profonde influence sur tous les systèmes juridiques dont la réforme est actuellement en cours, même si cette proposition subit encore des modifications.

Ces deux systèmes présentent d'ailleurs d'indéniables analogies, le second s'étant largement inspiré du premier. Ils divergent pourtant sur des points importants.

B. Le système du droit allemand[9]

1. Définition du groupe (Konzern)

En droit allemand, les groupes de sociétés (Konzerne) entrent dans la catégorie plus générale des entreprises liées (Verbundene Unternehmen, § 15 AktG). Un certain nombre de règles relatives à la publicité (Mitteilungspflichten, § 20–21 AktG, mentions à

[8] PIETER SANDERS, Projet d'un statut des sociétés anonymes européennes, Publication de la Commission des Communautés Européennes, Etudes, Série Concurrence, 1967, 6.

[9] La littérature allemande relative au droit des groupes est immense. Nous nous bornons à nous référer ici aux ouvrages généraux, soit HAROLD RASCH, Deutsches

porter au bilan, § 151 AktG) et aux incompatibilités (§ 33 al. 5, 143 al. 2 et 3, 164 al. 2 et 3) sont applicables à toutes les entreprises liées y compris les Konzerne.

Le Konzern (groupe au sens étroit) est défini par l'art. 18 AktG qui en distingue deux sortes:

- *le groupe de domination* (Unterordnungskonzern) qui existe lorsqu'une entreprise *dominante* et une ou plusieurs entreprises *dépendantes* sont réunies sous une *direction unique*. Il est présumé que toute entreprise dominée forme un groupe avec l'entreprise qui la domine (§ 18 al. 3). Cette présomption peut cependant être renversée, étant donné que les entreprises dominées ne sont pas nécessairement soumises à la direction unique qui est le critère déterminant du groupe. Par contre, les entreprises intégrées, ou liées entre elles par un contrat de domination sont si étroitement unies qu'elles sont pratiquement toujours soumises à une direction unique, ce qui justifie à leur égard la présomption irréfragable qu'elles font partie d'un groupe.
- *Le groupe de coordination,* dans lequel plusieurs entreprises *indépendantes* sont réunies sous une *direction unique*.

Le droit allemand opère une distinction, dont les conséquences sont très importantes, entre les groupes de droit, les groupes de fait et les sociétés intégrées.

Il y a *groupe de droit* lorsque la société dominante a conclu avec les sociétés dépendantes un *contrat de domination* (Beherrschungsvertrag).

Les sociétés intégrées[10] (eingegliederte Gesellschaften) sont celles

Konzernrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1968; HANS WÜRDINGER, Aktien- u. Konzernrecht, Karlsruhe 1966, ainsi qu'aux commentaires de l'*Aktiengesetz,* notamment:

- Aktiengesetz, Großkommentar, Dritte Auflage, par plusieurs auteurs. Erster Band, I. Lieferung, §§ 15–22 par H. WÜRDINGER et Vierter Band, I. Lieferung, §§ 291–328 également par H. WÜRDINGER, Berlin 1970.
- A. BAUMBACH/G. HUECK/J. SCHULZE, Aktiengesetz, 13. Auflage, München 1968 (Ergänzungsband Mai 1970 zur 13. Auflage).
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, par plusieurs auteurs. Band I, Lieferung 1, §§ 15–22 par K.-H. BIEDENKOPF et H.G. KOPPELSTEINER; Band 3, Lieferung 1, §§ 291–328 par les mêmes auteurs, Köln 1970/71.

[10] § 319–320 AktG.

dont la société dominante possède le 100% des actions. La décision d'intégration peut être prise lorsque le 95% des actions d'une société au moins est détenu par une autre société. Cette décision doit être prise par l'assemblée générale de la société dominée, et ratifiée par celle de la société dominante. Lorsque l'intégration est décidée, le 5% des actions restant est acquis ex lege à la société dominante, moyennant indemnisation équitable des actionnaires externes en espèces ou en actions de la société dominante.

L'intégration est une opération qui se rapproche beaucoup de la fusion proprement dite, avec cette différence cependant que la société intégrée garde sa personnalité juridique et sa raison sociale. La société dominante acquiert un pouvoir de direction illimité de la société intégrée et peut disposer librement de son patrimoine. Il n'est plus nécessaire de publier un bilan séparé lorsqu'il est consolidé avec celui de la société dominante[11]. En contre-partie, la société dominante répond solidairement de tous les engagements de la société intégrée[12]. Les actionnaires externes étant éliminés par l'intégration, il n'est plus nécessaire de prévoir des garanties en leur faveur.

Enfin, les *groupes de fait* sont tous ceux dans les lesquels plusieurs entreprises sont réunies sous une direction unique par d'autres moyens que l'intégration ou le contrat de domination.

2. Régime légal des groupes de droit

a) Fonctionnement du groupe

Sur la base du contrat de domination, l'entreprise dominante acquiert le pouvoir et le droit de diriger la société dépendante en donnant des instructions à son directoire[13].

Elle peut donc soumettre l'activité de la société dépendante à ses propres intérêts ou à ceux du groupe, et ce même au détriment de la société dépendante[14]. En contre-partie, les organes de la

[11] § 325 AktG.
[12] § 322 AktG.
[13] Weisungsrecht, § 308 AktG.
[14] § 309 et 310 AktG.

société dominante deviennent responsables à l'égard de la société dépendante, tandis que les organes de cette dernière sont libérés de leur responsabilité personnelle[15].

b) Protection des actionnaires externes

Ce pouvoir de direction de la société dominante est assorti de *garanties* en faveur des actionnaires et des créanciers de la société dominée. En ce qui concerne les *actionnaires,* cette garantie est double. Elle consiste tout d'abord en un *droit de retrait.* A leur demande, le contrat de groupement doit en effet prévoir que les actionnaires externes auront le droit d'échanger leurs actions contre des actions de la société dominante si celle-ci est une société anonyme indépendante ayant son siège en Allemagne; dans le cas contraire, ils peuvent réclamer une indemnisation en espèces[16]. D'autre part, l'entreprise dominante est tenue de procurer une *garantie de dividende* à tout actionnaire qui ne voudrait pas se dessaisir de ses actions[17]. Ces garanties doivent être prévues dans le contrat de domination et chaque actionnaire a le droit de faire examiner par un tribunal leur caractère approprié (Angemessenheit).

c) Protection des créanciers sociaux

Quant aux *créanciers sociaux,* la loi institue en leur faveur une *protection préventive et indirecte,* en obligeant la société dominante à compenser les pertes de la société dominée[18]. Le patrimoine de la société dominée existant au moment de la conclusion du pacte de domination doit ainsi être maintenu (y compris les réserves libres) pendant toute la durée du contrat. La réserve légale doit continuer à être alimentée[19]. Mais la société dominante n'est pas responsable vis-à-vis des tiers des dettes de la société dominée.

[15] Les organes de la société dominée ne sont cependant pas tenus de suivre des instructions contraires à la loi ou aux bonnes mœurs.

[16] § 305 AktG.

[17] § 304 AktG.

[18] Verlustübernahme, § 302 AktG.

[19] § 300 AktG.

3. Régime légal du groupe de fait

Le législateur s'est inspiré d'autres considérations pour réglementer les groupes de fait. Pour ces groupes, qui n'ont en quelque sorte pas voulu «légaliser» leur situation en optant pour le contrat de domination ou pour l'intégration, la loi prévoit un régime beaucoup plus sommaire.

Selon le paragraphe 311 AktG, la société dominante ne peut user de son influence au détriment de la société dominée que dans la mesure où elle compense le préjudice ainsi infligé. Les modalités de cette compensation donnent lieu à des difficultés d'interprétation considérables, «la conception claire qui avait été prévue originairement dans le projet du gouvernement (ayant été) noyée par les additions et les modifications intervenues au cours des discussions de la loi devant le parlement»[20]. Il résulte cependant du § 312 que cette compensation ne peut pas avoir un caractère global et général, mais qu'une compensation déterminée (qui ne doit pas nécessairement consister en espèces)[21] doit correspondre à chaque mesure préjudiciable dictée par la société dominante. Si cette compensation n'est pas intervenue immédiatement, l'avantage compensatoire à fournir par la société dominante doit être pour le moins déterminé avant la fin de l'exercice social au cours duquel le préjudice a été subi.

Pour faciliter la preuve que l'entreprise dominante lui a porté préjudice, la société dominée doit publier chaque année un «rapport de dépendance» (Abhängigkeitsbericht) portant sur toutes les affaires conclues avec la société dominante, rapport devant indiquer pour chaque affaire prestation et contre-prestation ainsi que, le cas échéant, la compensation fournie[22]. Ce rapport doit être soumis à l'examen des contrôleurs des comptes[23]. Dans certains cas, chaque actionnaire peut en outre demander au tribunal un

[20] HANS WÜRDINGER, Les groupes de sociétés en droit allemand. Rapport au Congrès de Liège d'octobre 1972, en cours de publication.

[21] BAUMBACH/HUECK, Aktiengesetz, p. 923.

[22] § 312 AktG.

[23] § 313 AktG.

examen spécial des relations d'affaires entre la société dominante et la société dominée[24]. Nous reviendrons ultérieurement sur ce système dont l'efficacité semble laisser à désirer.

4. Publicité

Enfin, le système allemand est complété par une réglementation détaillée des mesures de publicité à prendre par le groupe.

L'obligation d'établir des comptes et un rapport de gestion consolidés incombe à toute société dominante ayant son siège en Allemagne.

Doivent être comprises dans la consolidation toutes les entreprises nationales dont plus de la moitié des parts appartiennent à l'entreprise dominante. Les entreprises étrangères, ou celles dans lesquelles la participation de la société dominante n'excède pas la moitié, peuvent, mais ne doivent pas entrer dans la consolidation[25].

Il est impossible d'entrer ici dans le détail des règles édictées par le législateur allemand sur la présentation des comptes consolidés.

C. Droit européen: proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes[26]

Ce statut n'est applicable que si l'une des sociétés en cause (dominante ou dominée) est une société européenne (SE).

1. Définition du groupe

Deux critères déterminent l'existence d'un groupe:

– il faut tout d'abord qu'il y ait un *rapport de subordination* entre

[24] § 315 AktG.

[25] BAUMBACH/HUECK, Aktiengesetz, p. 974.

[26] Proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes, supplément au Bulletin 8-1970 des Communautés européennes.

une entreprise dominante et une ou plusieurs entreprises dépendantes; le statut ne s'applique donc pas aux groupes de coordination;
- l'ensemble de ces entreprises doit être placé sous la *direction unique* de l'entreprise dominante[27].

L'entreprise dépendante est définie comme une entreprise juridiquement autonome sur laquelle une autre entreprise peut exercer directement ou indirectement une influence prépondérante[28]. La dépendance est présumée de *façon irréfragable* lorsque la société dominante a la possibilité de disposer de plus de la moitié des voix de la société dépendante, de désigner la majorité des membres de son organe de direction ou de surveillance, ou encore d'exercer en vertu de contrats une influence prépondérante sur sa gestion. La dépendance n'est présumée que *jusqu'à preuve du contraire* lorsque la société dominante possède la majorité du capital de la société dépendante, sans qu'il en résulte l'une des conséquences énumérées ci-dessus (par exemple en cas d'actions privilégiées ou d'actions sans droit de vote).

La question de savoir si une entreprise est une entreprise de groupe peut être portée devant la Cour de Justice des Communautés Européennes[29].

La proposition répudie la distinction allemande entre groupe de droit et groupe de fait. Nous avons vu en effet que le contrat de domination, qui est en Allemagne la base des groupes de droit, n'est pas connu des autres pays de la Communauté où sa légalité serait d'ailleurs douteuse; de plus, des raisons fiscales propres à l'Allemagne ont incité les entreprises à conclure de tels contrats. Cette distinction basée sur l'exemple allemand porterait donc à faux. Selon la proposition, le groupe résultera donc automatiquement d'une situation de fait, avec toutes les conséquences qui en découlent.

[27] Article 223 Statut.
[28] Article 6 Statut.
[29] Article 225 Statut.

2. Fonctionnement du groupe

La proposition a reconnu l'existence d'un intérêt de groupe légitime, distinct de celui des sociétés groupées. Cet intérêt s'exprime par le pouvoir conféré à l'entreprise dominante de donner à l'organe chargé de la représentation de l'entreprise dépendante des instructions que celui-ci ne peut refuser de suivre, «au motif qu'elles seraient contraires aux intérêts de l'entreprise dépendante»[30]. Les organes de l'entreprise dépendante sont, en contrepartie, exonérés de toute responsabilité résultant de l'exécution de telles instructions[31].

3. Protection des actionnaires externes

Pour contre-balancer le pouvoir qui lui est ainsi conféré d'utiliser l'entreprise dépendante même à son détriment, l'entreprise dominante doit offrir aux actionnaires externes de la première des garanties analogues à celles qui sont prévues par l'*Aktiengesetz* pour le groupe de droit.

Le statut prévoit d'abord en faveur des actionnaires externes un droit de retrait[32] qui peut s'exercer, au choix de l'actionnaire,

- soit contre une indemnisation en espèces
- soit par un échange de leurs actions contre celles de la société dominante[33].

La procédure de détermination du montant de l'indemnisation ou du rapport d'échange est précisée. L'offre de la société dominante doit être basée sur le rapport d'experts indépendants[34]; si l'assemblée générale de la société dépendante rejette ces propositions, le tribunal du siège de l'entreprise dominante décide en dernier ressort[35].

[30] Article 240 Statut.

[31] Statut, commentaire officiel ad art. 240.

[32] Articles 228–230 du Statut.

[33] Lorsque l'entreprise dominante est une entreprise de droit national étrangère à la Communauté, l'indemnisation en espèces entre seule en considération.

[34] Article 232 Statut.

[35] Article 236 Statut.

L'entreprise dominante *peut* en outre s'engager à payer aux actionnaires ne désirant pas faire usage de ce droit de retrait des «indemnités compensatoires rapportées à la valeur nominale des actions»[36]. Les conditions du versement de ces indemnisations sont laissées à l'appréciation de la société dominante et ne font l'objet d'aucune vérification. «Il s'agit d'une simple faculté ouverte à la société dominante, dont elle use dans les limites qui lui paraissent raisonnables.»[37]

Les actionnaires externes doivent se déterminer sur l'offre d'indemnisation ou d'échange de la société dominante dans les trois mois suivant sa publication dans les journaux de la société. Il s'agit d'un délai de forclusion à l'expiration duquel le droit de retrait s'éteint. Les actionnaires n'en ayant pas fait usage restent membres de la société dépendante et ont alors droit aux indemnités compensatoires pour autant, bien entendu, que de telles indemnités aient été prévues.

4. Protection des créanciers

Dans ce domaine, la proposition de statut s'écarte radicalement de la solution allemande en adoptant une règle plus simple mais aussi plus lourde de conséquences. En effet, alors que le droit allemand adopte une méthode de protection *préventive* consistant en une obligation de la société dominante de compenser les pertes de la société dominée, le statut se rallie à une méthode *curative* en instituant simplement la *responsabilité solidaire de la société dominante pour les dettes de la société dépendante*[38]. «Il n'est fait aucune distinction entre les dettes antérieures et les dettes postérieures à l'existence du groupe, ni entre les origines ou les causes des créances.»[39] La société dominante jouit du bénéfice de discussion.

[36] Article 231 Statut.

[37] PIERRE VAN OMMESLAGHE, Les groupes de sociétés et le droit européen des sociétés, Rapport au Congrès de Liège d'octobre 1972, en cours de publication.

[38] Article 239 Statut.

[39] P. VAN OMMESLAGHE, Rapport, cité ci-dessus, en cours de publication.

«L'action ne peut cependant être exercée contre l'entreprise dominante que lorsque le créancier prouve avoir vainement tenté d'obtenir le règlement de sa créance par l'entreprise dépendante.»[40] Cette solution radicale au problème de la responsabilité externe des groupes a soulevé des critiques véhémentes.

