

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: 99 (1980)

Artikel: Vers un droit des groupes de sociétés?

Autor: Ruedin, Roland

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896096>

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: 09.04.2026

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

Vers un droit des groupes de sociétés?

Rapport présenté par ROLAND RUEDIN

Professeur à l'Université de Neuchâtel

Avant-propos commun des deux rapporteurs

Le nombre considérable de problèmes que posent les groupes de sociétés de lege lata et de lege ferenda a nécessité une répartition du travail. Le rapporteur de langue allemande, abordant la matière dans une optique globale, fait le catalogue des principaux problèmes. Il laisse au rapporteur de langue française le soin d'approfondir la question de la protection des actionnaires libres dans une optique essentiellement législative, en se basant sur les conclusions de l'excellent rapport présenté par le professeur LOUIS DALLÈVES en 1973. *La bibliographie commune, qui figure dans le rapport en langue française, concrétise cette collaboration.*

Ont également contribué à la réalisation de ce travail, Mme MICHÈLE SILBERMAN, assistante, M. BRUNO SLONGO, assistant, les responsables de nombreux groupes suisses par leurs précieux renseignements et le Fonds National Suisse de la Recherche Scientifique. Qu'ils veuillent bien trouver ici l'expression de notre vive reconnaissance.

Les rapporteurs

Table des matières

Première partie

Généralités

Titre 1. Notions	155
Titre 2. Exemple	155
Titre 3. Classifications	158
Titre 4. Avantages	161
Titre 5. Définition générale	164
Chapitre 1. La pluralité d'entités juridiquement indépendantes	164
Chapitre 2. La direction unique	165
Titre 6. Eléments d'une définition légale de lege ferenda	166
Chapitre 1. Source de la direction unique	166
Chapitre 2. Degré de qualification de la participation majoritaire	167
Chapitre 3. Exigences relatives à la direction unique	167

Deuxième partie

La nécessité d'une intervention législative

Titre 1. La question de la compatibilité de l'état de groupe avec le droit positif suisse	169
Titre 2. Les risques résultant de l'état de groupe	172
Chapitre 1. Les risques encourus par les actionnaires libres	172
Chapitre 2. Les risques encourus par les administrateurs et autres organes de gestion	175
Titre 3. L'insuffisance des moyens de protection du droit positif	176
Chapitre 1. Les moyens de protection des actionnaires individuels	176
Section 1. Les droits acquis	176
Section 2. Le devoir de fidélité de l'actionnaire dominant en tant qu'administrateur de fait	177
Section 3. Les principes généraux du droit	179
Chapitre 2. Les moyens de protection des minorités	184
Section 1. Les exigences de majorité qualifiée	184
Section 2. Les exigences de quorum	184
Section 3. Le droit de requérir la convocation de l'assemblée générale	184
Section 4. Le droit de demander la dissolution de la société pour justes motifs	185

Chapitre 3. Les moyens de déceler la violation des intérêts juridiquement protégés des actionnaires minoritaires	185
Section 1. L'information d'office	186
Section 2. Le contrôle de l'information	187
Section 3. L'information sur l'initiative de l'actionnaire	189
Titre 4. Les insuffisances de la mise en œuvre des moyens de protection du droit positif	189
Titre 5. L'urgence de l'intervention législative	191

Troisième partie

Les voies d'une intervention législative

Titre 1. L'amélioration de la protection des actionnaires minoritaires	194
Chapitre 1. La conservation des actionnaires minoritaires	195
Section 1. La contribution de l'avant-projet de 1975	195
Section 2. Les autres moyens de protection	197
§ 1. Les moyens de protection des actionnaires individuels	197
§ 2. Les moyens de protection des minorités	198
§ 3. Les moyens de déceler la violation des intérêts juridiquement protégés des actionnaires minoritaires	199
1. L'information d'office	199
2. Le contrôle de l'information	199
3. L'information sur l'initiative de l'actionnaire	202
Section 3. La mise en œuvre des moyens de protection	206
Chapitre 2. L'élimination des actionnaires minoritaires	207
Section 1. Généralités	207
Section 2. Le droit de sortie	207
Section 3. Le droit de retrait	209
Section 4. L'exclusion	210
Section 5. Le droit de rachat	211
Chapitre 3. Conclusions	212
Titre 2. L'amélioration de la protection des actionnaires libres	212
Chapitre 1. La conservation des actionnaires libres	212
Section 1. L'information d'office	213
§ 1. L'information destinée à faire connaître l'existence du groupe	213
1. L'information sur les participations	213
2. L'information sur les liens entre dirigeants de la société et d'autres entreprises	218
§ 2. L'information sur la fortune et le résultat du groupe	218
§ 3. L'information sur les relations de la société dépendante avec les autres sociétés liées	218
§ 4. L'égalité devant l'information	220
Section 2. Le contrôle de l'information	221
Section 3. L'information sur l'initiative de l'actionnaire	223
§ 1. Le droit aux renseignements	223
§ 2. Le contrôleur spécial	223
Section 4. La mise en œuvre des moyens de protection	224
Chapitre 2. L'élimination des actionnaires libres	224
Section 1. Le droit de retrait	224
Section 2. Le droit de rachat	226

	Chapitre 3. Conclusions	226
Titre 3.	Le droit des groupes de sociétés	226
	Chapitre 1. La légalisation de la direction unique	227
	Chapitre 2. Les principaux systèmes possibles	227
	Section 1. Les systèmes ayant pour effet de modifier la structure juridique du groupe de sociétés	227
	Section 2. Les systèmes ayant pour effet de ne pas modifier la structure juridique du groupe de sociétés	228
	§ 1. Le système contractuel	228
	§ 2. Le système contraignant	230
	§ 3. Le système dualiste	232
	Chapitre 3. Les principaux moyens de protection	233
	Section 1. La conservation des actionnaires libres	233
	§ 1. La protection de la valeur intrinsèque des actions	234
	§ 2. La protection de la valeur de rendement des actions	235
	Section 2. L'élimination des actionnaires libres	239
	§ 1. Le droit de retrait	239
	§ 2. Le droit de rachat	248
	Chapitre 4. Conclusions	252

Quatrième partie

Propositions

Titre 1.	Les principes d'une intervention législative en matière de groupes de sociétés	253
Titre 2.	La définition légale de lege ferenda	254
	Chapitre 1. Le caractère pluraliste de la définition légale de lege ferenda	254
	Chapitre 2. Le contenu des différentes définitions légales de lege ferenda	255
	Section 1. Source de la direction unique	255
	Section 2. Degré de qualification de la participation majori- taire	255
	Section 3. Exigences relatives à la direction unique	256
Titre 3.	La preuve de l'état de groupe	256
	Chapitre 1. Les présomptions	256
	Chapitre 2. L'obligation de l'information sur l'état de groupe	259
Titre 4.	La protection des actionnaires libres	259
	Chapitre 1. Les améliorations communes à tous les systèmes	259
	Chapitre 2. L'élimination des systèmes conservant les action- naires libres	260
	Chapitre 3. Les modalités des systèmes éliminant les action- naires libres	260
	Section 1. Le système fondé sur le droit de rachat	260
	Section 2. Le système fondé sur le droit de retrait	261
	Section 3. Le système combiné	261
	Bibliographie	263

Première partie

Généralités

Titre 1

Notions

Le groupe de sociétés¹ est une notion difficile à définir. Pourtant, même l'homme de la rue en a une idée. Il peut énumérer une liste de groupes, surtout s'ils sont «multinationaux». Mais sa conception est essentiellement économique : puissance homogène, souvent occulte, plus ou moins utile (ou nuisible!). Elle choque évidemment le juriste, imprégné du droit classique de la société anonyme, qui ne reconnaît que la réalité des sociétés membres du groupe.

Une fois combinées, ces deux conceptions, apparemment contradictoires, permettent toutefois de donner une assez bonne image de la notion de groupe de sociétés : *réunion en une unité économique de deux ou plusieurs sociétés*. En effet, le groupe de sociétés réalise la concentration économique dans la diversité juridique. Il permet la création d'une nouvelle entité économique au moyen de sociétés conservant leur identité juridique.

Titre 2

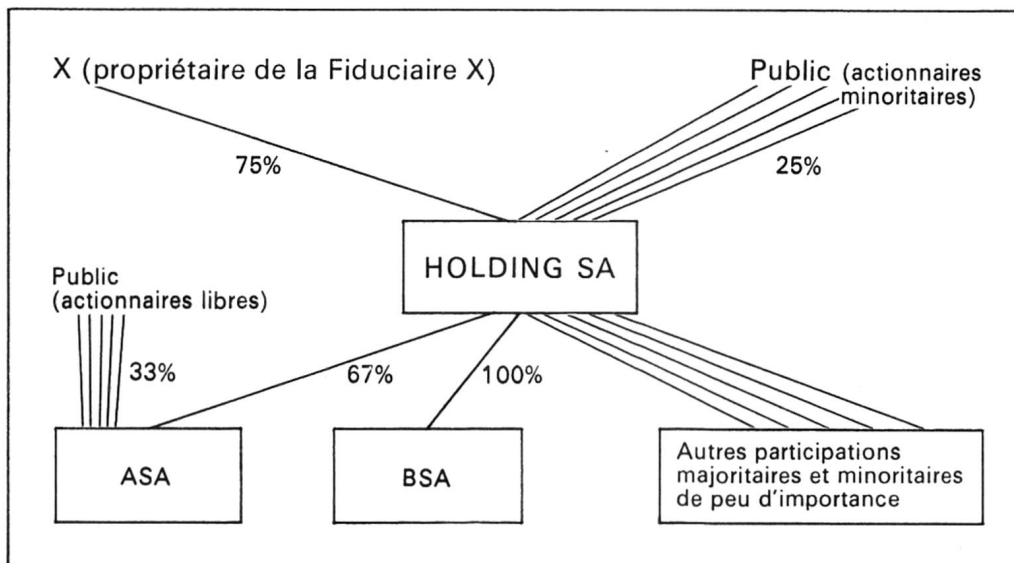
Exemple²

Holding S.A. est une société holding pure, fondée il y a 50 ans, dont les activités sont doubles :

- gestion des participations
- direction du groupe.

¹ Un groupe de sociétés peut se composer d'autres éléments que de sociétés, notamment d'entreprises individuelles (cf. DALLÈVES, Problèmes, pp. 577–578 et le présent rapport, 1^{re} partie, titre 5, chapitre 1). Mais, dans un but de simplification, il sera fait abstraction de ces cas. Dans le même but, il ne sera d'ailleurs question que des groupes de sociétés anonymes.

² L'exemple choisi est construit de toutes pièces. Mais il n'est pas académique, comme l'ont révélé les entretiens que l'auteur a eus avec les représentants de nombreux groupes.



Elle est cotée en bourse.

ASA est une société industrielle fondée il y a 100 ans. Elle produit des biens de première nécessité à la demande peu élastique. Elle est très bien implantée en Suisse, où le marché est assuré à long terme. Ses réserves sont considérables. Un rendement régulier est garanti pour l'avenir. Elle est cotée en bourse.

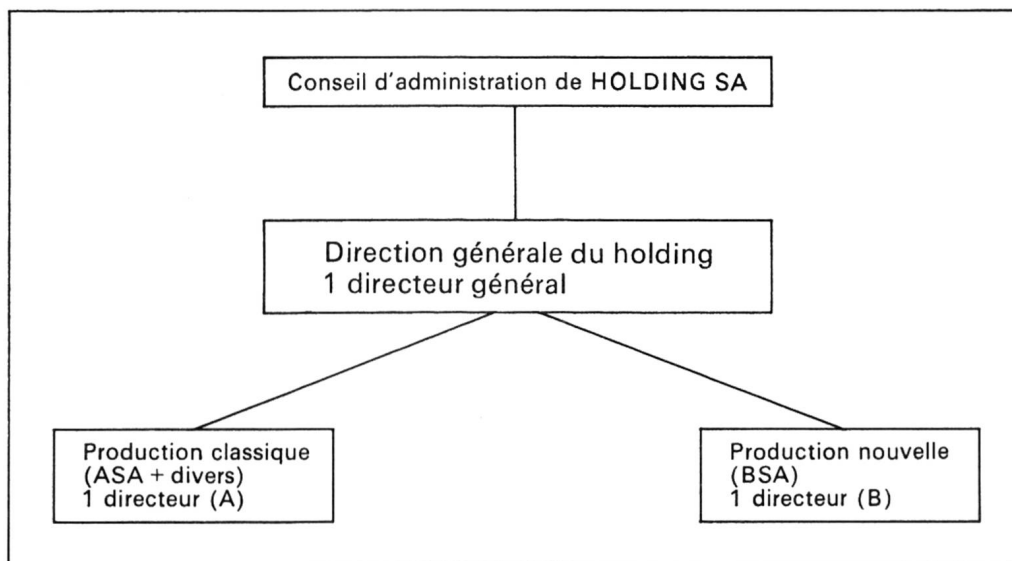
BSA est aussi une société industrielle, mais elle travaille dans un domaine différent. Fondée il y a deux ans, elle produit des nouveautés techniques. Elle se heurte à une concurrence très âpre, mais ses perspectives sont prometteuses en cas d'implantation réussie. Elle ne possède pas de réserves et a besoin de capitaux importants.