5. *Publicité*

Enfin, la proposition de statut prévoit aussi la publication de comptes annuels et d'un rapport de gestion consolidés[41]. Cette obligation n'est imposée qu'à l'entreprise dominante qui est une SE, ainsi qu'aux SE dépendantes par l'intermédiaire desquelles sont dominées d'autres entreprises. La réglementation des comptes consolidés est prévue aux articles 196 à 202 du statut (titre VI) et n'est pas détaillée. Ces articles «se bornent fort sagement à l'énoncé des règles et des principes généraux, en attendant l'évolution en cours dans les différents pays en (cette) matière»[42].

[40] Article 239 al. 2 Statut.
[41] Article 227 Statut.
[42] P. VAN OMMESLAGHE, Rapport, cité ci-dessus, en cours de publication.

IIe Partie: Faut-il un droit des groupes de sociétés en Suisse?

Chapitre 5: Données du problème

A. Situation actuelle

1. Il y a exactement trente ans, en 1943, la Société Suisse des Juristes avait mis à son ordre du jour le statut des sociétés holdings en Suisse. Au terme de leur étude, qui fait une large place aux problèmes des groupes, les rapporteurs de langue allemande[1] et de langue française[2] conclurent que la législation en vigueur suffisait à résoudre les problèmes posés.

«Une législation spéciale pour ou contre les sociétés holdings ne paraît pas opportune en Suisse. Ces sociétés sont régies par les prescriptions du droit des sociétés et par celles du droit commun. Les sociétaires et les créanciers trouvent une protection de leurs droits et une précision de leurs obligations suffisantes dans les dites prescriptions.»[3]

La situation a évolué depuis lors. Le mouvement de concentration des entreprises, déjà important à l'époque où écrivaient les rapporteurs[4], s'est accéléré. De nouvelles questions ont surgi, auxquelles la jurisprudence a de plus en plus de peine à donner une réponse cohérente dans le cadre d'un droit inadapté.

[1] WERNER VON STEIGER, Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz, Rapport à la Société Suisse des Juristes, Bâle 1943.

[2] GEORGES CAPITAINE, Le statut des sociétés holdings en Suisse, Rapport à la Société Suisse des Juristes, Bâle 1943.

[3] G. CAPITAINE, Sociétés holdings, p. 190a.

[4] G. CAPITAINE, Sociétés holdings, p. 8a ss.; W. VON STEIGER, Holdinggesellschaften, p. 198a ss.

Dans les pays qui nous entourent, des réformes ont été promulguées ou sont à l'étude[5]. En Suisse, le groupe de travail pour l'examen du droit des sociétés anonymes a estimé qu'un droit des groupes de sociétés devrait être inclus dans une revision globale du droit de la S.A. Bien qu'une réglementation ne soit pas urgente dans ce domaine «car des abus ne se sont pas ouvertement manifestés», il conviendrait d'en envisager rapidement l'élaboration[6].

La question résolue négativement par les rapporteurs de 1943 mérite donc d'être réexaminée.

2. Cette question ne doit cependant pas être traitée hâtivement. La précipitation n'est pas un défaut helvétique, mais une prudence particulière s'impose dans ce domaine. La prospérité de la Suisse dépend dans une large mesure de celle de son industrie, et cette dernière est dominée par les grands groupes de sociétés. Or ces groupes se portent bien, et ne semblent guère souffrir des imperfections de la législation. Comme l'a relevé M. RENÉ PLEVEN, ancien garde des Sceaux, au sujet de la proposition Cousté:

> «Il convient... de se prémunir contre les abus. Mais l'arbre ne doit pas cacher la forêt: celle d'une économie en expansion grâce notamment à la constitution des groupes qui profitent non seulement aux majoritaires mais souvent aussi, Dieu merci, aux minoritaires et aux créanciers de sociétés en difficulté, reprises par un groupe dynamique.
>
> Il convient donc d'être circonspect et de ne pas adopter trop tôt des règles juridiques trop rigides qui assureraient sans doute théoriquement la protection des tiers et des associés mais qui, en fait, pourraient se retourner contre eux.»[7]

3. La situation particulière de la Suisse, d'autre part, est caractérisée par l'importance de l'activité internationale de ses groupes de sociétés. Le chiffre d'affaires réalisé en Suisse n'est souvent qu'une minime partie du chiffre d'affaires global du groupe[8]. Cette situation particulière pose deux problèmes:

[5] Voir ci-dessus, Chapitre 4.

[6] Rapport intérimaire du président et du secrétaire du groupe de travail pour l'examen du droit des sociétés anonymes, Lausanne/Berne, avril 1972, p. 218.

[7] Allocution de M. RENÉ PLEVEN, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, au dîner-débat du Conseil supérieur de l'Ordre des Experts-comptables et des comptables agréés, Paris, 9 juin 1971. Cité in: Documentation du Congrès de Liège d'octobre 1972.

[8] Voir ci-dessus, Introduction, p. 1.

a) Tout d'abord celui de l'*efficacité* que pourrait avoir un droit suisse des groupes, efficacité qui dépendrait de la portée internationale attribuée ou reconnue aux règles édictées. Un droit qui ne serait applicable qu'aux filiales suisses serait relativement peu efficace; inversément, une extension à toutes les filiales étrangères des règles prévues pour la protection des actionnaires et des créanciers sociaux risquerait d'imposer à la société-mère suisse un fardeau excessif. Cette question, qui relève du droit international privé, n'a été que peu étudiée, et les solutions préconisées par les auteurs qui se sont penchés sur la question sont encore controversées[9].

b) Ensuite, celui de l'*harmonisation* d'un éventuel droit suisse des groupes avec les solutions adoptées dans le même domaine à l'étranger, harmonisation qui serait d'ailleurs le meilleur garant de son application extraterritoriale. Or, le seul pays possédant actuellement une législation sur les groupes de sociétés est l'Allemagne. La situation y est différente de celle qui règne dans notre pays (forme de la société anonyme réservée aux grandes sociétés, longue tradition des contrats de groupement, doctrine fiscale de l'«Organschaft») de telle sorte qu'il n'est guère possible de «transplanter» en Suisse la solution allemande. En France, la proposition Cousté a soulevé de nombreuses discussions en doctrine, mais n'a eu aucune suite sur le plan législatif.

Quant aux propositions de la Commission des Communautés Européennes, l'accueil qui leur a été réservé est mitigé dans la

[9] Voir notamment ULRICH IMMENGA/DETLEF KLOCKE, Konzernkollisionsrecht, Eine Problemskizze auf der Grundlage des deutschen Rechts der Unternehmungsverbindungen, RDS p. 27.

Signalons qu'un colloque sur le droit international privé des groupes de sociétés, organisé par le Centre d'Etudes Juridiques Européennes, aura lieu à Genève du 9 au 11 mai 1973. Les rapports suivants seront présentés dans ce colloque:

- La protection des actionnaires minoritaires des sociétés filiales, par BERTHOLD GOLDMAN, professeur à l'Université de Paris II
- La protection des créanciers des sociétés membres du groupe, par HANS-GEORG KOPPENSTEINER, professeur à l'Université de Salzbourg
- La protection des travailleurs des sociétés membres du groupe, par M. BLAISE KNAPP, professeur à l'Université de Genève.

Ces travaux feront ultérieurement l'objet d'une publication.

doctrine[10], voire franchement défavorable dans les milieux économiques[11]. Elles sont encore susceptibles de subir de profondes modifications.

4. Cependant, même s'il n'y a pas péril en la demeure, il paraît justifié, voire même nécessaire, non pas de proposer dès aujourd'hui un droit suisse des groupes, ce qui nécessiterait de plus amples études, mais plus modestement d'examiner le fonctionnement des groupes dans le cadre du droit positif suisse et de rechercher si ce cadre juridique est encore adéquat. Tel est le but limité de la seconde partie de ce rapport.

B. Les objectifs d'un droit des groupes

Cette question ne saurait être étudiée sans que soit préalablement défini le but poursuivi. Dès 1964, dans le rapport rédigé sur ce sujet à la demande des services de la Commission de la Communauté Economique Européenne[12]; M. VAN OMMESLAGHE avait clairement montré qu'un droit des groupes peut poursuivre deux objectifs distincts, auxquels correspondent des moyens différents.

«*Le premier objectif* s'explique par le souci d'éviter que le recours à des sociétés dépendantes ou à des sociétés faisant partie d'un

[10] Par ex. J. VAN RYN, in: Revue trimestrielle de droit européen, 1971, p. 575; W.B. BAYER, in: Rabels Zeitschrift, 1971, p. 222; G. WALTHER, in: Die Aktiengesellschaft, 1972, p. 104, etc.

[11] Voir notamment le document n° 225-1/34 du 23. 12. 1971 adopté par le groupe de travail «société européenne» de la Chambre de Commerce Internationale, Paris; l'Avis relatif à la proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes du 12 mars 1971, rédigé par l'Union des Industries de la Communauté Européenne (Bruxelles) où l'on peut lire ce qui suit:

«Tout en reconnaissant qu'au cours de leur existence les sociétés appartenant à un groupe peuvent rencontrer certaines difficultés susceptibles d'être réglées cas par cas, l'UNICE s'oppose toutefois à une réglementation pesante des groupes qui ne répond ni aux besoins réels ni aux pratiques juridiques appliquées actuellement dans le monde.»

Cité in: Documentation du Congrès de Liège d'octobre 1972.

[12] P. VAN OMMESLAGHE, Les groupes de sociétés, Revue pratique des sociétés, 1965, p. 153.

même groupe permette de rendre inefficace ou de détourner de leurs buts certaines règles impératives du fonctionnement des sociétés, considérées comme fondamentales. On n'a pas égard, dans cette optique, au groupe comme tel; on désire seulement éviter que le recours à des sociétés dépendantes altère le comportement de la société anonyme, considérée isolément...»

«*Le second ordre d'objectifs* résulte d'une attitude assez différente. Au lieu de considérer la société isolément et de s'efforcer d'améliorer son fonctionnement, on la traite dans ses relations avec d'autres sociétés (ou entreprises) formant un même groupe, pour examiner dans quelle mesure l'incorporation de la société dans le groupe doit entraîner des modifications dans son fonctionnement...»[13]

La réalisation de ces deux types d'objectifs suppose la mise en œuvre de moyens très différents. Dans le premier cas, il s'agira plutôt de renforcer les règles déjà existantes, de leur donner l'efficacité nécessaire pour empêcher les abus que peut entraîner l'existence des groupes. On pourra envisager notamment:

- d'interdire la souscription par une société dépendante des actions d'une société qui la domine; éventuellement d'étendre à cette hypothèse l'application des règles relatives à l'acquisition par la société de ses propres actions (art. 659 CO)[14];
- d'interdire ou de limiter les participations réciproques (ce problème ne se confond pas avec le premier, car le lien de dépendance entre deux sociétés ne résulte pas nécessairement de participations);
- d'interdire ou de limiter l'exercice du droit de vote d'une société dépendante à l'assemblée de la société qui la domine; d'étendre aux sociétés dépendantes les restrictions à l'exercice du droit de vote prévues notamment aux articles 659 al. 5, 695 CO[15];

[13] P. VAN OMMESLAGHE, Les groupes de sociétés, p. 159.

[14, 15] Notons d'ailleurs que la jurisprudence s'est déjà résolument engagée dans ce sens.

Dans un arrêt Aktiengesellschaft Leu du 15. 5. 1937 (cité par W. VON STEIGER, Holdinggesellschaften, p. 318a, note 221) le TF avait à juger du cas d'une banque qui avait consenti à une tierce société des prêts importants, en vue de lui faire acheter ses propres actions, pour soutenir leur cours en Bourse. Le TF a vu dans

– d'améliorer la publicité pour permettre aux actionnaires minoritaires de mieux connaître leurs droits et ainsi de mieux les défendre.

La réalisation du second objectif est un but plus ambitieux. Elle nécessite une remise en question de certains principes fondamentaux du droit des sociétés, et la création de règles nouvelles. C'est pourtant ce second objectif qui doit être préféré, si l'on veut mettre le droit «au diapason» de la réalité économique.

C. Champ d'application (précision de la notion de groupe)

Si l'on se place dans la perspective du second objectif, il reste alors à délimiter le champ d'application de la nouvelle réglementation à créer, c'est-à-dire à isoler, dans la variété des combinaisons économiques, celles qui doivent être assujetties à un droit des groupes. Cela revient à définir plus précisément la notion de «groupe de sociétés» en fonction du but à atteindre. Nous avons donné du groupe, dans l'Introduction, la définition provisoire suivante: il y a groupe lorsque plusieurs sociétés ou entreprises juridiquement autonomes sont réunies sous une direction unique.

Il convient maintenant de préciser ces divers éléments.

1. Limitation du droit des groupes aux sociétés anonymes?

La pratique montre que, dans la très grande majorité des cas, les groupes de sociétés sont formés de sociétés anonymes. Il semblerait donc logique de limiter le droit des groupes à ce type de sociétés, et de l'y intégrer. Cette limitation comporterait cependant des inconvénients majeurs.

cette manière d'agir «une violation indirecte, mais non moins flagrante», de l'art. 659 CO (art. 628 CO ancien).

Dans un autre arrêt (S. et cons. c/Société Anonyme X, RO 72 II 275 = JT 1947, p. 168), le TF a jugé que lorsqu'une société mère domine une filiale de manière absolue, les actions de la filiale doivent être considérées comme les propres actions de la société mère et ne peuvent être représentées à l'assemblée générale de cette dernière.

«On pourrait craindre qu'une telle restriction ne conduise, en notre matière, à la faveur de mécanismes qui comprendraient une ou plusieurs sociétés d'une autre forme, voire des entreprises individuelles ou des fondations, à rendre l'ensemble de la réglementation inefficace. S'il suffit par exemple de répartir au sein d'un groupe une participation entre plusieurs sociétés n'ayant pas la forme de sociétés par actions pour échapper à une réglementation éventuelle, il sera évidemment aisé de créer dans chaque Konzern de telles sociétés, ce qui rendrait inefficace tout apport de réglementation.»[16]

Cette considération a déterminé le législateur allemand à utiliser pour la définition du groupe la notion d'*entreprise* (Unternehmen, §§ 18ss. §§ 291ss. AktG), qui comprend aussi bien l'entreprise individuelle, que les diverses formes de sociétés ayant ou non la personnalité morale, l'essentiel étant qu'elles soient juridiquement indépendantes et que l'une de ces entreprises soit une société anonyme[17].

Cette notion d'entreprise est également utilisée dans la proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes, art. 223ss., sans y être d'ailleurs définie.

En France par contre, la proposition de loi Cousté rattache la définition du groupe à la notion de *société,* et «laisse hors de son champ le cas des groupes dominés par une personne physique». L'exposé des motifs précise qu'«il est difficile de faire autrement aussi longtemps que le droit français n'aura pas évolué vers la notion de patrimoine commercial de la personne physique...»[18].

L'utilisation dans le droit des groupes de la notion d'entreprise pose de nombreux problèmes. Ils résultent en premier lieu de l'imprécision même de cette notion, que nous avons déjà relevée dans l'introduction. Il n'est pas du tout certain, par exemple, que la

[16] P. VAN OMMESLAGHE, Les groupes de sociétés, p. 227/228.

[17] Ainsi le droit des groupes n'est pas applicable lorsqu'un individu n'exploitant pas une entreprise domine une société, car cette activité à elle seule n'est pas constitutive de la notion d'entreprise. Par contre, selon WÜRDINGER, il y a nécessairement entreprise lorsqu'un individu domine et dirige plusieurs sociétés, pouvant ainsi subordonner les unes aux intérêts des autres (WÜRDINGER, Aktien und Konzernrecht, p. 263/64). Voir aussi BAUMBACH/HUECK, Aktiengesetz, § 15, rem. 4.

[18] Proposition Cousté, exposé des motifs.

définition donnée par l'art. 52 al. 3 ORC, telle qu'elle est aujourd'hui interprétée par la jurisprudence, puisse être considérée comme suffisante pour le droit des groupes. Il faudrait plutôt redéfinir l'entreprise en fonction du but poursuivi par les règles édictées[19]. L'utilisation de cette notion pose en second lieu le problème de l'application des mêmes normes à des formes juridiques très différentes. Pour n'en prendre qu'un seul exemple, il ne sera pas possible, si l'on admet un droit de retrait des actionnaires minoritaires des sociétés dominées, de leur offrir en échange des actions de la société dominante, si celle-ci est une société de personnes.

Le modèle allemand montre pourtant que ces difficultés techniques sont surmontables, et c'est pourquoi il nous semble opportun de suivre cet exemple qui attache à l'efficacité de la réglementation une importance primordiale. Le rôle joué par les sociétés anonymes dans les groupes de sociétés justifie que le droit des groupes soit rattaché à celui de la société anonyme. Il doit cependant être étendu à tous les cas où une société anonyme forme un groupe avec d'autres entreprises[20].

2. *Nécessité d'un lien de subordination?*

Relevons en premier lieu que l'*autonomie juridique* est une qualité nécessaire des membres d'un groupe. Il en résulte que les succursales ou établissements d'une entreprise, quelle que soit l'indépendance de fait dont ils jouissent, ne peuvent être considérés comme formant un groupe[21]. La question qui se pose est donc uniquement celle d'une *dépendance économique*.

[19] WÜRDINGER, Konzernrecht, p. 263; BAUMBACH/HUECK, Aktiengesetz ad § 15, rem. 3.

[20] Sont ainsi exclus les groupes formés exclusivement de sociétés autres que la S.A. (S.à.r.l., sociétés de personnes). Il semble que de tels groupes n'existent pas en Suisse.

[21] WÜRDINGER, Konzernrecht, p. 274; BAUMBACH/HUECK, Aktiengesetz, ad § 18, rem. 3.

Des règles protectrices ne sont pas nécessaires pour les personnes entrant en

Le législateur allemand a distingué entre les *groupes de coordination ou horizontaux* (Gleichordnungskonzern, § 18 al. 2 AktG) qui sont formés par des entreprises juridiquement autonomes réunies sous une direction unique tout en restant *indépendantes* les unes des autres, et les *groupes de subordination ou verticaux* (Unterordnungskonzern, § 18 al. 1 AktG), dans lesquels les entreprises juridiquement autonomes, réunies sous une direction unique sont *dépendantes* les unes des autres.

Le législateur européen par contre, de même que la proposition Cousté, n'entendent réglementer que les groupes de subordination.

«La notion de groupe servant de base au projet de statut concerne uniquement le groupe fondé sur la dépendance de certaines entreprises. Il n'est pas tenu compte du groupe horizontal ou d'entreprises équivalentes, c'est-à-dire des relations entre des entreprises réunies sous une direction unique mais sans qu'aucune d'entre elles dépende d'une autre. Dans la plupart des Etats membres d'ailleurs, cette situation n'est pas considérée comme constitutive d'un groupe.»[22]

Le choix entre ces deux alternatives dépend du but poursuivi. On constate, en étudiant la fonctionnement des groupes et ses effets[23], que la plupart des problèmes juridiques posés par les groupes de sociétés résultent de l'état de dépendance des sociétés dominées à l'égard de la société dominante. C'est de cet état dépendant, non envisagé par le législateur historique, que résulte la dégénérescence des organes sociaux, l'inadéquation des mesures destinées à protéger les créanciers et les actionnaires externes. Un droit des groupes visant plus particulièrement à protéger ces deux catégories de personnes pourra donc se borner à viser les groupes de subordination. D'autres mesures, utiles également en cas de groupes horizontaux, par exemple l'amélioration de la publicité et la réglementation des participations réciproques, peuvent être prises en dehors d'un droit des groupes[24].

relations avec des succursales, leur débiteur étant de toutes manières l'établissement principal.

[22] Proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes, Commentaire ad art. 223.

[23] Voir Première Partie, chapitres 2 et 3.

[24] Il faut noter d'ailleurs que le législateur allemand n'applique pas au «Gleichordnungskonzern» toutes les règles du droit des groupes. Seuls les paragraphes

Peu importe, par contre, que le *lien de dépendance soit de droit ou de fait,* dès lors que dans les deux cas les mêmes effets perturbateurs peuvent se faire sentir[25].

La limitation de la définition du groupe aux situations de subordination exclut de son champ d'application, à notre avis, les *filiales communes,* sur lesquelles aucune autre entreprise ne peut, par hypothèse, exercer *isolément* une influence dominante. Des raisons matérielles nous paraissent d'ailleurs justifier cette exclusion.

- Etant donné la nécessité dans laquelle se trouvent les sociétés mères de s'entendre pour définir la politique de la filiale commune, les organes de celle-ci jouent leur rôle normalement. Comme l'a dit CHAMPAUD, ces sociétés sont peut-être les seules à fonctionner selon l'esprit de la loi[26].
- Il n'y a généralement pas d'actionnaires externes dont la protection devrait être assurée.
- Un danger pour les créanciers sociaux existe, mais paraît cependant moindre que celui auquel sont exposés les créanciers d'une filiale ordinaire. En effet, ce n'est qu'avec l'accord de toutes les sociétés dominantes (ou en cas d'insolvabilité de ces sociétés) qu'une filiale commune pourra tomber en faillite[27].

relatifs à la conclusion, à la modification et à la fin du contrat de groupement (§§ 293, 295, 296, 297 AktG), à son inscription au RC (§ 294, 298 AktG), à la mission des contrôleurs (§ 313 AktG) et aux comptes (§ 329ss. AktG) sont applicables aux groupes horizontaux, à l'exclusion des dispositions concernant la protection des actionnaires externes et des créanciers. Il faut y ajouter les prescriptions concernant toutes les entreprises liées et celles relatives aux participations réciproques.

25 Aussi bien la loi allemande, que le projet européen ou la proposition Cousté, admettent qu'il suffit, pour qu'il y ait dépendance, qu'une société puisse exercer directement ou indirectement, par des moyens de droit ou de fait, une influence dominante sur une autre société. Cf. WÜRDINGER, Konzernrecht, p. 271; proposition de statut des S.E., commentaire ad art. 6; proposition Cousté, art. 1.

26 CHAMPAUD, Les méthodes de groupement, nº 16.

27 Nous estimons au surplus que la nécessité d'une protection spéciale des créanciers sociaux des sociétés de groupe n'est pas évidente (ci-dessous, Chap. 7).

3. *Groupes de sociétés et conglomérats*

Les conglomérats sont-ils ou non des groupes de sociétés? Pour importante qu'elle soit, la question reste controversée. Selon certains auteurs[28], sa solution doit être positive, car ils sont soumis à une direction financière unique. D'autres, au contraire, les excluent de la définition, étant donné qu'ils «tirent leur origine davantage d'une unité de patrimoine que d'une direction unique et d'objectifs communs peu compatibles avec une diversité d'activité»[29].

Tout dépend en réalité de l'interprétation que l'on veut donner de la notion de direction unique. Or c'est un élément extrêmement malaisé à cerner, tant en raison des formes diverses qu'elle peut adopter qu'en raison des tâches variées qu'elle peut assumer. «Les tâches de la direction unifiée ont été amplement décrites par la doctrine allemande, mais sans arriver à aucun critère qui permette de la reconnaître dans tous les cas»[30]. Quant au législateur communautaire, il a préféré repousser le problème:

> «La direction unique n'est pas autrement définie. Des nécessités économiques font qu'il paraît indiqué de ne pas définir autrement cette notion en vue de laisser aux tribunaux une large marge d'interprétation.»[31]

Nous aimerions retourner la question. Il ne s'agit pas, à notre avis, de savoir si les conglomérats entrent dans la définition du groupe de société, mais plutôt de décider s'il convient de les y faire entrer. Si le fonctionnement des conglomérats entraîne, pour les actionnaires et les créanciers sociaux, les conséquences dangereuses que nous avons déjà signalées, le droit des groupes de sociétés doit s'appliquer à eux. Cela semble bien être le cas.

[28] Notamment R. SINAY, Expérience allemande et proposition de société anonyme européenne, in: Droit des Groupes de sociétés, Paris 1972, p. 45.

[29] MAURICE PÉNARD, Recherche d'une définition du groupe, intervention au Congrès de Liège d'octobre 1972, en cours de publication.

[30] A. PETITPIERRE-SAUVAIN, Groupes de sociétés, p. 36/37.

[31] Proposition d'un statut des S.E., Commentaire ad art. 223.

«L'unicité du pouvoir de décision étendue à des activités diversifiées offre une souplesse de stratégies au conglomérat et lui permet de disposer d'un arsenal de politiques.»

Parmi ces politiques, il faut relever spécialement celle qui consiste à effectuer un transfert interne de ressources.

«Le conglomérat peut subsidier les pertes encourues dans un marché au moyen de profits réalisés dans un autre, ou encore investir dans un secteur grâce aux ressources en provenance d'un autre secteur d'activité.»[32]

Or, nous avons déjà relevé que le transfert interne des ressources au sein d'un groupe, sous toutes ses formes, est ce qui est le plus dangereux soit pour les actionnaires minoritaires, soit pour les créanciers sociaux[33]. Il paraît donc judicieux de faire entrer les conglomérats dans le champ d'application du droit des groupes[34].

[32] A.M. KUMPS/M. CARDON DE LICHTBUER, La concentration conglomérale, p. 116/117.

[33] Ci-dessus, Chapitre 2, litt. C; Chapitre 3, litt. A, Ch. 2 et 3.

[34] Voir au surplus ci-dessus, Chapitre 2, litt. B ch. 2, où nous avons constaté que la compétence en matière de politique financière est l'attribut essentiel et toujours présent de la direction unique.

Chapitre 6: Protection des actionnaires externes

A. Les limites de la dépendance d'une société

Avant d'examiner les normes destinées à protéger les actionnaires externes et les moyens mis à leur disposition pour les faire appliquer, il convient d'examiner la question de savoir dans quelle mesure une société peut aliéner sa liberté et se mettre au service d'une autre société. Car de cette question de principe peut résulter, suivant la réponse qui y est donnée, une protection indirecte des minorités. D'autre part, de la position de principe adoptée sur ce sujet dépend dans une certaine mesure la portée donnée aux normes destinées à la protection des minorités.

La société anonyme est une personne morale et possède la jouissance et l'exercice des droits civils dans toute la mesure où il ne s'agit pas de droits inhérents à la personne humaine (art. 53 et 54 CCS). Les dispositions légales relatives à la protection de la personnalité lui sont donc applicables[1], parmi lesquelles figure l'art. 27 CCS, qui prévoit de manière impérative que «Nul ne peut aliéner sa liberté ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs». L'appartenance à un groupe ayant pour effet d'aliéner, dans une mesure parfois très grande, la liberté des sociétés dominées, certains auteurs se sont demandés si cela était compatible avec l'art. 27 CCS[2].

S'il est vrai que certains droits de la personnalité appartiennent aussi aux personnes morales (protection du nom, de la réputation), l'examen de l'art. 27 CCS montre justement qu'il y a des limites à l'assimilation des personnes morales aux personnes physiques.

En premier lieu une *dépendance interne,* fonctionnelle, résulte de

[1] Principe réitéré dans de nombreux arrêts dont nous ne citerons que les plus récents: RO 90 II 318 = JT 1965, 634; RO 95 II 481 = JT 1971, 226.

[2] Voir notamment W. von Steiger, Holdinggesellschaften p. 278a et la doctrine citée à cet endroit. Pour la doctrine plus récente consulter Silvio Caflisch, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, thèse Zurich 1961; F.P. Oesch, Der Minderheitsschutz im Konzern nach schweizerischem und amerikanischem Recht, thèse Berne 1971.

la nature même de la personne morale, dans la mesure où elle n'est qu'un instrument au service de ses membres; ceux-ci lui imposent leur volonté par le truchement des organes sociaux. Le sens du mot «liberté» ne peut donc pas avoir le même sens pour une personne physique et pour une personne morale: les décisions prises par l'assemblée générale d'une S.A., même si celle-ci est dominée par une majorité stable, voir par un actionnaire unique, sont des décisions «libres» de la S.A. L'assujettissement résultant d'une participation ne peut donc pas être contesté sur la base de l'art. 27 CCS.

Une société peut cependant être soumise à une *dépendance externe,* soit en vertu de contrats, soit en vertu de dispositions statutaires permettant à des tiers d'influer de l'extérieur sur son comportement. C'est dans ce contexte que la question de l'application de l'art. 27 CCS peut se poser. Mais quand une telle dépendance externe est-elle contraire à la loi ou aux mœurs? Si l'on examine la genèse de l'art. 27 CCS, on constate que le législateur avait en vue la protection de la personne humaine. L'interprétation de l'art. 27 CCS doit donc être recherchée dans des critères éthiques et moraux[3]. Ces critères sont inapplicables à la personne morale, qui n'est qu'une technique, un instrument au service d'un but. Ce but peut être fixé librement par les fondateurs, pourvu qu'il soit licite et non contraire aux mœurs: il peut prévoir que la société sera entièrement au service d'une autre société ou d'un tiers: l'esclavage des sociétés n'est pas interdit! *Les limites de la dépendance d'une société ne peuvent donc être recherchées que dans la nature de son organisation et les exigences de son fonctionnement.*

L'art. 698 CO énumère les compétences de l'assemblée générale de la S.A. et déclare ces compétences inaliénables. Ce faisant, le législateur a voulu assurer à la S.A. un certain degré d'autonomie dans des domaines jugés fondamentaux. Toute disposition statutaire, tout contrat conférant à un tiers l'une des compétences inaliénables énumérées par l'art. 698 CO seraient illicites, donc nuls (art. 20 CO).

[3] AUGUST EGGER, Das Personenrecht (Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, I), Zurich 1930, Art. 27, rem. 15.

C'est ainsi que le Tribunal fédéral a jugé illicite une clause statutaire subordonnant à l'approbation d'un tiers la modification des statuts d'une société coopérative. Cette clause, a-t-il déclaré, «confère à la société coopérative – de même que l'art. 698 pour la S.A. et l'art. 810 pour la S.à.r.l. – une certaine autonomie, à savoir le droit de gérer ses affaires librement dans le cadre des dispositions légales (art. 52 al. 3 CCS, 19 CO). Ce droit d'autodétermination est inhérent à la nature des corporations de droit privé»[4]. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a réservé la question de savoir si la société aurait pu assumer la même obligation par contrat. Cette réserve doit être levée; s'il s'agit d'un droit inhérent à la nature même de la corporation, il ne saurait être aliéné d'aucune autre manière, ni par une disposition statutaire ni par un contrat[5]. Dans d'autres arrêts[6], le Tribunal fédéral a affirmé pour des raisons identiques le droit inaliénable de l'assemblée générale de nommer les administrateurs, sauf le cas spécial de l'art. 762 CO, avec le corollaire nécessaire de ce droit de nomination qu'est le droit de révocation.

Problème spécial des contrats de domination ou d'administration

Le législateur a déclaré inaliénables les compétences essentielles de l'assemblée générale.

Il n'en va pas de même de celles de l'administration. La gestion peut être confiée en tout ou en partie à des tiers (art. 717 CO) qui restent cependant soumis à la surveillance de l'administration (art. 722 al. 2 ch. 3 CO). Cette dernière est tenue d'appliquer «toute la diligence nécessaire à la gestion des affaires sociales» (art. 722 al. 1 CO). La question est de savoir dans quelle mesure ces dispositions légales permettent à la société de soumettre sa gestion aux instructions (Weisungen) données par des tiers, soit en vertu des statuts, soit en vertu d'un contrat passé directement entre la société et le tiers *(contrat dit «de domination»* connu en Allemagne), soit

[4] RO 67 I 267 = JT 1942, p. 593.
[5] W. von Steiger, Holdinggesellschaften, p. 294a.
[6] RO 51 II 330 = JT 1926, p. 114; RO 66 I 43 = JT 1940, p. 272 ss.

en vertu d'un contrat passé entre le ou les administrateurs de la société (à titre personnel) et le tiers *(contrat d'administration)*. Cette question est d'une importance capitale pour le droit des groupes. En Allemagne, le contrat de domination est la base légale du Konzern de droit. Dans les pays n'ayant pas de législation sur les groupes, des contrats analogues sont fréquemment employés pour renforcer et préciser le pouvoir de fait résultant d'une participation, mais leur validité reste douteuse.