Le groupe Holding S.A. a été fondé il y a 50 ans, avec, comme principale participation, *ASA*, qui lui donne son caractère. La filiale à 100% *BSA* n'a été créée que récemment dans un but de diversification et d'augmentation des bénéfices du groupe.

Pour mener à bien sa nouvelle politique, le groupe tente de conquérir le plus rapidement possible la marché des produits B et de s'y implanter solidement. A cette fin, il recourt très largement à ses moyens propres, c'est-à-dire, en particulier, aux réserves et aux bénéfices de *ASA*. Il pratique notamment de la manière suivante:

- Mise à disposition de *BSA* par *ASA*, gratuitement ou à des conditions très favorables, de divers services et de cadres aux fins d'instruction, de mise en place, etc.
- Prêts de *ASA* à *BSA* à des taux très bas ou même sans intérêt, voire avec déclaration de postposition des créances.
- Mise à disposition gratuite du réseau de vente.

L'organigramme économique du groupe a l'aspect suivant:



Quant aux organes des diverses sociétés, ils fonctionnent de la manière suivante:

Assemblée générale

- Holding S.A. A lieu régulièrement. Est dominée par X.
 ASA A lieu régulièrement. Est dominée par Holding SA (X).
 BSA N'est tenue que formellement.

Administration

- Holding S.A. Conseil d'administration: 5 membres
 Président: X
 4 membres: 1 représentant des banques et
 3 autres membres
- ASA Conseil d'administration: 3 membres
 Président: directeur général du groupe
 Vice-président: directeur A du groupe
 Administrateur délégué: tiers spécialisé
- BSA Conseil d'administration: 3 membres
 Président: directeur général du groupe
 Vice-président: directeur B du groupe
 Administrateur délégué: tiers spécialisé

Par convention écrite, les membres du Conseil d'administration des deux filiales reconnaissent ne détenir que fiduciairement les actions de leur société respective et s'engagent à suivre toutes les instructions de Holding S.A., moyennant décharge de toute responsabilité personnelle à l'égard des tiers de la part de Holding S.A. De plus, ils ont signé une lettre de démission en blanc.

Contrôle

- Holding S.A. Fiduciaire Z (beau-fils de X)
 ASA Fiduciaire X
 BSA Fiduciaire X

Titre 3 Classifications

Pour être suffisamment large, toute définition des groupes de sociétés doit au moins tenir compte de leur diversité juridique.

Chapitre 1. *Classification basée sur la nature des rapports de force entre les sociétés du groupe*

Les rapports de force entre les sociétés du groupe peuvent être:

- équilibrés,
- déséquilibrés en faveur de l'une des sociétés.

L'équilibre caractérise le *groupe de coordination*³ qui, en principe, ne pose pas de problèmes particuliers de protection des minorités⁴. Le déséquilibre caractérise le *groupe de subordination*. Comme le montre l'exemple du titre précédent, cette catégorie de groupe réalise l'unité économique au profit d'une seule société (société-mère). Toutes les sociétés du groupe sont gérées conformément à l'*intérêt du groupe*. Le problème de la protection des actionnaires libres se pose.

Chapitre 2. *Classification basée sur la nature juridique de la source de l'état de groupe*

Un état de groupe peut résulter de diverses sources qui, elles-mêmes, peuvent coexister. La plus courante est la participation, mais il y en a d'autres, notamment le contrat dit d'entreprise⁵.

Section 1. **Le groupe de sociétés résultant d'une participation**

Le moyen le plus naturel de créer un groupe de sociétés est la participation. C'est en effet par l'acquisition d'actions d'une société anonyme que l'on peut s'assurer une influence sur cette société. Dès que la participation atteint une certaine importance, elle donne à son titulaire une influence déterminante sur la so-

³ Au sujet des groupes de coordination cf. H. G. GROMANN, *Die Gleichordnungskonzerne im Konzern- und Wettbewerbsrecht*, Köln 1979 et les références citées.

⁴ Il ne sera pas étudié dans le cadre de ce rapport.

⁵ Au sens du § 291 AktG.

ciété. Elle lui permet d'imposer sa politique, notamment une politique de groupe. Cette maîtrise ne découle pas forcément d'une participation majoritaire. Une participation minoritaire suffit dans de nombreux cas; d'autant plus que le pourcentage insuffisant d'une participation peut être complété par des conventions de vote ou par des imbrications personnelles. La participation est le moyen le plus fréquent de créer un groupe, tant en Suisse qu'à l'étranger.

Section 2. Le groupe de sociétés résultant d'un contrat

Deux catégories de contrats doivent être distinguées: les contrats dits d'entreprise et les autres contrats.

§ 1. Les contrats dits d'entreprise

Les contrats dits d'entreprise ont pour but principal de subordonner une société à une autre société. Le plus typique est le *contrat de domination*, par lequel une société anonyme soumet sa direction à une autre société⁶. Il est en général complété par un contrat de *transfert de bénéfices*, par lequel la société filiale s'engage à transférer à la société-mère la totalité de ses bénéfices^{6bis} contre certaines garanties pour elle-même⁷, pour ses actionnaires⁸ et pour ses créanciers⁹.

Les contrats dits d'entreprise sont traditionnels en Allemagne, mais peu nombreux dans les autres pays, spécialement en Suisse. Ils ne font, la plupart du temps, que renforcer la situation créée par une participation.

§ 2. Les autres contrats

De nombreux autres contrats, sans avoir pour but principal de créer un rapport de subordination entre deux sociétés, ont pourtant, de manière incidente, cette conséquence. Parmi ceux-ci, il faut mentionner¹⁰:

⁶ § 291 al. 1 AktG.