La question est controversée. En Allemagne, la licéité des contrats organiques, pourtant fréquents bien avant la mise en vigueur d'un Konzernrecht, a toujours été contestée par une partie de la doctrine, de telle sorte que le législateur de 1965 a jugé nécessaire de la reconnaître expressément au § 291 al. 3 AktG. Cette reconnaissance s'accompagne d'ailleurs de garanties substantielles accordées aux actionnaires et créanciers sociaux.

En Suisse, partisans et adversaires du droit de donner des instructions (Weisungsrecht) continuent à s'affronter. Selon les partisans de ce droit, ni la société ni l'administration ne peuvent certes s'engager à suivre des instructions qui seraient contraires à la loi et aux statuts. Mais à l'intérieur de ce cadre, la gestion est dans une large mesure question d'appréciation. Dans la mesure où les décisions de gestion sont des décisions d'appréciation, rien ne s'opposerait à ce que la société ou son administration se soumette aux instructions d'un tiers, par exemple d'une société dominante.

Selon les adversaires du «Weisungsrecht», au contraire, le devoir de diligence imposé à l'administration par l'art. 722 CO va beaucoup plus loin que la simple obligation de respecter les dispositions légales et statutaires. Il implique qu'en toute occasion, et pour chaque décision de gestion, l'administration doive choisir la solution la plus favorable à la société, la plus compatible avec le bien social. Dans cette hypothèse, un contrat d'administration n'a plus guère de sens, puisque les administrateurs gardent le droit, et le devoir, d'examiner chaque instruction reçue par eux sous l'angle du bien social, et de l'accepter ou la refuser selon le résultat de cet examen.

Le Tribunal fédéral n'a pas eu l'occasion de prendre position sur le problème. Par contre, le Tribunal supérieur du Canton de

Zurich a admis la licéité d'un contrat d'administration passé entre l'administrateur et l'actionnaire unique d'une société anonyme[7], non sans ajouter qu'un tel contrat serait inadmissible dans le cas «normal» ou la société comporte un nombre indéterminé d'actionnaires[8].

La question de savoir jusqu'où s'étend le devoir de diligence de l'administration ne peut pas être résolue dans l'abstrait. Il faut tenir compte des intérêts en présence et se demander à l'égard de qui les administrateurs sont responsables d'une gestion diligente. L'art. 754 CO prévoit une responsabilité à l'égard de la société et de chaque actionnaire ou créancier social. Dans le contexte de l'art. 754 CO, la «société» doit être considérée comme représentant l'ensemble des actionnaires, à l'exclusion d'autres catégories de personnes telles que par exemple les travailleurs. Le droit suisse positif ne connaît pas de responsabilité des administrateurs à l'égard de l'«entreprise». Restent donc les créanciers d'une part, les actionnaires de l'autre. Leurs intérêts ne coïncident que très partiellement.

L'intérêt des créanciers est limité au remboursement de leur créance. Aussi ne peuvent-ils faire valoir leurs droits contre l'administration qu'en cas de faillite de la société (art. 758 CO). Vis-à-vis des créanciers sociaux, la diligence de l'administration ne va donc pas au delà du devoir de s'abstenir d'actes susceptibles d'entraîner la faillite sociale. Un contrat d'administration conclu sous cette réserve serait donc, à notre avis, parfaitement licite.

Les intérêts des actionnaires vont beaucoup plus loin, puisque leur sort est directement dépendant de celui de la société. Vis-à-vis d'eux, l'administration est toujours tenue, en vertu de ses devoirs de diligence, de gérer la société pour le plus grand bien de celle-ci. Elle ne peut donc s'engager à suivre les instructions d'un tiers, cela étant incompatible avec l'obligation, qui est la sienne, d'examiner

[7] Obergericht Zurich, 28.11.57 (Bl.Z.R. 58 [1959]), p. 179. Plus exactement les fondateurs, actionnaires et administrateurs étaient 3 avocats qui agissaient selon les instructions du véritable propriétaire des actions.

[8] «In diesem Normalfall erscheint es als unerträglich und unzulässig, wenn die Verwaltung bezüglich Entschlüsse und Maßnahmen sich durch Annahme eines Auftrages und Entgegennahme von Instruktionen einzelnen oder einer Gruppe von Aktionären gegenüber... binden würde.»

librement, dans chaque cas, la décision de gestion qui doit être prise. Nous nous rallions donc en principe à l'opinion de ceux qui estiment illicites les contrats d'administration (et à plus forte raison les contrats de domination). Ces contrats ne peuvent valoir que comme «gentlemen's agreements».

Mais la situation est différente dans le cas de l'«Einmanngesellschaft» (auquel il faut assimiler le cas analogue de la société appartenant à un petit nombre d'actionnaires qui agissent d'un commun accord). Dès l'instant où il n'y a qu'un seul actionnaire, rien ne s'oppose à ce que l'administration conclue avec lui un contrat lui confiant la gestion dans toute la mesure compatible avec l'intérêt des créanciers, c'est-à-dire sous réserve des dispositions légales impératives et des décisions susceptibles d'entraîner la faillite sociale[9]. Il faut aussi admettre que, dans les mêmes limites, la société elle-même pourrait conclure un tel contrat avec un tiers ou une autre société. Cette solution suppose cependant qu'il n'y ait aucun actionnaire externe[10].

B. Les dispositions légales relatives à la protection des minorités sont-elles efficaces?

La formation d'un groupe de société a des répercussions non seulement sur la situation des actionnaires externes des sociétés dominées, mais aussi sur celle des actionnaires de la société dominante. La position de ces derniers est cependant bien moins dangereuse que celle des premiers. Car l'intérêt de groupe, s'il n'est pas toujours identique, à court terme, avec celui de la société dominante, tend à long terme à assurer la prospérité de cette dernière. C'est vers la société dominante que convergent, par le jeu des participations et des contrats de transfert, les bénéfices du groupe. Les actionnaires de la société dominante sont donc en principe favorisés, mais une

[9] Du même avis FRANK VISCHER/FRITZ RAPP, Zur Neugestaltung des Aktienrechts, Berne 1968, p. 155–156, qui rejettent en principe le «Weisungsrecht» mais proposent de l'admettre en cas d'Einmanngesellschaft.

[10] Il n'y a donc pas d'objection à ce qu'une *filiale commune* se soumette par contrat aux instructions des sociétés qui la dominent.

information insuffisante les empêche parfois de faire valoir leurs droits. Nous reviendrons sur ce problème[11].

Ce sont spécialement les actionnaires externes des sociétés dominées qui sont menacés par la prévalence de l'intérêt de groupe sur celui de la société dont ils font partie[12]. Sont-ils suffisamment protégés par les dispositions que le législateur suisse a prévues pour la protection des minorités? Telle est la question à examiner plus en détail.

1. Quorums et majorités qualifiées

L'art. 649 CO institue un *quorum* de ⅔ (respectivement d'⅓ dans une seconde assemblée) pour certaines décisions importantes de l'assemblée générale. Cet article n'offre qu'une protection très limitée aux actionnaires minoritaires, puisqu'à condition d'avoir atteint le quorum l'assemblée prend ses décisions à la majorité absolue des voix représentées, selon la règle générale de l'art. 703 CO.

L'art. 648 CO a une portée bien plus considérable puisqu'il soumet à une *majorité de vote qualifiée* (⅔ de l'ensemble du capital social) les décisions ayant pour objet la transformation du but social, la suppression des clauses statutaires qui aggravent les conditions dans lesquelles l'assemblée générale peut prendre une décision et l'introduction d'actions à droit de vote privilégié. Le premier cas auquel se réfère l'art. 648 CO (transformation du but social) revêt une grande importance en droit des groupes. Mais il convient préalablement de distinguer entre le but et l'objet de la société, puisque la loi soumet leur transformation à des conditions différentes.

Selon SIEGWART[13], le *but* est la définition générale et large de l'activité sociale, qui tient compte des possibilités de développe-

[11] Ci-dessous, litt. C, ch. 2.

[12] Ci-dessus, chapitre 2, litt. C, chapitre 3, litt. A, ch. 2.

[13] ALFRED SIEGWART, Die Aktiengesellschaft (Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, 5. Teil), Zurich 1945, Ad Art. 626, Rem. 34.

ment dans l'avenir, alors que l'*objet* est la définition concrète et présente de cette activité. Cette distinction théorique, introduite par le législateur en 1936, ne correspond pas à la pratique des sociétés, qui ne prévoient généralement dans leurs statuts qu'une clause unique pour définir leur activité. Cette clause doit alors être considérée comme la définition du but social[14].

En soi, l'affiliation d'une société à un groupe, le passage de l'état d'indépendance à l'état de dépendance, ne constitue pas une modification du but; cependant, cet assujettissement entraîne dans la plupart des cas de profondes modifications de l'activité sociale, modifications qui peuvent aller jusqu'à la suppression pure et simple d'une activité jugée insuffisamment rentable, ou qui fait une concurrence indésirable à d'autres sociétés du groupe. Ces modifications sont inhérentes à la politique de rationalisation qui est la raison d'être de la direction unique. La question est de savoir si l'art. 648 CO doit être appliqué dans cette hypothèse. On ne peut y répondre «in abstracto». Tout dépendra, dans chaque cas d'espèce, de la manière dont est défini le but de la société dominée[15]. Si la nouvelle activité sociale imposée par le groupe ne peut pas entrer dans cette définition, les statuts doivent être modifiés et le groupe devra disposer d'une majorité des ⅔ au moins pour pouvoir y parvenir. Des conditions spéciales devront être remplies en cas d'atteinte aux droits acquis des actionnaires[16].

Cependant, l'activité est souvent modifiée *de fait* par l'administration, sans qu'il y ait modification des statuts. Quels sont les droits des minoritaires dans ce cas? Certes, chaque actionnaire a le droit d'exiger que le but statutaire soit respecté[17], mais les moyens dont il dispose pour faire valoir ce droit sont limités, puisque l'action en annulation des décisions de l'administration n'est pas admise en droit suisse[18].

L'actionnaire pourra, par exemple, refuser l'approbation du

[14] SIEGWART, Die Aktiengesellschaft, Ad Art. 626, Rem. 32.

[15] W. VON STEIGER, Holdinggesellschaften, p. 267a.

[16] Ci-dessous, ch. 2.

[17] SIEGWART, Die Aktiengesellschaft, ad Art. 648, Rem. 7; F. VON STEIGER, Das Recht der Aktiengesellschaft, p. 49.

[18] Ci-dessous, litt. C, ch. 1.

rapport de gestion ou demander sur la base de l'art. 706 CO l'annulation de la décision de l'assemblée générale approuvant l'activité prohibée. Si ces moyens restent inefficaces, le seul remède paraît consister à demander la dissolution de la société pour justes motifs[19]. L'action en responsabilité contre les administrateurs est réservée.

Un problème particulièrement délicat est posé dans ce contexte par les *contrats de louage d'entreprise*. La question qui s'est posée est celle de savoir si de tels contrats entrent dans les compétences du conseil d'administration ou si au contraire, impliquant une transformation du but, ils nécessitent une modification statutaire approuvée par l'assemblée générale. Le droit allemand et le droit français ont adopté, dans ce domaine, des positions opposées. Alors que l'*Aktiengesetz* exige pour la conclusion d'un «Betriebspachtvertrag» ou d'un «Betriebsüberlassungsvertrag», comme pour une modification statutaire, une décision de l'assemblée générale prise à la majorité des ¾ et l'inscription au registre du commerce (§ 293, 294 AktG), la jurisprudence française, partant du point de vue qu'il y a simplement «changement du mode d'exploitation», admet en principe le pouvoir du conseil d'administration de conclure de tels contrats[20]. En droit suisse, les (rares) auteurs qui se sont penchés sur ce problème font dépendre la solution des circonstances d'espèce (durée du bail, but statutaire, etc.)[21].

Tout louage d'entreprise n'emporte certainement pas modification du but social : il en est notamment ainsi lorsque le bail ne porte que sur une partie non essentielle de l'entreprise, ou n'est conclu que pour une courte durée. Il en va différemment lorsque le bail porte sur une partie essentielle de l'entreprise, et surtout lorsqu'il est conclu pour un temps assez long avec une autre entreprise dont la puissance est dominante. Dans ce cas en effet, l'entreprise louée est de fait mise au service du locataire; le prix de ses produits est

[19] F. VON STEIGER, Das Recht der Aktiengesellschaft, p. 49; W. VON STEIGER, Holdinggesellschaften, p. 267a.

[20] Voir à ce sujet HELMUT SAPPER, Les contrats d'affiliation en droit français et allemand, Revue trimestrielle de droit commercial, 1963, p. 37.

[21] LOUIS KLINGLER, Die Unternehmenspacht, thèse Zurich 1943, p. 49; W. VON STEIGER, Holdinggesellschaften, p. 268a.

fixé par lui, son marché délimité dans son intérêt. Il en résulte une situation telle qu'à l'expiration du bail, même s'il n'est pas de très longue durée, l'entreprise louée pourra se trouver incapable de reprendre son indépendance. Une transformation aussi radicale nécessite, selon nous, une modification statutaire et ne peut être imposée aux minorités que selon la procédure de l'article 648 CO.

2. Droits acquis de l'actionnaire

Les droits acquis, à savoir ceux dont «les actionnaires ne peuvent être privés sans leur assentiment» (article 646 al. 1 CO) ont été conçus par le législateur comme un frein, une limite au pouvoir de la majorité. La loi ne définit pas leur contenu et se borne à en énumérer un certain nombre: droit de vote, droit d'attaquer une décision sociale, droit au dividende et à la part de liquidation. Jurisprudence et doctrine se sont employées à préciser la notion de droit acquis et M. SCHLUEP en a dressé un impressionnant catalogue[22].

La protection de l'actionnaire résultant des droits acquis est cependant moins étendue qu'on pourrait le penser au premier abord. En effet, la plupart de ces droits, bien qu'*acquis dans leur principe*, peuvent être limités *quant à leur usage et leur contenu* soit par les statuts, soit par les décisions de l'assemblée générale, soit encore par l'activité de l'administration. La doctrine et la jurisprudence ont donc distingué entre droits acquis absolus et droits acquis relatifs. Ces derniers sont de loin les plus nombreux: selon M. SCHLUEP, il s'agit toujours de droits relatifs lorsque la loi ne prévoit pas impérativement le contraire[23].

La question qui se pose alors est celle de savoir en vertu de quels critères, sur la base de quels principes le contenu des droits acquis relatifs peut être limité. Lorsque la loi ne donne pas d'indi-

[22] WALTER R. SCHLUEP, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, thèse St. Gall 1955.

[23] SCHLUEP, Die wohlerworbenen Rechte, p. 415.

cations à ce sujet, il faut procéder à la mise en balance des intérêts respectifs (Interessenabwägung):
- de l'actionnaire, d'une part
- et de la société (ou plus précisément de l'entreprise), d'autre part.

Comme l'a relevé BÜRGI[24], la jurisprudence du Tribunal fédéral a tendance à admettre la prévalence de l'intérêt social, souvent confondu avec celui de la majorité, sur les intérêts des actionnaires minoritaires. Il en résulte un affaiblissement notable des droits de ces derniers. Qu'en est-il au sein d'un groupe?

Nous voudrions, pour examiner ce problème, nous baser sur le cas concret du droit au dividende. Ce droit est particulièrement important pour les actionnaires minoritaires, qui sont en principe des «actionnaires bailleurs de fonds». Seuls les droits pécuniaires sont donc réellement importants pour eux.

Dans son essence, c'est-à-dire en tant que droit d'exiger que la société poursuive une politique de recherche de bénéfice, le droit au dividende est un droit acquis absolu[25]. Sur cette base, l'actionnaire minoritaire pourra s'opposer avec succès à toute transformation de droit ou de fait du but social par lequel la société dominée renoncerait à exercer une activité lucrative, par exemple pour se consacrer uniquement à la recherche au profit du groupe.

Par contre, en ce qui concerne l'affectation du bénéfice réalisé, le droit au dividende n'est que relatif. Il serait donc parfaitement licite d'introduire dans les statuts une clause prévoyant que la totalité du bénéfice sera attribuée à la société dominante, après versement aux actionnaires d'un dividende de 5%, pour autant que, selon la formule consacrée, l'*intérêt de la société* l'exige. C'est ici que la difficulté surgit. La clause envisagée dans notre exemple n'apporte aucun avantage direct à la société: les bénéfices non répartis ne contribueront ni à renforcer sa situation financière ni à assurer sa prospérité de manière durable, puisqu'ils sont transférés au groupe. La méthode classique de l'«Interessenabwägung»

[24] W.F. BÜRGI, Bedeutung und Grenzen der Interessenabwägung bei der Beurteilung gesellschaftsrechtlicher Probleme, in: Etudes de droit commercial en l'honneur de Paul Carry, Genève 1964, p. 1.

[25] SCHLUEP, Die wohlerworbenen Rechte, p. 53.

devrait donc conduire à empêcher cette opération. Pourtant, une telle solution ne serait pas toujours satisfaisante. En effet, la société dominée peut avoir un intérêt majeur à faire partie du groupe, et à consentir de ce fait certains sacrifices. Le juge devrait donc, dans son analyse des intérêts en présence, intégrer un nouvel élément: *l'intérêt général de la société à faire partie d'un groupe*. Mais cela ne serait pas encore suffisant. A moins de reconnaître, a priori, que cet intérêt à faire partie d'un groupe justifie en toutes circonstances toutes les décisions prises par le groupe – ce qui paraît inadmissible – le juge devrait encore, dans chaque cas d'espèce, mettre en balance les intérêts de l'actionnaire et *l'intérêt concret du groupe à la mesure envisagée*.

Les limites de la compétence d'un tribunal, fût-il même spécialisé en matière économique, nous paraissent ici atteintes. Le premier élément tout d'abord, à savoir l'intérêt général que peut avoir une société dominée à faire partie d'un groupe, est extrêmement difficile à apprécier. De plus, il ne saurait être remis en question à l'occasion de chaque conflit ayant pour objet les droits acquis d'un actionnaire. Le second élément, soit l'intérêt concret du groupe à la mesure envisagée, n'est pas moins complexe. On en arrive ainsi à un dilemme:

- ou bien l'on s'en tient à l'appréciation des intérêts de la société prise isolément: les droits acquis de l'actionnaire seront alors protégés à court terme, mais la solution retenue pourra se révéler mauvaise à long terme, et le fonctionnement du groupe sera perturbé;
- ou bien l'on cherche à intégrer dans l'analyse les intérêts du groupe, mais cette analyse se révèle si complexe que l'on risque de tomber dans l'arbitraire.

Dans l'un et l'autre cas, les limites pratiques de la théorie des droits acquis sont atteintes.

3. Egalité de traitement et abus de droit

Le principe de l'égalité de traitement des actionnaires n'est pas formulé «expressis verbis» dans la loi. Il est cependant reconnu

par la doctrine[26] et par la jurisprudence[27] comme l'un des principes fondamentaux du droit de la société anonyme. Cependant, la loi elle-même permet de créer des catégories d'actionnaires ayant des droits différents, soit sur le plan patrimonial, soit sur le plan social (actions privilégiées). Cette inégalité peut résulter des statuts primitifs, mais aussi d'une modification statutaire votée à la majorité. Le principe de l'égalité de traitement des actionnaires n'est donc pas absolu: «Il signifie plutôt que l'on ne peut s'écarter de l'égalité de traitement que dans la mesure absolument nécessaire à la poursuite du but de la société dans l'intérêt de tous les actionnaires. On peut donc admettre une inégalité de traitement là où elle est fondée, soit lorsqu'elle est un moyen adéquat d'atteindre un but légitime.»[28] Le Tribunal fédéral considère que le principe de l'égalité de traitement des actionnaires est une «lex specialis» par rapport à l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 CCS); «il est donc superflu de procéder chaque fois à un examen particulier de la question d'après l'article 2 CCS»[29].

Si l'on s'en tient à la conception du Tribunal fédéral, le principe de l'égalité de traitement n'offre qu'une protection limitée aux actionnaires externes d'une société dominée. En effet, il n'entre en jeu que lorsque certains actionnaires sont affectés d'*une manière directe* par une décision[30]. Il en serait ainsi, par exemple, si la société dominante amenait une société dominée à émettre des actions nouvelles à des conditions avantageuses, et se réservait de souscrire la totalité de ces actions, en excluant le droit de souscription préférentielle des actionnaires externes.

Mais la direction unique dispose de moyens moins frappants pour arriver à ses fins. Elle pourrait, par exemple, faire voter par

[26] Bornons-nous à citer sur ce sujet SIEGWART, Die Aktiengesellschaft, Einleitung, nº 235; WEISS, Das Aktienrecht, Einleitung, nº 186 (et les références données par ces auteurs). Plus récemment, HEINRICH STOCKMANN, Zum Problem der Gleichbehandlung der Aktionäre, in: Lebendiges Aktienrecht, Festgabe für Wolfhart Bürgi, Zurich 1971, p. 387.

[27] RO 69 II 246 = JT 1944, p. 45 ss.; RO 91 II 298 = JT 1966, p. 264; RO 93 II 393 = JT 1969, p. 9; RO 95 II 162 = JT 1970, p. 344.

[28] RO 95 II 1957 = JT 1970, p. 344.

[29] JT 1970, p. 347.

[30] SCHLUEP, Die wohlerworbenen Rechte, p. 326.

une filiale une augmentation de capital dont la souscription serait réservée entièrement à une autre filiale n'ayant aucune participation dans la première. Le principe de l'égalité de traitement «stricto sensu» ne serait alors pas violé, le droit de souscription préférentielle étant exclu pour tous les actionnaires. Il n'en reste pas moins que la société dominante serait alors favorisée de *manière indirecte.*

Selon certains auteurs[31], le principe de l'égalité de traitement des actionnaires n'est pas un principe autonome. Ce n'est qu'une concrétisation, un cas particulier d'application de l'art. 2 CCS. Il convient donc d'examiner également la situation sous cet angle. Selon le Tribunal fédéral, une décision repose sur un abus manifeste au sens de l'art. 2 CCS «si elle ne peut se justifier par des considérations économiques raisonnables, si elle nuit de façon évidente aux intérêts de la minorité et si elle favorise sans raison les intérêts de la majorité»[32]. Comment appliquer ces principes dans le cadre d'une groupe?

OESCH, nous semble-t-il, ne va pas au fond de la question lorsqu'il affirme que l'art. 2 CCS est violé si la décision envisagée conduit directement ou indirectement à un enrichissement de la majorité, celle-ci étant guidée par des intérêts particuliers et non par le souci du bien social[33]. La difficulté provient en effet de ce que les intérêts de la société dominante ne sont pas (toujours) des intérêts particuliers ou égoïstes. La direction unique prend en considération les *intérêts du groupe,* qui ne sont pas identiques à ceux des actionnaires majoritaires d'une société isolée[34]. Une décision favorisant la société dominante ou une autre filiale au détriment des actionnaires externes de la société dominée peut être justifiée, car c'est en définitive de la bonne marche du groupe que dépend, à long terme, celle de toutes les sociétés du groupe. En d'autres termes, *la notion d'abus de majorité prend dans le cadre d'un groupe un autre caractère.* Telle mesure, qui serait abusive dans l'hypo-

[31] Notamment WEISS, Das Aktienrecht, Einleitung, rem. 194; SCHLUEP, Die wohlerworbenen Rechte, p. 326/327.

[32] JT 1970, p. 347 (avec références de doctrine et de jurisprudence).

[33] OESCH, Der Minderheitsschutz, p. 185/186.

[34] Voir ci-dessus, Chapitre 2, litt. C, ch. 1.

thèse d'une société isolée, ne le sera pas si l'on admet le caractère légitime de l'intérêt de groupe.

La question est de savoir si l'on veut (ou si l'on peut) prendre en considération cet intérêt de groupe dans le cadre du droit en vigueur. A notre connaissance, le Tribunal fédéral n'a jamais été confronté directement avec cette question, qui le mettrait en face du dilemme déjà exposé à propos des droits acquis de l'actionnaire. L'inadéquation du droit positif au phénomène du groupe est ainsi une seconde fois démontrée.

4. Responsabilité des administrateurs

La responsabilité des administrateurs ne fait pas, à proprement parler, partie des dispositions légales relatives à la protection des minorités. Elle a pourtant un effet préventif non négligeable. Cet effet est d'autant plus important, dans les groupes, qu'un grand nombre de procédés utilisés pour transférer des actifs d'une société à une autre reposent sur des contrats, et relèvent donc de décisions de l'administration [35]. Il nous paraît dès lors permis de traiter cette question dans le contexte de la protection des actionnaires externes.

Les actionnaires n'ont que peu de moyens de s'opposer aux actes de l'administration. Certes, ils peuvent invoquer la *nullité* des décisions violant des dispositions légales impératives, contraires aux mœurs, à l'ordre public, ou encore aux principes généraux du droit de la société anonyme [36]. La direction unique prendra cependant soin d'éviter de telles erreurs. Un *recours à l'assemblée générale* sera généralement sans effet, non seulement parce que la société dominante y détient en principe la majorité (en tous cas de fait), mais également parce que l'assemblée générale, selon la théorie de la dualité des pouvoirs, ne peut s'immiscer dans les compétences de gestion conférées par la loi à l'administration [37]. Enfin,

[35] A ce sujet voir ci-dessus, Chapitre 2, litt. C, ch. 2.

[36] WEISS, Das Aktienrecht, Einleitung, rem. 226–230.

[37] Cette opinion est controversée. Voir à ce sujet WEISS, in: Aktienrecht, Einleitung, rem. 234; FRITZ VON STEIGER, Das Recht der Aktiengesellschaft, p. 196;

selon la doctrine dominante[38] et la jurisprudence[39], les actionnaires ne peuvent attaquer en justice les décisions de l'administration, car il n'appartient pas au juge de se substituer à elle dans la gestion de la société.

Les actionnaires ne peuvent donc intervenir qu'«a posteriori» en invoquant la responsabilité des administrateurs (art. 754 CO).

La responsabilité instituée par l'art. 754 CO est lourde. Les administrateurs répondent envers la société, les créanciers sociaux et envers *chaque actionnaire* du dommage causé intentionnellement ou par négligence. Toute faute, même légère, entraîne leur responsabilité solidaire. La faute doit être appréciée selon des critères objectifs[40]. L'administration doit appliquer toute la diligence nécessaire à la gestion des «affaires sociales» (art. 772 al. 1 CO). Ceci implique un devoir de fidélité à l'égard de la société[41], c'est-à-dire négativement le devoir de s'abstenir de tous actes pouvant lui nuire, et positivement le devoir d'œuvrer dans son intérêt. Le devoir de fidélité comprend celui de garder le secret sur les affaires sociales[42].

Comme nous l'avons montré dans la première partie[43], la position des administrateurs d'une société dominée est théoriquement intenable. Obligés de faire prévaloir les intérêts du groupe, ils engagent leur responsabilité chaque fois qu'une décision imposée par la direction unique est préjudiciable à la société qu'ils administrent. On pourrait cependant envisager deux excuses. La première consisterait à dire qu'une décision prise dans l'intérêt du groupe n'est pas fautive au sens de l'art. 754 CO, cet intérêt étant par lui-même une justification suffisante. Une telle argumentation nous

ROGER SECRÉTAN, L'assemblée générale, «pouvoir suprême» de la société anonyme? La société anonyme suisse, 1958–1959, p. 153.

38 WEISS, Das Aktienrecht, Einleitung, rem. 238; BÜRGI, Die Aktiengesellschaft, ad Art. 716, rem. 24.

39 RO 76 II 51 = JT 1950 I 555.

40 ALAIN HIRSCH, La responsabilité des administrateurs dans la société anonyme, Semaine judiciaire 1967, p. 249.

41 BÜRGI, Die Aktiengesellschaft, Art. 722, rem. 8; F. VON STEIGER, Das Recht der Aktiengesellschaft, p. 224.

42 BÜRGI, Die Aktiengesellschaft, Art. 722, rem. 11.

43 Chapitre 3, litt. A, ch. 1.

semble insoutenable. L'art. 722 al. 1 CO impose à l'administration un devoir de diligence à l'*égard de la société*. Substituer à ce devoir envers la société un devoir envers le groupe irait à l'encontre de la loi. Un second argument consisterait à soutenir que le préjudice causé à court terme par la décision envisagée n'est pas en réalité un dommage au sens de l'art. 754 CO, ce préjudice étant compensé, à long terme, par l'intérêt de la société dominée à faire partie du groupe. Ce second argument, encore qu'il soit meilleur, confronterait le juge avec des difficultés analogues à celles qui ont été relevées à propos des droits acquis de l'actionnaire, puisqu'il nécessiterait de sa part une appréciation des intérêts du groupe.

Les dispositions légales relatives à la responsabilité des administrateurs ne sont donc plus adaptées à la situation de l'administration dans un groupe[44].

C. Les moyens d'action des minorités sont-ils suffisants?

1. Les diverses actions possibles

L'examen de la situation de l'actionnaire externe dans un groupe ne peut se borner à l'énumération des normes destinées ou aptes à le protéger. Il est nécessaire de voir aussi par quels moyens ces normes protectrices peuvent être mises en œuvre, car il y a parfois, entre l'existence d'un droit et sa réalisation pratique, un long chemin à parcourir.

L'actionnaire externe dispose d'un certain nombre d'actions bien connues:

- action en constatation de la nullité ou en annulation des décisions de l'assemblée générale (art. 706 CO)
- action en responsabilité contre les administrateurs et contrôleurs (art. 754 CO)
- éventuellement, action en dommages-intérêts contre la majorité ou les administrateurs pour actes illicites (art. 41 CO)

[44] Voir encore le Chapitre 7, litt. B (Responsabilité des administrateurs et responsabilité «quasi-organique» de l'actionnaire dominant).

– action en dissolution de la S.A. pour justes motifs (art. 736 ch. 4 CO).

Avant de passer en revue les conditions d'exercice de ces différentes actions, nous voudrions attirer l'attention sur l'*action en dissolution pour justes motifs,* qui nous paraît présenter un intérêt particulier dans le droit des groupes. Introduite dans le CO lors de la revision de 1937, l'action en dissolution pour justes motifs ouvre une brêche dans le principe majoritaire. En proposant l'introduction de cette action, le conseiller aux Etats THALMANN avait fait observer qu'il arrive souvent, dans les sociétés de famille, que l'administration se distribue de gros salaires et tantièmes, faisant abstraction de tout dividende, de telle sorte qu'elle est la seule à avoir intérêt à la continuation de la société[45]. Le but de l'art. 736 CO, selon la jurisprudence, est «avant tout de protéger l'actionnaire de la minorité contre les abus de pouvoir que pourrait commettre la majorité»[46]. En insérant cet article dans le nouveau CO, on a voulu ancrer dans la loi l'obligation de l'actionnaire d'agir selon la bonne foi, ce qui exerce un effet préventif contre les abus de majorité[47]. Le législateur avait pensé aux sociétés de famille; une situation analogue se présente souvent dans les groupes, dirigés exclusivement en fonction des intérêts de la société dominante.

L'action en dissolution a un caractère subsidiaire[48], ce qui ne signifie pas que tous les autres moyens de droit doivent avoir été préalablement épuisés, mais seulement qu'ils paraissent insuffisants pour supprimer les abus[49]. Nous avons vu que tel est presque toujours le cas dans un groupe, étant donné la multiplicité des moyens dont il dispose pour réaliser ses desseins.

Tant l'*Aktiengesetz* allemande que le projet de statut d'une S.E. prévoient, à certaines conditions, un droit de sortie de l'actionnaire externe. A défaut d'un tel droit, que la loi suisse ne connaît pas, l'actionnaire pourrait sortir de la société en provoquant sa dissolution. Encore faut-il, bien sûr, que les minoritaires possèdent

[45] Cité par W. BÜRGI, Die Aktiengesellschaft, ad Art. 736, rem. 38.