^{6 bis} § 291 al. 1 AktG.

⁷ § 302 al. 1 AktG.

⁸ §§ 304 ss AktG.

⁹ § 303 al. 1 et 3 AktG.

¹⁰ Pour plus de détails, cf. notamment J. DIERDORF, *Herrschaft und Abhängigkeit einer Aktiengesellschaft auf schuldvertraglicher und tatsächlicher Grundlage*, Köln 1978, pp. 127–196.

- Les contrats de louage d'entreprise et de communauté de bénéfices, que la loi allemande qualifie de « autres contrats d'entreprise »¹¹, parce qu'ils modifient aussi le but final de la société (recherche de bénéfices pour ses propres actionnaires)¹².
- Les contrats de licence, qui peuvent s'accompagner de règles strictes instituant une surveillance de la part du donneur de licence.
- Les contrats de sous-traitance, lorsque le sous-traitant se met à travailler essentiellement, voire uniquement pour l'entrepreneur.
- Les contrats de concession de vente exclusive, dans des conditions analogues.
- Les contrats de vente, lorsqu'une entreprise s'engage à acheter toute la production d'une autre entreprise, en se réservant le droit de fixer les normes de production, etc.

Section 3. Le groupe de sociétés résultant d'autres sources

Les participations et les contrats ne sont pas les seules sources possibles d'un état de groupe.

Certains auteurs¹³ considèrent que les statuts d'une société peuvent fonder un groupe. Certes, par une disposition statutaire, il est possible de créer un rapport de subordination. Mais l'introduction d'une telle clause nécessite toujours une majorité, difficilement réalisable sans l'existence préalable d'une participation.

Une autre source relativement importante réside enfin dans les imbrications de personnes. Lorsqu'une même personne est administrateur de plusieurs sociétés, il n'est pas exclu qu'elle agisse dans son seul intérêt (ou dans celui d'une société qui lui est particulièrement proche) et porte ainsi atteinte aux autres intérêts.

¹¹ § 292 AktG.

¹² WÜRDINGER, Großkommentar AktG, § 292, Einleitung.

¹³ TAPPOLET, Schranken konzernmäßiger Abhängigkeit, pp.105–113; F.P. OESCH, Der Minderheitenschutz im Konzern, pp.163–166; CAFLISCH, pp.124 ss; H. MAURER, Das Persönlichkeitsrecht der juristischen Person bei Konzern und Kartell, thèse Zurich 1954, pp.78 ss; W. VON STEIGER, Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften, pp.291 a – 304 a.

Chapitre 3. *Classification basée sur la nature de l'activité des sociétés du groupe*

Les sociétés d'un groupe peuvent exercer leur activité dans le même domaine économique ou dans des domaines économiques différents. Lorsque l'activité économique n'est pas diversifiée, le *groupe* est homogène. Il est assimilable à une entreprise. Il forme une unité économique. Lorsque l'activité économique est diversifiée, le groupe se présente sous forme de *conglomérat*. Peut-on encore parler d'une unité économique? Tout dépend de la définition de ce critère. Il faut répondre affirmativement si l'on se contente d'une certaine unité sur le plan financier; négativement si l'on exige une unité dans le but social.

Titre 4

Avantages

La justification et le sens d'une intervention législative dépendent largement des avantages et des inconvénients¹⁴ présentés par les groupes de sociétés.

Les avantages spécifiques¹⁵ des groupes de sociétés peuvent être classés en deux catégories:

- Avantages inhérents au groupe, indépendants du système juridique dans lequel le groupe fonctionne, donc permanents.
- Avantages extérieurs au groupe, dépendant du système juridique dans lequel le groupe fonctionne, donc provisoires. L'importance de cette seconde catégorie peut être considérable dans les pays qui, comme la Suisse, ne connaissent pas de droit des groupes. En effet, un système juridique qui ne comprend ni droit des groupes, ni protection efficace des actionnaires minoritaires, offre un terrain de développement idéal aux groupes de sociétés.

Chapitre 1. *Avantages inhérents*

Parmi les nombreux avantages inhérents à tout groupe de sociétés, la déconcentration et la souplesse sont les plus typiques.

¹⁴ Pour les inconvénients, cf. 2^e partie, titre 2.

¹⁵ Abstraction faite des avantages généraux de la concentration et de ceux des modes de concentration économiquement proches tels que la fusion.

Section 1. La déconcentration

La croissance interne des entreprises a des limites que le groupe de sociétés donne la possibilité de dépasser. Il «... permet à la grande entreprise de se dépasser en se multipliant»¹⁶. Pour les grandes entreprises, le choix n'existe même plus. «Lorsque les entreprises sont arrivées à un certain stade de concentration, la formation de groupes de sociétés est moins un avantage qu'une nécessité qui s'impose à elles.»¹⁷

La déconcentration résultant du groupe de sociétés est également utile pour les petites entreprises, car elle favorise notamment l'efficacité de la gestion.

La gestion est facilitée par la création de *centres de profits*. La plupart des décisions ne sont plus prises d'une manière centralisée. De larges compétences sont accordées aux responsables des différentes unités. Les instructions sont souvent peu nombreuses. Elles se limitent à l'essentiel, ne fixent que des objectifs à atteindre et non pas des méthodes à suivre. De ce fait, les responsables au niveau supérieur (administrateurs-délégués, directeurs généraux de filiales) ne se comportent plus en employés soumis à des contrôles incessants. Ils agissent comme des entrepreneurs autonomes, responsables de leurs performances. Leur goût de l'initiative, leur sens des responsabilités, sont aiguisés. Ils ne sont pas jugés sur la manière dont ils ont exécuté les instructions reçues. Ils sont jugés sur leurs résultats. Non seulement les patrimoines des différentes sociétés du groupe ne sont plus fondus entre eux, non seulement il n'y a plus de compensation automatique des résultats, mais au contraire on distingue soigneusement entre les différentes unités. Ce type d'organisation favorise la concurrence interne, l'esprit d'émulation des cadres dirigeants. Il évite la sclérose due au gigantisme. Il a aussi des effets bénéfiques sur le plan psychologique: on accepte plus facilement un poste de directeur général qu'un poste de chef de succursale, de département ou de division.

La déconcentration favorise également l'adaptation des grandes entreprises aux *conditions locales*. On comprend aisément que les décisions centralisées prises pour l'ensemble d'un groupe ne conviennent pas nécessairement à chaque membre du groupe. En revanche, chaque responsable de filiale est plus à même de décider ce qui est bon pour sa propre société.