[46] Arrêt Wild-Siber, RO 67 II 162 = JT 1941, p. 626.

[47] BÜRGI, Die Aktiengesellschaft, ad Art. 736, rem. 39 et citations.

[48] BÜRGI, Die Aktiengesellschaft, ad Art. 736, n° 40.

[49] BÜRGI, Die Aktiengesellschaft, Art. 736, n° 43, RO 84 II 44 = JT 1959, p. 158.

le cinquième du capital social et puissent faire valoir un juste motif. Un tel motif existe, selon BÜRGI[50], lorsque, contrairement à la nature de la S.A., la majorité poursuit des intérêts étrangers ou contraires au bien social. La poursuite systématique d'un intérêt de groupe pourrait, à notre avis, y être assimilée.

2. Difficultés inhérentes à l'exercice des actions minoritaires

Les actions minoritaires, même lorsqu'elles apparaissent suffisantes sur le plan théorique, sont souvent rendues difficiles en pratique par le manque de preuves et les frais qu'elles entraînent. La complexité des groupes aggrave considérablement ces difficultés. A cela s'ajoute le contraste entre les forces en présence. Le ou les actionnaires externes seront confrontés à la puissance du groupe, qui possède à la fois toutes les informations et des moyens financiers presque illimités. L'image de la lutte entre David et Goliath vient à l'esprit, une lutte où cependant le géant aura le plus souvent le dessus!

a) L'insuffisance d'information

L'insuffisance des informations dont disposent les actionnaires est un «Leitmotiv» de la littérature récente sur le droit des sociétés[51]. Ce problème est particulièrement aigu au sein d'un groupe, et concerne aussi bien les actionnaires externes de la société dominante que ceux des sociétés dominées.

b) Publicité

Les seuls documents que la loi prescrit de mettre à disposition des actionnaires sont le bilan, le comptes de pertes et profits, le rapport des contrôleurs et le rapport de gestion. Les indications

[50] BÜRGI, Die Aktiengesellschaft, Art. 736, n° 50, avec références.

[51] Parmi de nombreux ouvrages consacrés à cette question A. HIRSCH, Problèmes actuels du droit de la Société anonyme, rapport à la Société suisse des juristes, Bâle 1966; HEINZ WYSS, Das Recht auf Auskunfterteilung unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, thèse Zurich 1953; HANS-PETER BÜCHLER, Das Kontrollrecht der Aktionäre, Zurich 1971. Voir aussi le Rapport intérimaire du président et du groupe de travail pour l'exa-

contenues dans ces documents sont le plus souvent sommaires et insuffisantes. Il conviendrait au minimum que le *bilan* comporte un poste séparé pour les participations permanentes et donne la liste de celles-ci. A défaut de cette indication, l'existence même du groupe est ignorée de l'actionnaire comme du public. Le groupe reste clandestin. D'autre part, seul un *bilan consolidé,* incorporant les résultats des filiales tout en éliminant les transactions purement internes, permet de se rendre compte de la véritable situation du groupe. Beaucoup d'entreprises suisses n'en établissent pas encore, et le groupe de travail pour l'examen du droit de la société anonyme n'a pas cru devoir le rendre obligatoire[52]. Le *compte de pertes et profits* devrait indiquer la provenance des gains et pertes, mais la loi ne comporte aucune disposition dans ce sens. Enfin, le *rapport de gestion* devrait pallier ces insuffisances en donnant aux actionnaires des informations, au moins générales, concernant l'existence et l'évolution du groupe. Tel n'est souvent pas le cas. En un mot, les dispositions du droit positif suisse relatives à la publicité ignorent l'existence des groupes et ne visent que la société isolée. Il en résulte, pour les actionnaires externes, une ignorance presque complète de leurs droits.

c) Renseignements

Devant la carence d'une publicité qui ignore l'existence des groupes, l'accent principal doit être mis, ainsi que l'observe SCHLUEP[53], sur le droit aux renseignements prévu par l'art. 697 CO. La question spécifique qui se pose à ce sujet est celle de savoir

men du droit des sociétés anonymes, Lausanne/Berne, avril 1972, dont la première partie est consacrée à ce problème.

52 Rapport intérimaire, p. 59/60. Les raisons invoquées sont les suivantes:
- une consolidation n'a de sens que s'il existe des règles de consolidation; or il n'existe pas de telles règles reconnues sur le plan international, de telle sorte que le législateur devrait en édicter; cette matière ne peut être réglée en dehors du droit des groupes, lequel est réservé à des études ultérieures.
- une consolidation des seules filiales suisses ne donnerait qu'une idée très incomplète, voire une image fausse, des groupes suisses. Or la consolidation sur le plan international, techniquement possible, n'est peut être pas souhaitable pour des raisons politiques et commerciales.

53 W. R. SCHLUEP, Die wohlerworbenen Rechte, p. 247.

dans quelle mesure l'actionnaire d'une société de groupe peut obtenir des renseignements concernant la société dominante ou une autre société du même groupe, ces renseignements lui étant indispensables pour apprécier correctement sa propre situation. Il nous paraît ici indispensable de distinguer entre société dominante et sociétés dominées.

d) Renseignements dans une société dominante

En règle générale, l'actionnaire ne peut obtenir de renseignements en vertu de l'art. 697 CO que sur des faits internes de la société dont il fait partie[54]. Dès qu'il y a groupe, une application stricte de ce principe conduit à vider le droit aux renseignements de toute signification. Cependant, selon la «théorie modifiée de l'unité», à laquelle le Tribunal fédéral semble s'être rallié au moins quant aux conséquences, il est des cas où une entreprise complexe, bien que formée d'entités juridiquement autonomes, peut être traitée par le droit comme un tout; en d'autres termes, le critère juridique doit céder le pas à la réalité économique lorsque cela est commandé par la bonne foi, ou nécessaire pour éviter des abus[55]. Le principe de la bonne foi permet-il aux actionnaires minoritaires d'une société de considérer le groupe comme un tout, et d'exiger des renseignements sur les affaires d'une autre société faisant partie du même groupe?

Les auteurs répondent affirmativement à cette question en ce qui concerne le groupe de subordination, étant donné l'intensité du lien qui unit alors les diverses sociétés du groupe[56].

Reste à savoir quelle est l'étendue de ce droit aux renseignements, ou quels sont les faits «importants pour l'exercice du droit de contrôle» qui doivent être dévoilés aux actionnaires. Selon WYSS[57],

[54] W. R. SCHLUEP, Die wohlerworbenen Rechte, p. 247/248.

[55] W. VON STEIGER, Holdinggesellschaften, p. 273a. La jurisprudence a usé et abusé du critère économique en droit fiscal. En droit privé, elle est plus réservée, cf. RO 71 II 272 = JT 1946, 271; RO 72 II 67 = JT 1947, 117; RO 81 339 = JT 1956, 174ss.

[56] WYSS, Das Recht der Aktionäre auf Auskunfterteilung, p. 265; même avis SCHLUEP, Die wohlerworbenen Rechte, p. 248.

[57] WYSS, Das Recht der Aktionäre auf Auskunfterteilung, p. 276/277.

pour être efficaces, les renseignements doivent s'étendre tout d'abord aux *relations entre les sociétés de groupe*. Il faudra révéler si des relations de groupe existent et quelle est leur nature; sur quelle base repose la subordination (genre et proportion des participations, contrats, liens statutaires ou personnels, etc.); quelles sont les relations d'affaires entre les sociétés de groupes, et les déplacements de patrimoine qui en résultent... Il y a lieu en outre de renseigner sur la *situation interne des sociétés de groupe,* dans toute la mesure où cette situation influe sur celle de la société appelée à donner des renseignements. Ces informations seraient certes nécessaires: leur simple énumération suffit cependant à démontrer combien l'information suffisante des actionnaires externes d'une société dominée est, à notre avis une chose illusoire: la somme des données réclamées par WYSS, dans un groupe important et très imbriqué, remplirait quelques volumes, et leur appréciation serait un travail d'une complexité particulière, sans même parler de la tâche du juge appelé à trancher la question de savoir dans quelle mesure la divulgation de ces renseignements pourrait compromettre les intérêts de la société dominante.

e) Renseignements dans une société dominée

La situation des actionnaires externes d'une société dominée est encore plus périlleuse que celle des actionnaires de la société dominante. Aussi auraient-ils besoin d'autant plus d'informations pour être en mesure de défendre leurs droits.

Le législateur allemand l'a bien compris, puisqu'il a jugé nécessaire d'obliger la direction des sociétés dominées dans un «Konzern de fait» à établir chaque année un «rapport de dépendance» (Abhängigkeitsbericht) décrivant toutes les affaires conclues avec la société dominante ou avec des sociétés qui lui sont liées, et devant indiquer les raisons de ces affaires, les prestations et les contre-prestations échangées ainsi que les avantages et désavantages qui en résultent pour les sociétés dominées[58]. En l'absence d'un tel «rapport de dépendance», dont l'efficacité a d'ailleurs été mise en

[58] § 312 AktG.

doute[59], les actionnaires externes d'une société dominée ont encore plus de peine d'obtenir les renseignements nécessaires que ceux de la société dominante. En effet, tandis que la société dominante connaît en principe la situation des sociétés qu'elle dirige, l'inverse n'est pas toujours vrai. Dans les groupes importants, les dirigeants des filiales n'ont souvent qu'une vue très partielle des affaires. Or il nous paraît exclu, dans l'état actuel du droit, que l'actionnaire d'une filiale puisse demander des renseignements directement à la société mère.

L'application de la « théorie modifiée de l'unité », ne permet donc pas de résoudre tous les problèmes d'information des actionnaires.

D. Conclusions

Protéger les minorités, c'est réaliser un délicat équilibre entre les exigences du système majoritaire, indispensable à la gestion efficace de toute société, et les droits légitimes de chacun des associés. Le point d'équilibre dépend d'un jugement de valeur sur les intérêts en présence. Durant les dernières décennies, la position de l'individu au sein des corporations s'est considérablement modifiée, l'intérêt de la collectivité prenant le pas sur les intérêts individuels. Cette évolution s'est réalisée sans qu'il ait été nécessaire de modifier la loi, par l'action de la doctrine et de la jurisprudence.

[59] «Le rapport de dépendance part de l'image peu réaliste d'une influence ‹ponctuelle›, parfois défavorable, des injonctions données par la société dominante. Si l'on veut faire abstraction des difficultés, et de l'injustice résultant d'une appréciation ‹a posteriori› des affaires, il est possible d'énumérer ces injonctions dans le rapport et le cas échéant, de compenser au jour de l'établissement du bilan le préjudice subi par les sociétés dominées. Mais il paraît pratiquement impossible de juger selon ces normes l'influence continue exercée par la direction unique. Dans la perspective d'un plan financier global, qui détermine de manière durable la politique des sociétés dominées, même lorsque celles-ci jouissent d'une indépendance relative, il est illusoire de vouloir déterminer le caractère favorable ou défavorable de chaque injonction.» K. PLEYER/H. P. WESTERMANN/J. LIESER, Tatsachen und Konzeptionen für ein neues GmbH-Konzernrecht, Zentrale für GmbH Dr. Otto Schmidt, Köln 1970, p. 8, ainsi que les références citées à cet endroit.

Le phénomène des groupes de sociétés ajoute au problème une nouvelle dimension. Il ne s'agit plus seulement de protéger un individu, un actionnaire, contre une majorité, mais encore de protéger une société contre le pouvoir envahissant d'une entité nouvelle qui s'est développée «praeter legem»: le groupe. La protection de l'actionnaire minoritaire devient alors un problème du second degré. Il faut se demander si cette protection peut encore être réalisée par une adaptation jurisprudentielle des moyens fournis par le droit positif; l'étude qui précède nous conduit à une réponse négative. L'existence des groupes a deux effets principaux que le droit positif actuel n'est pas en mesure de maîtriser d'une manière satisfaisante. Le premier est de droit: au sein d'un groupe, les notions sur lesquelles est basée la protection des minorités n'ont plus la même signification. Le second est de fait: l'importance, l'étendue et la complexité du groupe ne permettent plus une application pratique de ces notions.

Le législateur a posé un certain nombre de règles impératives destinées à assurer le fonctionnement de la société anonyme dans le cadre d'un type légal. Ces règles, en tant qu'elles garantissent à la société un minimum d'autonomie et d'indépendance à l'égard de quiconque, protègent indirectement les minorités. Ces règles d'organisation mises à part, on peut dire qu'en dernière analyse la protection des minorités est basée sur les *principes de la bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 CCS)*. Le pouvoir de la majorité est légitime. C'est à l'abus de ce pouvoir que le législateur a entendu s'opposer. Au terme de son ouvrage, consacré aux droits acquis des actionnaires, M. SCHLUEP arrive à la conclusion que l'art. 646 CO et l'art. 2 CCS ne sont que deux aspects d'une même norme: «L'art. 646 part des droits de l'actionnaire et dispose que certains d'entre eux ne peuvent en principe lui être retirés. Lorsque le pouvoir de la majorité n'est pas expressément limité de la sorte, c'est le juge qui décide si un droit peut être supprimé ou non. Il en résulte qu'en principe les droits de l'actionnaire ne sont protégés que dans la mesure où les intérêts sociaux n'exigent pas une autre solution. L'art. 2 al. 2 CCS considère au contraire la majorité en tant que telle. Et, de même que les droits acquis relatifs ne sont protégés que si l'intérêt social n'exige pas

une solution différente, de même une atteinte aux droits des actionnaires n'est licite que dans la mesure où la majorité agit dans l'intérêt bien compris de la société»[60]. Le même raisonnement peut être appliqué au principe de l'égalité de traitement des actionnaires. Ce principe n'exige pas que tous les actionnaires soient toujours traités de la même manière. Il n'intervient que lorsqu'une inégalité de traitement n'est pas justifiée par des motifs légitimes, lorsqu'elle conduit à favoriser sans raison certains actionnaires aux dépens des autres, en d'autres termes, lorsque cette inégalité de traitement constitue un abus au sens de l'art. 2 CCS[61].

Or cette notion d'abus, qui est le fondement de la protection des minorités, a une signification très différente dans la société isolée ou au sein d'un groupe. Dans la société isolée, la majorité abuse de son pouvoir lorsqu'elle prend des décisions que l'intérêt social, même considéré de façon large et à long terme, ne peut justifier, c'est-à-dire, lorsque la majorité cherche à obtenir, au détriment de la minorité, des avantages extérieurs à la société considérée, en un mot des avantages égoïstes. Au sein d'un groupe, la direction unique prend fréquemment des décisions qui ne concordent pas avec l'intérêt social de chaque filiale. Ces décisions sont dictées par l'intérêt du groupe, qui n'est pas véritablement un intérêt extérieur par rapport à celui de la filiale, puisqu'elle fait partie du groupe. On ne peut dire que la direction unique poursuive alors des buts égoïstes.

Déclarer systématiquement ces décisions abusives, c'est nier la réalité des groupes, leur légitimité en tant qu'instruments efficaces de l'économie, et entraver leur fonctionnement dans une mesure incompatible avec le but à atteindre. Il faut donc bien reconnaître que certaines décisions, qui seraient abusives au sein d'une société isolée, ne le sont pas au sein d'un groupe, cette notion n'ayant plus le même sens. Elle ne peut en effet plus résulter d'une comparaison entre les intérêts de la société et ceux de l'actionnaire; il faut encore intégrer dans l'analyse les intérêts du groupe.

[60] W. R. SCHLUEP, Die wohlerworbenen Rechte, p. 415/416.

[61] Telle est en tous cas l'opinion de certains auteurs, notamment de WEISS, Das Aktienrecht, Einleitung, nº 193 ss.; nous avons vu que le Tribunal fédéral adopte une position un peu différente.

Ainsi que l'a déclaré le Tribunal correctionnel de Paris, «perdant son individualité, chaque opération doit ainsi s'apprécier hors du cadre de la structuration des entreprises, à la lumière de la politique d'ensemble élaborée par le chef de file du groupe...»[62]. La question est de savoir si un juge est encore en mesure de procéder à une telle appréciation lorsque, selon les termes imagés utilisés par le même tribunal de Paris: «Selon le principe des ondes de choc, les décisions prises en amont se répercutent en aval et vice et versa, de même qu'elles créent entre les sociétés des phénomènes d'interférence se traduisant en langage commercial par des avantages et des obligations réciproques...»

Compromise au niveau des décisions sociales par la transformation de la notion d'abus, la protection des minorités ne l'est pas moins au niveau de la gestion courante par la modification de la position et du rôle de l'administration. Celle-ci ne représente plus la société qui l'a élue, mais le groupe auquel elle est, de fait, soumise. Ce sont les intérêts de ce dernier qu'elle doit défendre. Pourtant, en vertu de dispositions légales impératives, elle reste responsable à l'égard de la société qu'elle administre, de ses actionnaires et de ses créanciers. Cette situation est aussi insatisfaisante pour l'administration que pour les actionnaires externes.

A ces difficultés au niveau des principes s'ajoutent des difficultés de fait. La dimension même de groupe, la complexité de son organisation, sa puissance financière sont telles que l'actionnaire n'est pratiquement plus en mesure de faire valoir efficacement les droits que la loi a prévus pour sa protection. La plupart du temps, les informations nécessaires lui font défaut. Et même si on lui reconnaît un droit d'information très large, la masse des données à examiner sera telle qu'il lui sera impossible d'en tirer parti. On ne saurait non plus demander à un juge d'évaluer, à l'occasion de chaque conflit entre un actionnaire minoritaire et l'administration d'une filiale, la politique à l'échelle mondiale d'un grand groupe.

Dans une telle situation, seule une intervention législative peut rétablir l'équilibre rompu en faveur du groupe. Cette intervention,

[62] Tribunal correctionnel de Paris (11e ch.), 26 novembre 1968, Gazette du Palais 1969 (1er sem.), p. 309.

à moins d'être vouée à l'inefficacité dès l'abord, devra viser ce que nous avons appelé le *deuxième objectif*. Il s'agit donc de reconnaître la réalité du groupe et d'en tirer les conséquences, de la légaliser. Le pouvoir de fait est passé aux mains du groupe: ce pouvoir peut être reconnu de droit, mais la responsabilité du groupe (c'est-à-dire de la société dominante) doit être admise en contrepartie en tous cas à l'égard de la société et des actionnaires (la situation des créanciers est différente). L'intérêt de groupe prévaut sur celui des sociétés qui en font partie: cet intérêt peut être reconnu, mais il faut alors prévoir une protection spéciale des sociétés de groupe et de leurs actionnaires. Puisqu'il est impossible d'apprécier à l'occasion de chaque conflit d'espèce le caractère légitime de l'intérêt de groupe, *cette protection doit être préventive*. Plusieurs solutions sont possibles: maintien du capital et des réserves des sociétés dominées, droit de retrait de l'actionnaire, garantie de dividende, etc. Notre but n'était pas de les étudier, mais seulement d'en montrer la nécessité.

Chapitre 7: Protection des créanciers sociaux

A. Protection résultant de la fixité du capital social

L'importance du rôle joué par le capital social comme garantie des créanciers sociaux ne doit pas être surestimée. Il ne s'agit que d'une garantie minimale. Le législateur a cependant édifié un système assez complexe de règles destinées à assurer d'abord la constitution effective, puis le maintien du capital social pendant toute la durée de l'existence de la société. Il n'y a pas lieu d'analyser ici toutes ces règles, mais seulement d'en rechercher la portée pratique pour les créanciers d'une société de groupe. Dans ce contexte, les dispositions relatives à la restitution des sommes perçues indûment (art. 678 CO) et au remboursement des versements de l'actionnaire (art. 680 CO) paraissent les plus intéressantes[1].

Selon l'art. 678 CO, «l'actionnaire qui a perçu indûment et de mauvaise foi des dividendes ou des intérêts intercalaires est tenu à restitution. La même règle s'applique aux parts de bénéfice des administrateurs». Il y a perception indue, au sens de la loi, non seulement si un dividende est versé alors qu'il n'y a ni bénéfice ni réserve libre dont la société puisse disposer à cet effet, mais aussi lorsque par suite d'inobservation des règles sur le bilan (art. 662 ss. CO) celui-ci fait apparaître un bénéfice fictif, c'est-à-dire chaque fois que le paiement a lieu au détriment du capital social[2]. *Cette règle de l'art. 678 CO fixe impérativement les limites d'un contrat de transfert des bénéfices* (Gewinnabführungsvertrag) passé entre une société dominante et une société dominée, dans un groupe basé sur les participations. Elle permettrait aux créanciers sociaux d'une filiale, «vidée de sa substance» par l'effet d'un tel contrat, de réclamer à la société mère la restitution des montants indûment perçus, pour autant que cette dernière ait été de mauvaise foi. La mauvaise foi ne peut jamais être présumée. Toutefois, lorsqu'il

[1] Les dispositions légales relatives à la constitution effective du capital, à la procédure de réduction, à la liquidation de la S.A. ne semblent pas poser de problèmes spécifiques de droit des groupes.

[2] BÜRGI, Die Aktiengesellschaft, Art. 678, rem. 10.

s'agit d'un contrat de transfert de bénéfices passé entre une société mère et une filiale, on admettra en règle générale que la société mère était informée de la situation, ou du moins aurait pu et dû l'être en usant de l'attention commandée par les circonstances.

L'art. 678 est une norme spéciale qui doit être interprétée restrictivement. Selon la doctrine dominante, son application est donc limitée aux cas expressément formulés des dividendes, intérêts intercalaires et tantièmes[3]. Il en résulte une double limitation de son efficacité. En premier lieu, il ne peut être appliqué qu'au sein des groupes basés sur les participations, car c'est seulement si la société dominante est actionnaire de la société dominée que le bénéfice transféré peut être qualifié de dividende, ou d'intérêt intercalaire. Les groupes contractuels ne sont donc pas visés. En second lieu, les transferts de bénéfices réalisés par d'autres moyens (contrats de droit des obligations, tels que ventes, licences, etc.) ne tombent pas non plus sous le coup de l'art. 678 CO.

L'art. 680 al. 2 CO dispose que les actionnaires «n'ont pas le droit de réclamer la restitution de leurs versements». Doctrine et jurisprudence s'accordent pour interpréter cette formule dans le sens d'une interdiction absolue de toute restitution – même volontaire – du capital aux actionnaires dans des formes autres que celle de la procédure de réduction du capital social[4]. La question de savoir si toute restitution du capital en violation de l'art. 680 al. 2 CO est nulle, comme le Tribunal fédéral semble l'admettre[5], ou entraîne seulement la responsabilité des administrateurs[6], est controversée. Le caractère impératif des règles destinées à protéger le

[3] BÜRGI, Die Aktiengesellschaft, art. 678, rem. 27, qui invoque à l'appui de son opinion la volonté du législateur; d'autres auteurs (SIEGWART, Die Aktiengesellschaft, art. 657, 658, rem. 7; F. VON STEIGER, Das Recht der Aktiengesellschaft, p. 258, 323) admettent par contre que l'art. 678 CO peut être appliqué par analogie à d'autres catégories de versements, notamment les versements aux porteurs de bons de jouissance ou de parts de fondateurs.

[4] WEISS, Das Aktienrecht, Einleitung, nº 94; F. VON STEIGER, Das Recht der Aktiengesellschaft, p. 294; SIEGWART, Die Aktiengesellschaft, Art. 650, rem. 5 ss.; RO 35 II 308; 65 I 147; 87 II 169.

[5] RO 60 II 313 = JT 1935, 103; même avis SIEGWART, Die Aktiengesellschaft, Einleitung, rem. 263.

[6] BÜRGI, Die Aktiengesellschaft, Art. 680, rem. 38.

capital social et l'importance primordiale qui y est attaché par le législateur, nous font pencher pour la première solution. Selon la doctrine, il faut assimiler à une réduction du capital social «les versements aux actionnaires qui ne sont pas formellement qualifiés de réduction de capital, ni traités comme tels, mais en raison des circonstances objectives (importance des versements) et subjectives (conscience et volonté de réduire le capital) aboutissent à ce résultat»[7].

Cette disposition pourra être invoquée par les créanciers d'une filiale, si la société dominante cherche à se faire rembourser son capital par des contrats léonins, et sans contre-prestation suffisante de sa part. Elle complète ainsi utilement celle de l'art. 678 CO, mais est soumise à la même restriction, à savoir qu'elle n'est applicable qu'au sein d'un groupe basé sur des participations, car seule la restitution du capital *aux actionnaires* est visée.

Les art. 678 et 680 al. 2 CO ne peuvent être invoqués par les créanciers qu'après l'ouverture de la faillite par l'intermédiaire de son administration ou, directement, en vertu d'une cession des droits à la masse. Siegwart suggère cependant une possibilité intéressante pour les créanciers d'intervenir déjà en cours de vie sociale. En cas de réduction du capital, les créanciers ont, en vertu de l'art. 734 CO, le droit d'être désintéressés ou garantis, avant tout versement aux actionnaires. SIEGWART estime que cette disposition est également applicable s'il y a une réduction de capital «camouflée», ce qui permettrait aux créanciers d'exiger des sûretés immédiatement, au besoin par la voie de l'exécution forcée[8].

B. Responsabilité des administrateurs et responsabilité «quasi-organique» de l'actionnaire dominant

La responsabilité des administrateurs proprement dits a déjà été traitée dans le contexte de la protection des actionnaires externes; nous pouvons nous référer à ce qui a déjà été dit à ce sujet[9]. Cer-

[7] SIEGWERT, Die Aktiengesellschaft, Einleitung, rem. 264 (traduction).

[8] SIEGWART, Die Aktiengesellschaft, Einleitung, rem. 264.

[9] Chapitre 6, litt. B, ch. 2.

tains auteurs[10] ont récemment proposé d'étendre le champ d'application de l'art. 754 CO à d'autres catégories de personnes, notamment à l'actionnaire dominant d'une société et à la société dominante d'un groupe. Ils font valoir qu'au sein d'un groupe le pouvoir effectif est déplacé vers la société dominante, qui joue ainsi le rôle d'un organe de fait ou d'un organe médiat. Il serait alors équitable qu'à ce pouvoir corresponde une responsabilité semblable à celle des organes[11]. On relève en outre que l'art. 754 CO ne vise pas que le cercle restreint des administrateurs et contrôleurs proprement dits, mais «toutes les personnes chargées de la gestion, de l'administration et du contrôle», ce qui ouvrirait la porte de son application aux personnes exerçant la gestion effective.

On peut trouver quelque appui à cette manière de voir en droit étranger. Les juristes anglo-saxons, avec le pragmatisme qui les caractérise, n'ont pas hésité à étendre à toute personne participant à la gestion, et spécialement à l'actionnaire dominant les «obligations fiduciaires» (fiduciary duties) qu'assument les administrateurs à l'égard de la société[12]. L'*Aktiengesetz* admet d'une manière générale que les personnes qui ont *sciemment* usé de leur influence sur la société pour inciter l'un de ses organes à commettre un acte préjudiciable aux actionnaires ou à la société elle-même en sont responsables envers elle[13]. Dans le domaine du «Konzernrecht» le § 317 AktG précise que l'entreprise dominante qui, en l'absence d'un contrat de domination, a incité une société dépendante à accomplir des actes dommageables sans compenser la perte qui en résulte est tenue envers elle à la réparation du dommage

[10] Notamment GÜNTHER WÖRNLE, Die organähnliche Haftung des machtausübenden Hauptaktionärs gegenüber Gläubigern der abhängigen Gesellschaft, thèse Lausanne 1970; A. PETITPIERRE-SAUVAIN, Groupes de sociétés, p. 133ss.

[11] «Es wäre nur recht und billig, wenn man dem ‹mittelbaren Organ› auch entsprechend die den Organen obliegenden Pflichten auferlegte.» WÖRNLE, Die organähnliche Haftung, p. 59.

[12] «Anyone, and a fortiori a dominating shareholder, may be liable if he knowingly participates in a breach of 'trust' by the directors. He will equally be liable if without lawful excuse he induces the directors to break any contractual duties which they owe the company.» L.C.B. GROWER, The Principles of Modern Company Law, London 1969, p. 561.

[13] § 117 AktG.

causé. L'intention dolosive n'est ici plus requise, mais la société dominante peut se libérer de sa responsabilité en établissant qu'en faisant preuve de la diligence requise le gérant d'une société isolée aurait agi de la même manière.

Le droit suisse positif ne connaît pas de disposition analogue. Quant à la jurisprudence, il n'en existe pas à notre connaissance en droit civil[14]. Nous penchons pour une solution négative, pour deux raisons. En premier lieu, la doctrine dominante admet que la responsabilité des administrateurs selon l'art. 754 CO a un caractère contractuel[15]. Ce caractère est d'ailleurs exprimé par l'expression « *chargé* de la gestion » (en allemand « betraut ») utilisée par son texte. On entend par là, selon l'interprétation courante, les personnes qui ont été soit désignées par l'assemblée générale pour gérer la société, soit encore les personnes auxquelles la gestion a été déléguée. L'actionnaire dominant n'est pas chargé de la gestion, même s'il l'exerce en fait. En second lieu, l'actionnaire dominant (ou la société dominante) n'a *pas de droit* de gestion. Il peut exercer des pressions sur les organes sociaux, mais non se substituer à eux. L'administration de la société reste – sur le plan du droit – libre et responsable de ses actes; et il ne lui est pas permis d'aliéner cette liberté, par un contrat d'administration ou de domination, dans une mesure incompatible avec les intérêts des actionnaires et des créanciers sociaux[16]. Or les actes d'une administration libre ne peuvent être en droit imputés ni à un actionnaire dominant ni à une société dominante[17].

[14] Par contre, en droit pénal, la qualité d'organe a été reconnue par le Tribunal fédéral à une personne qui dirigeait en fait la société sous le couvert d'un homme de paille. (Cité par SCHUCANY, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, Zurich 1960, p. 202). Cet arrêt ne nous semble pas avoir valeur de précédent en droit civil. Le droit pénal a d'autres critères et vise le maintien de l'ordre public, non la protection des créanciers.

[15] F. VON STEIGER, Das Recht der Aktiengesellschaft, p. 268; AKRAM YAMULKI, La responsabilité des administrateurs et des organes de gestion des sociétés anonymes, thèse Genève 1964, p. 21.

[16] Voir sur ce sujet Chapitre 6, litt. A.

[17] W. VON STEIGER, Holdinggesellschaften, p. 309a; DU MÊME AUTEUR Über die Verantwortung des Hauptaktionärs, in: Ius et Lex, Festschrift für Max Gutzwiller, Bâle 1959, p. 703.

Des considérations d'équité ne peuvent être substituées à l'ordre légal des responsabilités. Deux réserves doivent cependant être faites:

- l'actionnaire dominant (ou la société dominante) peut être parfois rendu directement responsable en vertu de l'art. 41 CO (voir à ce sujet Première partie, chapitre 3, litt. B, ch. 2, litt. a).
- l'art. 2 CCS permet au juge d'intervenir en cas d'abus. Cette hypothèse est examinée dans la section suivante.

C. Abus de la personnalité morale

1. En général[18]

«Le premier caractère dominant de la personne morale est de réaliser une autonomie patrimoniale étrangère à l'individualité physique.»[19] Dans le droit de la société anonyme, cette autonomie patrimoniale, sur le plan interne, est renforcée sur le plan externe par le principe de la responsabilité limitée de l'actionnaire[20]. Il en résulte, en droit des groupes, que le créancier d'une société dominée ne peut s'en prendre qu'au patrimoine de sa débitrice: le mur de la personnalité juridique l'empêche de remonter jusqu'au propriétaire économique des biens, qu'il s'agisse d'un actionnaire physique ou d'une société dominante.

L'interposition d'une personne morale entre le créancier et le «débiteur économique» est en principe parfaitement licite, mais peut aussi conduire à des abus dont la jurisprudence s'est très tôt préoccupée. L'expression anglaise «disregard of legal entity», utilisé par la jurisprudence anglo-saxonne, l'expression allemande «Durchgriff» et le terme français de «transparence» traduisent

[18] Pour un exposé complet et circonstancié de cette matière voir PETITPIERRE-SAUVAIN, Groupes de sociétés, première partie, chapitres 1 et 2.