¹⁶ CHAMPAUD, Les méthodes, p.1011.

¹⁷ CHAMPAUD, Le pouvoir, p.206.

Section 2. La souplesse

La formation du groupe peut se faire insensiblement, au gré des circonstances. Les techniques de formation sont nombreuses, beaucoup plus simples et beaucoup moins onéreuses que celles de la fusion.

Le but de l'acquisition d'une nouvelle filiale (ou de la création d'une nouvelle filiale, de toutes pièces ou par la division d'une société existante) peut être très varié: compléter une gamme de produits, garantir l'approvisionnement en matières premières en évitant les prix du marché, diversifier la production (conglomérat), conquérir de nouveaux marchés. Une filiale qui ne présente plus un grand intérêt peut être vendue.

La souplesse se manifeste aussi dans le cadre du fonctionnement du groupe¹⁸:

- Le groupe permet de conserver les principales acquisitions des filiales: renom, clientèle, etc.
- Le groupe permet à la société-mère d'intervenir sur le marché dans des domaines ou à des niveaux de qualité qui lui seraient nuisibles si elle agissait directement.
- Le groupe permet d'organiser la gestion en respectant ou non la structure juridique.

Chapitre 2. Avantages extérieurs

Trois avantages, très appréciés actuellement, pourraient disparaître du fait d'une législation sur les groupes:

- Le groupe de sociétés, si favorable à la concentration, permet dans une certaine mesure de la cacher.
- Il permet de limiter les frais de celle-ci. En effet, il suffit à une société d'acquérir le 50% plus une des voix attachées aux actions d'une autre société pour en assurer la domination. Et la pratique démontre qu'un pourcentage inférieur peut même être suffisant. De plus, l'économie d'impôt est considérable.
- Il permet enfin de limiter le risque de l'entreprise. Chaque membre du groupe conserve sa personnalité juridique et est seul responsable de ses dettes. Ce qui favorise certaines opérations risquées.

¹⁸ CHAMPAUD, *Le pouvoir*, pp.207–208, parle de «véritable carrousel de techniques juridiques».

Titre 5

Définition générale

De la doctrine suisse¹⁹ et étrangère²⁰, du droit positif allemand²¹ et des divers projets étrangers²², se dégage une définition du groupe de sociétés qui comprend deux éléments fondamentaux:

- pluralité d'entités juridiquement indépendantes²³,
- formant une unité économique

et s'énonce techniquement sous la forme suivante: *pluralité d'entités juridiquement indépendantes soumises à une direction unique.*

Chapitre 1. *La pluralité d'entités juridiquement indépendantes*

Même dans le cadre de la définition générale du groupe de sociétés, le terme «sociétés» ne peut pas remplacer les termes «entités juridiquement indépendantes». Si les entités filiales sont pratiquement toujours des sociétés, il n'en va pas de même de l'entité dominante. Il n'est pas rare, en effet, que l'entité dominante soit une entreprise individuelle ou une personne physique n'exerçant aucune activité économique en dehors de la gestion de ses sociétés. Les risques encourus par les actionnaires libres sont toutefois aussi grands que ceux encourus dans un groupe dominé par une société. La personne physique dominant plusieurs sociétés a tendance à gérer ses sociétés dans le sens qu'elle juge le plus favorable à ses intérêts personnels. Elle cherche à en tirer globalement

¹⁹ PLÜSS, *Der Schutz der freien Aktionäre*, p.6; VON GRAFFENRIED, p.22; TAPPOLET, p.3; ZWEIFEL, *Holdingsgesellschaft*, p.61; DALLÈVES, *Problèmes*, p.577; PETITPIERRE-SAUVAIN, p.1; F.P. OESCH, p.129; CAFLISCH, pp.53–54.

²⁰ Pour l'Allemagne, cf. notamment:

H.S. WERNER, *Abhängigkeitstatbestand*, p.35; WÜRDINGER, *Großkommentar*, § 18 al. 1; BIEDENKOPF/KOPPENSTEINER, *Kölner Kommentar zum AktG*, § 18 al. 1; E. REHBINDER, *Konzernaußenrecht*, p.33; *Untersuchungen zur Reform des Konzernrechts*, p.7.

Pour la France, cf. notamment:

R. RODIÈRE/B. OPPETIT, *Précis Dalloz de Droit commercial, Les groupements commerciaux*, 9^e éd. 1977, N° 350; BÉJOT, pp.13–14; GERMAIN, p.1; R. HOUIN, *Perspectives générales d'une action de lege ferenda*, in: «Les groupes de sociétés», séminaire Liège 1972, La Haye 1973, pp.359–360; CHAMPAUD, *Les méthodes*, pp.1011–1012; CHAMPAUD, *Le pouvoir*, p.196.

²¹ § 18 al. 1 AktG.

²² Art. 223 al. 1 proposition modifiée Statut SE; art. 33 al. 1 avant-projet directive (2^e partie); art.4 COUSTÉ I; art.3 al. 1 COUSTÉ II.

²³ Dans les sources qui viennent d'être citées, le terme «entité» n'est pas utilisé. Il est en général remplacé par celui de «entreprise».

le profit maximum, même si les intérêts de l'une doivent être sacrifiés aux intérêts des autres. Par conséquent, dès le moment où un actionnaire dominant a des intérêts hors de la société dominée, un état de groupe²⁴, au moins potentiel, existe²⁵.

Chapitre 2. *La direction unique*

La direction unique, élément principal de la définition du groupe de sociétés²⁶, est une notion vague que ni le législateur allemand, ni les auteurs des divers projets étrangers, n'ont tenté de préciser. Ils laissent ce soin à la jurisprudence et à la doctrine.

La direction unique a deux aspects: un aspect matériel et un aspect formel.

Sous son *aspect formel*, elle apparaît au grand jour. Dans de nombreux groupes, surtout dans les grands, elle se présente sous forme d'une organisation spéciale ayant pour mission de définir et de faire appliquer la politique du groupe: organe de la société-mère (direction générale du groupe) ou société du groupe (société de management).

Certes, une organisation destinée à gérer les filiales selon une politique établie de manière centralisée est pratiquement toujours la manifestation de l'existence d'un groupe²⁷. Mais elle n'en représente pas la condition sine qua non. Elle n'est qu'une manière d'exercer la direction unique au sens matériel, parmi d'autres beaucoup moins formelles. Une organisation spéciale n'est pas nécessaire. Des instructions expresses, écrites ou orales, de la part des organes ordinaires de la société-mère, non plus. De simples pressions de fait suffisent (crainte d'une non-réélection, d'une révocation, de la résiliation d'un contrat de travail). Les liens personnels sont particulièrement importants dans ce domaine.

Sous son *aspect matériel*, la direction unique est peu apparente.

²⁴ En droit brésilien, seules des sociétés peuvent composer un groupe de sociétés. Cf. F. KONDER COMPARATO, p. 794.

²⁵ Etant donné que, dans la grande majorité des cas, les groupes de sociétés sont dominés par une société, les termes «société dominante» seront utilisés dans la suite de ce travail comme équivalent de «entité juridiquement indépendante dominante».

²⁶ § 18 al. 1 AktG; art. 223 al. 1 proposition modifiée Statut SE; art. 33; avant-projet directive (2^e partie); art. 4 COUSTÉ I; art. 3 al. 1 COUSTÉ II.

²⁷ On peut imaginer une organisation centralisée dont le but est de promouvoir la gestion de chaque société du groupe dans son intérêt propre.

Elle se caractérise par la volonté de gérer toutes les sociétés du groupe comme une entreprise unique, ou par la volonté d'utiliser toutes les sociétés du groupe pour réaliser un but unique: la maximalisation du profit du groupe. Elle implique le sacrifice de l'intérêt d'une société filiale au profit d'une autre société filiale si le résultat global du groupe doit en bénéficier, c'est-à-dire la prévalence de l'intérêt de groupe²⁸.

La direction unique n'a pas nécessairement pour conséquence de porter atteinte aux intérêts des filiales. Elle peut coïncider avec l'intérêt de chacune d'elles, du moins momentanément. Il n'en reste pas moins que le risque d'atteinte subsiste.

Titre 6

Éléments d'une définition légale de *lege ferenda*

La définition générale présente l'avantage de couvrir, théoriquement du moins, l'ensemble des situations de groupe. Mais elle comporte l'inconvénient de manquer pratiquement de critère d'application immédiate²⁹. Elle pourrait servir de base à un droit des groupes théoriquement bien équilibré, mais difficilement applicable. Un moyen de limiter cet inconvénient consiste à résoudre à priori³⁰ les principaux problèmes posés:

- source de la direction unique
- degré de qualification de la participation majoritaire
- exigences relatives à la direction unique.

Chapitre 1. *Source de la direction unique*

La direction unique peut découler soit d'un pouvoir de droit de la

²⁸ Une définition du groupe mettant davantage l'accent sur l'aspect matériel de la direction unique serait souhaitable. Exemples:

- Pluralité d'entités juridiquement indépendantes soumises à un but unique.
- Pluralité d'entités juridiquement indépendantes réunies en une unité économique.

Mais pour éviter une inflation de définitions, la définition généralement admise sera retenue, étant entendu que la notion de direction unique doit être comprise dans son sens matériel.

²⁹ B. JADAUD/A. SAYAG, *La vaine recherche d'une définition du groupe en droit français*, in: *Les groupes de sociétés, une politique législative* (ouvrage collectif: BÉZARD/DABIN/ECHARD/JADAUD/SAYAG), pp. 193 ss.

³⁰ Pour des propositions de solution, cf. 4^e partie, titre 2.

société dominante sur la société dominée, soit d'un pouvoir de fait.

Le pouvoir de droit résulte en général d'une participation majoritaire (en matière de droit de vote), mais il peut aussi provenir d'un contrat. La direction unique découlant d'une participation majoritaire dépend exclusivement de la volonté de la société dominante. Elle dure aussi longtemps que celle-ci le désire. Par conséquent, elle peut être qualifiée de stable. La direction unique découlant d'un contrat est, en revanche, à la merci d'une violation de celui-ci par l'autre partie. Par conséquent, elle présente un caractère aléatoire. Encore ne faut-il pas exagérer ces différences, car la plupart des groupes contractuels reposent sur une participation majoritaire.

Le pouvoir de fait résulte d'un concours de circonstances, souvent indépendantes de la volonté de la société dominante. C'est notamment le cas pour le pouvoir de domination résultant d'une participation minoritaire (par exemple 40%) au sein d'une société cotée en bourse, dont les actions sont largement réparties dans le public. La direction unique basée sur un pouvoir de fait ne dépend pas exclusivement de la volonté de la société dominante. Par conséquent, même si elle peut être durable en fait, elle est fondamentalement aléatoire.

Chapitre 2. *Degré de qualification de la participation majoritaire*

L'étendue de la direction unique n'est pas uniforme. Elle dépend des règles de majorité qualifiée et de quorum, auxquelles sont soumises les décisions de l'assemblée générale.

En droit suisse, les cas de majorité qualifiée (art. 648 CO) et de quorum (art. 649 CO) sont peu nombreux. De plus, ils sont rarement déterminants en matière de direction unique, car ils ne concernent pas directement la gestion.

Chapitre 3. *Exigences relatives à la direction unique*

La direction unique, dans son aspect matériel, peut être effective sans se manifester ouvertement. Elle peut aussi, bien que possible, ne pas être réalisée effectivement. Par exemple, une société de placement acquiert une participation majoritaire dans une autre société, dans le seul but de faire un placement. La société dépendante continue d'être gérée conformément à ses intérêts

propres et ne subit aucun dommage du fait de sa dépendance. Il n'en reste pas moins que la direction unique reste possible, que la société dépendante se trouve en quelque sorte en sursis de direction unique.

Afin de faciliter la preuve du groupe de sociétés, il est tentant d'assimiler la direction unique potentielle à la direction unique effective, aux dépens de la souplesse du système.

Deuxième partie

La nécessité d'une intervention législative

Titre 1

La question de la compatibilité de l'état de groupe avec le droit positif suisse

En droit suisse, l'état de groupe pose fondamentalement deux questions :

- celle de sa compatibilité avec la personnalité morale des sociétés filiales,
- celle de sa compatibilité avec les règles impératives du droit de la société anonyme.

Chapitre 1. La question de la compatibilité de l'état de groupe avec la personnalité morale des sociétés filiales

Dans le cadre d'un groupe de sociétés, la société filiale remplit-elle encore les conditions de la personnalité morale? En d'autres termes, la notion de personnalité morale implique-t-elle un certain degré d'indépendance?