[19] CHAMPAUD, Le pouvoir de concentration, p. 273.

[20] La responsabilité limitée des associés n'est pas une conséquence nécessaire de la personnalité morale. En droit français, par exemple, les associés en nom collectif sont solidairement responsables des dettes de la société, qui est une personne morale.

toutes une même idée, à savoir qu'il est parfois nécessaire de «lever le voile de la personnalité juridique» pour aboutir à une solution équitable.

2. En droit suisse[21]

On trouve dans la jurisprudence du Tribunal fédéral plusieurs cas d'application de cette idée. C'est ainsi par exemple que les tribunaux ont jugé inadmissible la cession d'une créance personnelle de l'actionnaire unique à sa société dans le seul but de déplacer le for[22]; le fait d'invoquer la diversité des sujets de droit pour échapper à une interdiction de concurrence[23]; le recours d'une caution contre sa co-caution, alors que le cautionnement avait été donné en faveur d'une société dont la caution était l'actionnaire unique[24]. La jurisprudence n'a traité que des cas d'«Einmanngesellschaft» et de «Quasi-Einmanngesellschaft»[25]; elle a fondé sa position sur l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CCS):

> «Lorsque tout l'actif ou la quasi-totalité de l'actif d'une société anonyme appartient, soit directement, soit par personnes interposées, à une seule personne (Einmanngesellschaft), on ne peut s'en tenir sans réserve à l'existence formelle de deux personnes juridiques: la société et l'actionnaire. On doit à certains égards admettre que, conformément à la réalité économique, il y a identité entre ces deux personnes et que les rapports de droit liant l'une lient également l'autre. Ce sera le cas chaque fois que le fait d'invoquer la diversité des sujets... constituerait un abus de droit on aurait pour effet une violation manifeste d'intérêts légitimes.»[26]

Ainsi le Tribunal fédéral pose-t-il deux critères:

[21] Voir notamment SIEGWART, Die Aktiengesellschaft, Einleitung, rem. 28 ss.; WEISS, Das Aktienrecht, Einleitung, rem. 118 ss.; W. VON STEIGER, Holdinggesellschaften, p. 307a; CAPTAINE, Le statut des sociétés anonymes, p. 40a; CAFLISCH, Die Bedeutung, p. 249 ss.

[22] RO 53 II 31.

[23] RO 72 II 67 = JT 1947, 117.

[24] RO 81 II 455 = JT 1956, 491.

[25] Selon l'arrêt Hussnig (RO 71 II 272 = JT 1946, 270), il suffit que l'actionnaire, même s'il ne réunit pas formellement toutes les actions dans ses mains, ait concrètement le pouvoir d'en disposer et ait fait usage de cette possibilité.

[26] RO 72 II 67 = JT 1947, 117.

- il faut que l'actif de la société considérée appartienne totalement ou dans sa quasi-totalité, à une seule personne (physique ou morale);
- il faut en outre que le fait d'invoquer la séparation formelle des sujets constitue un abus de droit.

3. Application à la protection des créanciers d'une société dominée

La première condition se trouve réalisée au sein d'un groupe lorsque la société dominante possède la totalité, ou la quasi-totalité des actions de la filiale. Mais tel n'est pas toujours le cas. Ainsi que nous l'avons déjà relevé, une participation minoritaire suffit parfois à assurer le pouvoir de la direction unique[27]. Dans cette hypothèse, nous estimons qu'il ne serait guère concevable de «lever le voile» de la personnalité juridique, étant donné que l'actionnaire dominant (ou la société dominante) et la société dominée ne sont nullement identiques[28]. Cette dernière reste théoriquement libre de ses actes. La même réflexion peut être faite en cas de groupe contractuel. Pour appliquer à de tels groupes la théorie de la transparence, il faudrait admettre que le premier critère ne réside pas dans l'identité ou la quasi-identité économique des sujets de droit en cause, mais dans l'exercice effectif du contrôle, c'est-à-dire dans le pouvoir de disposer en fait des biens sociaux. La jurisprudence suisse n'a pas encore franchi ce pas, et nous doutons qu'elle soit prête à le franchir.

Quant au second critère – abus de droit ou violation manifeste d'intérêts légitimes –, il est impossible de le définir «in abstracto». Outre les cas déjà tranchés par la jurisprudence, ou pourrait admettre, à l'instar de la jurisprudence étrangère, ceux où il y a confusion volontaire des patrimoines, ou sous-capitalisation manifeste de la filiale[29]. Il faut cependant rejeter l'idée que le critère d'abus

[27] Chapitre 1, litt. A, ch. 1.

[28] Selon W. VON STEIGER, Holdinggesellschaften, p. 275a, la «théorie modifiée de l'unité» n'est applicable que lorsque l'actionnaire dominant dispose d'une majorité de droit.

[29] Voir la jurisprudence étrangère citée par PETITPIERRE-SAUVAIN, Groupes de sociétés, p. 131–132.

pourrait être trouvé, comme le suggère Mme PETITPIERRE-SAUVAIN, dans la pratique des groupes «corrects»[30]. Tout d'abord parce que cette notion de «groupe correct» est à notre avis trop imprécise pour être utilisable; et surtout parce que l'on en arriverait presque nécessairement à admettre par ce biais une responsabilité quasi-automatique de la société dominante, ce qui à notre avis est de la compétence du seul législateur. L'art. 2 al. 2 CCS ne sanctionne que l'abus *manifeste* d'un droit; c'est un moyen extraordinaire; il ne peut être invoqué chaque fois qu'un comportement est simplement incorrect ou anormal.

D. Action révocatoire

1. En général

La situation du créancier d'une société dominée, dont le patrimoine – qui est sa seule garantie – est transféré par la direction unique à la société dominante ou à une filiale, n'est pas sans analogie avec celle du créancier dont le débiteur – sentant sa déconfiture prochaine – s'efforce de «mettre à l'abri» une partie de ses biens en les transférant à des tierces personnes, ou encore de favoriser certains créanciers. Le droit de l'exécution forcée connaît un moyen pour rétablir dans ses droits le créancier ainsi lésé. Il s'agit de l'action révocatoire, qui a pour but «de faire rendre aux biens atteints par l'acte révocable du débiteur leur destination primitive, c'est-à-dire de les mettre en état de servir à désintéresser les créanciers en les faisant tomber sous le droit d'exécution de ceux-ci»[31]. La loi sur la poursuite pour dettes et la faillite énumère trois cas d'action révocatoire. Les deux premiers (Schenkungspauliana, Überschuldungspauliana) visent des hypothèse particulières qui, pour le sujet qui nous occupe, sont d'un intérêt plus limité. Par

[30] PETITPIERRE-SAUVAIN, Groupes de sociétés, p. 133: «Le juge pourra rechercher s'il est usuel que, dans des circonstances analogues au cas concret, les groupes prennent en charge les dettes de leurs filiales.»

[31] ANTOINE FAVRE, Droit des poursuites, Fribourg 1967, p. 372.

contre le troisième est intéressant; il s'agit de l'art. 288 LP, selon lequel:

«Sont... nuls, quelle que soit leur date, tous actes faits par le débiteur dans l'intention de porter préjudice à ses créanciers ou de favoriser certains créanciers, avec leur connivence, au détriment des autres.»

Pour qu'un acte soit révocable, il faut que certaines conditions objectives et subjectives soient réalisées. Il faut tout d'abord, de *manière objective,* que l'acte «entraîne directement ou indirectement un amoindrissement des droits des créanciers dans la réalisation forcée des biens de leur débiteur, soit en grevant les biens soumis à cette réalisation, soit en les soustrayant complètement à l'exécution forcée, soit en augmentant la masse du passif auquel doit être affecté l'actif à réaliser, soit simplement en créant pour les créanciers ou la masse une situation juridique plus défavorable»[32]. Il n'y a donc pas, en général, matière à révocation lorsque le débiteur a obtenu pour sa prestation une contre prestation équivalente[33].

A cet état de fait objectif doit venir s'ajouter un *double élément subjectif.* D'une part, il faut l'intention du débiteur de porter préjudice à ses créanciers ou de favoriser certains d'entre eux; d'autre part, il faut que les créanciers aient été «de connivence» avec le débiteur. La jurisprudence a atténué la rigueur de ces deux conditions. Tout d'abord, une véritable intention du débiteur de porter préjudice à certains créanciers n'est pas exigée: il suffit que ce résultat ait été la conséquence naturelle et prévisible de l'acte attaqué[34]. Quant au terme de «connivence» il ne doit pas être pris à la lettre. Selon une jurisprudence constante, il faut préférer le texte allemand qui parle d'une «intention reconnaissable pour l'autre partie»[35]. Il suffit que le créancier ait pu ou dû se rendre compte, en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances,

[32] CHARLES JAEGER, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, édition française, Genève/Lausanne (sans date), tome III, p. 39.

[33] JAEGER, Commentaire, p. 39; HANS FRITZSCHE, Schuldbetreibung, Konkurs und Sanierung, tome II, Zurich 1955, p. 268.

[34] FRITZSCHE, Schuldbetreibung, p. 269; RO 21, p. 1277.

[35] «... in der dem andern Teil erkennbaren Absicht...»

du caractère dolosif de l'acte[36]. Il convient encore de préciser que, selon la doctrine dominante, l'autre partie, dont la connivence est nécessaire, n'est pas uniquement le créancier favorisé, mais «toute personne à laquelle l'acte attaqué a fait acquérir des biens provenant du patrimoine du débiteur»[37]. Il est évident que la preuve de ce double élément subjectif n'est pas facile: c'est pourquoi l'art. 289 LP confère au juge un large pouvoir d'appréciation.

2. *Application aux groupes*

Lorsqu'une société de groupe fait faillite[38], les transferts qui ont affecté son patrimoine au profit de la société dominante ou d'une autre filiale peuvent être examinés sous l'angle de l'action révocatoire. Une restitution des montants indûment perçus pourra être exigée si les conditions objectives et subjectives de l'exercice de cette action sont réalisées. La *condition objective* sera notamment remplie dans tous les cas où la société dominée aura transféré des actifs à la société dominante ou à une filiale sur la base de contrats ne lui assurant pas une contre-prestation équitable, par exemple si elle a dû vendre ses produits à une société de groupe à des prix inférieurs à ceux du marché libre, etc.

La réalisation des *conditions subjectives* est plus difficile à établir. Etant donné que la société débitrice est par hypothèse soumise à la direction unique, la notion de «connivence» n'a plus guère de sens: on admettra en principe que cette condition est remplie. Par contre, il sera beaucoup plus difficile de prouver que la direction unique avait l'intention de nuire aux créanciers de la société de groupe ou même seulement, en accord avec la jurisprudence, que ce résultat ait été la conséquence naturelle et prévisible de l'acte attaqué. Cette preuve nécessite en effet un examen de la politique du groupe, examen dont nous avons déjà souligné l'extrême complexité. On peut cependant affirmer qu'une société mère qui entre-

[36] JAEGER, Commentaire, III, p. 44; FRITZSCHE, Schuldbetreibung, II, p. 270.

[37] JAEGER, Commentaire, III, p. 45; RO 32 II 25.

[38] Ou éventuellement fait l'objet de poursuites infructueuses.

prend délibérément de «vider de sa substance» une filiale s'expose, en cas de faillite de celle-ci, aux sanctions de l'art. 288 LP.

E. Conclusions

Une meilleure protection des actionnaires externes des sociétés formant un groupe paraît indispensable. La nécessité de protéger spécialement les créanciers sociaux est moins évidente.

1. La position des actionnaires externes est très différente de celle des créanciers. Alors que les premiers ont intérêt non seulement au maintien, mais aussi à l'accroissement du patrimoine social, dont dépend la valeur de leur placement, les seconds ne subissent aucun préjudice tant que la société dominée reste solvable. Ainsi, les actionnaires externes sont en quelque sorte perpétuellement et naturellement menacés par la politique de groupe et la prévalence de son intérêt sur celui de la société dont ils sont membres; les créanciers ne sont menacés que si cette politique amène la ruine complète de la société dominée, ce qui est un cas pathologique.

2. De fait, il est rare qu'une filiale d'un groupe important tombe en faillite. De nombreuses raisons: prestige, réputation de sérieux dans les affaires, crainte des problèmes sociaux, incitent la direction unique à éviter cette fâcheuse extrémité. Le danger paraît plus grand dans les petits groupes: on peut cependant se demander s'il est indispensable d'édicter des règles spéciales pour des situations restant exceptionnelles.

3. S'il y a quand même faillite, les créanciers se trouvent mieux placés que les actionnaires; en effet, ces derniers perdent la totalité de leur mise de fonds, alors que les premiers peuvent espérer un remboursement, au moins partiel, de leur créance.

4. Les créanciers sociaux peuvent trouver dans le droit positif une protection relativement efficace de leurs droits. Des dispositions légales très strictes veillent au maintien du capital social, qui est leur garantie essentielle. Ils peuvent exercer, comme les actionnaires, l'action en responsabilité contre les administrateurs. L'action révocatoire leur permet de faire retourner dans la masse en

faillite de la société dont ils sont créanciers les biens qui en ont été indûment soustraits. Enfin, la jurisprudence permet de «lever le voile» de la personnalité juridique lorsqu'il serait abusif de l'invoquer à leur égard.

5. Il faut ajouter à cela que les créanciers peuvent se protéger eux-mêmes contre les dangers inhérents aux groupes. S'ils contractent avec une filiale présentant une surface financière insuffisante, ils peuvent exiger de la société mère des garanties supplémentaires. Les actionnaires externes, au contraire, ne peuvent poser aucune condition: ils subissent la «prise de contrôle» par le groupe, et les inconvénients qui en résultent.

Cette différence entre la situation des actionnaires externes et celle des créanciers sociaux justifie un examen plus approfondi de la question. En particulier, la solution radicale préconisée par la Proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes, qui consiste à instituer une responsabilité solidaire de la société dominante pour les dettes de la société dominée nous paraît soulever, en théorie comme en pratique, de considérables objections.

En théorie tout d'abord, elle bat en brêche le principe fondamental de la responsabilité limitée de l'actionnaire. Ce qui n'était possible qu'en cas d'abus – théorie de la transparence – devient la règle. Et une fois le principe de la responsabilité solidaire de la société dominante pour les dettes d'une société filiale admis, ne devra-t-on pas l'étendre à l'actionnaire d'une société à membre unique, ou encore plus généralement à tout actionnaire dominant?

En pratique, la mise en œuvre de la responsabilité solidaire risque de créer des difficultés. Devra-t-on l'admettre lorsque, par exemple, la société filiale tombe en faillite par suite d'expropriation de ses biens, d'amendes fiscales excessives etc. ...? Les auteurs qui préconisent une responsabilité solidaire de la société dominante admettent eux-mêmes qu'elle pourrait être écartée dans certains cas, s'il apparaît:

«1. que certaines dettes n'ont pas été librement contractées par la filiale;
2. que des circonstances imprévisibles et étrangères à la marche normale des affaires ou de l'économie locale ont entraîné la faillite de la filiale.»[39]

[39] PETITPIERRE-SAUVAIN, Groupes de sociétés, p. 148.

La définition de ces «circonstances imprévisibles» n'irait pas sans difficulté.

De plus, l'existence d'une responsabilité solidaire de la société dominante obligerait celle-ci à exercer sur les sociétés dominées *un contrôle beaucoup plus étroit et à limiter leur autonomie,* pour diminuer les risques, et ce au détriment de la décentralisation de la gestion.

Relevons pour terminer que la loi allemande, la seule qui régisse aujourd'hui la matière des groupes de sociétés, ne va pas aussi loin. Elle se borne à instituer en faveur des créanciers sociaux des sociétés dominées une protection préventive et indirecte, en obligeant la société dominante à compenser les pertes qu'elle leur cause. Cette solution, plus compliquée peut-être, mais moins radicale, nous paraît préférable.