La réponse à cette question dépend évidemment du contenu de la notion de personnalité morale. Comme la doctrine dominante l'admet actuellement, la notion de personnalité morale est une sorte de nom collectif dont on ne peut déduire des règles détaillées¹. Elle comprend notamment des entités juridiques fort différentes, ne présentant pas vraiment de dénominateur commun. Même l'indépendance des membres par rapport à l'entité n'en n'est pas un². Ce qui fait dire à M. MÜLLER-FREIENFELS: «Nicht weil diese Einheiten Personen sind, nennt sie das Gesetz

¹ CAFLISCH, pp. 15–16; W. MÜLLER-FREIENFELS, Zur Lehre vom sogenannten «Durchgriff» bei juristischen Personen im Privatrecht, in: Archiv für die civilistische Praxis 156, 1957, p. 531.

² Cf. la question des versements supplémentaires et de la responsabilité pour les dettes sociales.

Personen, sondern weil und soweit es sie so behandelt wissen will, mag man sie Personen nennen»³.

L'état de groupe ne doit, par conséquent, pas être confronté avec la notion de personnalité morale, mais avec celle de société anonyme.

Chapitre 2. *La question de la compatibilité de l'état de groupe avec les règles impératives du droit de la société anonyme*

L'état de groupe est-il compatible avec les règles impératives qui ont trait, d'une part, à la modification du but final, d'autre part, au devoir de fidélité de l'administration?

Section 1. **La modification du but final**

La notion de but de la société anonyme recouvre trois réalités: le but final, le but social (article 626 ch.2 et 648 al.1 CO) et l'objet social (article 626 ch.2 et 649 al.1 CO).

Le but final est ou bien économique, ou bien non économique (article 620 al.3 CO). S'il est économique, il consiste en la recherche d'un avantage appréciable en argent en faveur des actionnaires de la société. S'il n'est pas économique, il peut notamment consister en la recherche d'un avantage appréciable en argent en faveur de tiers⁴.

Incorporer une société anonyme dans un groupe de sociétés a pour conséquence de la soumettre au but unique du groupe (maximalisation du profit du groupe). Or, renoncer à la recherche de bénéfices propres, rechercher des bénéfices en faveur d'autrui, équivaut à renoncer à un but économique, pour poursuivre un but non économique, c'est-à-dire à changer de but final.

En principe, une telle modification du but final est compatible avec le droit positif de la société anonyme. La société anonyme n'est pas un but en soi. Elle est destinée à permettre la réalisation des buts de ceux qui s'en servent. Ces buts peuvent être les plus divers: en général, servir les intérêts propres des membres; mais

³ p.527.

⁴ Cf. notamment A. MEIER-HAYOZ/P. FORSTMOSER, Grundriß des schweizerischen Gesellschaftsrechts (cité Gesellschaftsrecht), 2^e éd., Berne 1976, pp.100 et 106. Pour une autre conception, cf. A. LASSERRE, La société anonyme à but non économique en droit suisse, thèse Lausanne 1976, pp.32-35.

aussi, éventuellement, les intérêts d'autres personnes, par exemple d'une société dominante.

Une telle modification ne doit toutefois pas porter atteinte à des intérêts légitimes. La loi le laisse entendre implicitement. A l'article 620 al.3 CO, elle autorise la fondation d'une société anonyme en vue de poursuivre un but qui n'est pas de nature économique. Mais elle ne réglemente pas spécialement l'adoption d'un tel but par la modification du but original. Il faut déduire de ce silence que la transformation du but final ne peut se faire qu'en respectant les règles de la fondation. En particulier, la décision de l'assemblée générale doit être prise à l'unanimité. Un raisonnement sur la base des droits acquis mène à un résultat semblable. La renonciation, par une société filiale, à une politique de recherche de bénéfices pour elle-même constitue une atteinte au droit acquis au dividende. Une telle atteinte n'est admise qu'avec l'accord de chacun des actionnaires. En pratique, les règles légales ne sont presque jamais respectées. La modification du but final est imposée par l'actionnaire dominant, sans le consentement des actionnaires minoritaires. Elle l'est même sans décision de l'assemblée générale, par l'administration, ce qui enlève aux lésés la possibilité de se défendre efficacement. Elle est donc réalisée par une procédure contraire au droit.

Section 2. Le devoir de fidélité des administrateurs

Il est généralement admis que l'article 722 al.1 CO impose aux administrateurs un devoir de fidélité, c'est-à-dire une obligation de veiller aux intérêts de leur société, même si cette dernière est dépendante d'une autre⁵. Une telle obligation protège tous les actionnaires, spécialement les minoritaires. Elle garantit que la société est gérée conformément à ses intérêts propres ou que, à défaut, les administrateurs peuvent être poursuivis en justice pour violation de leurs devoirs.

Par conséquent, l'obligation des administrateurs de sociétés filiales de résoudre, au profit du groupe, les conflits d'intérêts entre le groupe et leur société⁶ est manifestement contraire à leur devoir de fidélité.

⁵ F. VISCHER, Zur Stellung und Verantwortung des Verwaltungsrates in der Großaktiengesellschaft, in: Die Verantwortung des Verwaltungsrates in der AG, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd.29, Zurich 1978, p.88.

⁶ Cf. 1^{re} partie, titre 2.

Titre 2

Les risques résultant de l'état de groupe

Tout groupe de sociétés crée, en droit positif, de nombreux risques spécifiques.

Tout d'abord, au sein de la société-mère, il crée un problème d'information. En l'absence de comptes consolidés ou d'une autre forme d'information, les actionnaires minoritaires n'ont souvent qu'une idée très imprécise de la situation de leur société.

Ensuite, au sein des sociétés filiales, toutes les catégories d'intéressés courent des risques particuliers:

- actionnaires libres
- créanciers
- travailleurs
- administrateurs.

Dans le cadre de ce travail, seuls les risques encourus par les actionnaires libres et les administrateurs des sociétés filiales seront examinés⁷.

Chapitre 1. *Les risques encourus par les actionnaires libres*

Dans les groupes de sociétés, les actionnaires libres sont particulièrement menacés. Ils sont exposés aux dangers inhérents à tout statut de minoritaire, ainsi qu'à d'autres dangers propres aux groupes de sociétés.

Tous les droits des actionnaires sont plus ou moins menacés. Mais le droit au dividende l'est particulièrement.

Section 1. **Les dangers qui menacent le droit au dividende**

La doctrine admet en général⁸ que le droit au dividende est une notion complexe qui se compose de trois éléments:

- Le droit d'exiger que la société poursuive une politique de recherche de bénéfices.
- Le droit de faire fixer un dividende par une décision de l'assemblée générale lorsqu'un bénéfice net a été réalisé (Dividendenbezugsrecht).

⁷ Pour les autres catégories de risques, cf. JEAN-NICOLAS DRUEY, rapport en langue allemande.

⁸ R. PATRY, Précis de droit suisse des sociétés, Berne 1977, vol. II, pp. 201 ss; W. BÜRGI, Zürcher Kommentar, Aktiengesellschaft, Art. 660–661 CO, rem. 7 ss; SCHLUEP, Wohlerworbene Rechte, pp. 51 ss.

- Le droit d'exiger le paiement du dividende fixé par l'assemblée générale (Dividendenrecht).

L'état de groupe crée des dangers spécifiques pour les deux premières composantes, spécialement pour la première.

§ 1. Les dangers qui menacent le droit d'exiger que la société poursuive une politique de recherche de bénéfices

Pour réaliser son propre but, la société-mère peut influencer négativement la politique de recherche de bénéfices de la société filiale de deux manières: directement ou indirectement.

1. L'influence négative directe sur les résultats

Elle consiste essentiellement en une intervention sur le prix des prestations fournies ou acquises par la société filiale dans ses rapports avec les autres sociétés du groupe ou avec des tiers. C'est ainsi qu'une société-mère peut imposer à l'une de ses filiales de vendre aux autres ses produits à un prix inférieur à celui du marché (prix de compensation). Quel que soit le but recherché, cette intervention a pour conséquence de limiter ou de supprimer la marge bénéficiaire de la filiale productrice, donc de porter atteinte au droit au dividende de ses actionnaires (formellement seulement, de l'actionnaire dominant; formellement et matériellement, des actionnaires libres). Elle porte atteinte à l'esprit d'initiative. Elle décourage les dirigeants qui ne réussissent plus à réaliser un bénéfice convenable.

Une société-mère peut aussi fixer à un niveau très bas le prix de vente des produits de l'une de ses filiales à l'égard des clients externes au groupe. Si elle a conclu un contrat de licence avec une de ses filiales, elle peut avoir intérêt à faire baisser le prix pour augmenter les ventes et toucher des royalties plus importantes. Pour anéantir un concurrent, elle peut utiliser une de ses filiales en lui imposant de vendre ses propres produits sans bénéfice ou à perte.

Une société-mère peut enfin obliger ses filiales à s'approvisionner auprès des sociétés du groupe, même si ces dernières pratiquent des prix plus élevés que les fournisseurs externes au groupe. Elle peut les obliger à utiliser certains services centralisés du groupe et leur imposer des prix très variables d'une filiale à l'autre.

L'intervention directe sur les prix est d'autant plus dangereuse qu'elle est difficilement décelable par les actionnaires libres.

2. L'influence négative indirecte sur les résultats

Elle peut consister en des interventions de nature très diverse, dans des domaines de nature très diverse. Elle peut être plus ou moins sciemment dirigée contre la filiale ou les actionnaires libres. En voici quelques exemples:

- La société-mère est maître du *programme de production*. Elle peut décider d'attribuer à la filiale de son choix ou à elle-même la production des produits les plus lucratifs. Elle peut aussi répartir les commandes entre les filiales.
- La société-mère décide des *investissements*. Elle peut obliger une filiale à investir dans un domaine plus ou moins stérile ou l'empêcher d'investir dans un domaine particulièrement prometteur, qui n'entre pas dans le programme général du groupe.
- La société-mère peut se décharger, dans une large mesure, des *risques* sur ses filiales. Plus la part des actionnaires libres est grande et plus le risque supporté effectivement par la société-mère est faible.
- La société-mère peut utiliser sa position dominante pour obtenir des avantages injustifiés sur le *plan financier* au détriment de ses filiales. Dès qu'une filiale dispose de liquidités, elle peut exiger d'elle un prêt à des conditions très favorables.
- La société-mère peut enfin mener une politique défavorable à ses filiales en matière de *personnel*. Il est même naturel que les cadres les plus doués des filiales finissent leur carrière dans les organes de la société-mère ou dans ceux des filiales particulièrement importantes.

§ 2. Les dangers qui menacent le droit de faire fixer un dividende

Ils sont beaucoup moins spécifiques que les précédents, mais ils se rencontrent particulièrement fréquemment dans les groupes de sociétés. Ils se caractérisent par le fait qu'ils sont moins cachés et ne nécessitent pas une structure de groupe compliquée.

Ils se manifestent essentiellement dans deux domaines:

- *les réserves*: la société-mère peut favoriser excessivement la constitution de réserves et limiter dans la même mesure le dividende des actionnaires. Elle peut inversement mener une politique excessive de distribution de dividendes et ruiner la filiale.
- *les distributions de bénéfice sous des formes autres que le dividende aux actionnaires*: la société-mère peut se favoriser au détriment des actionnaires libres en utilisant largement les bé-

néfices pour distribuer des tantièmes, des dividendes aux porteurs de bons de jouissance, etc.

Section 2. Les dangers qui menacent les autres droits

Les dangers qui menacent les autres droits ne sont pas non plus spécifiques aux groupes de sociétés. Ils sont simplement amplifiés par l'état de groupe :

- L'actionnaire libre peut participer à l'assemblée générale. Mais quoi qu'il fasse, quoi qu'il dise, il n'a aucune chance d'influencer la société-mère. Sa participation est purement formelle.
- L'actionnaire libre a davantage de difficultés à exercer son droit de contrôle. Les informations sont données encore plus parcimonieusement dans les sociétés filiales que dans les sociétés indépendantes. Le secret des affaires est plus facilement invoqué.
- Dans l'hypothèse d'une augmentation de capital social réalisée par une émission d'actions à une valeur inférieure à la valeur réelle, les actionnaires libres n'ont le choix qu'entre mettre à la disposition de la société-mère une somme déterminée ou subir une perte déterminée.

Chapitre 2. *Les risques encourus par les administrateurs et autres organes de gestion*

En droit positif, l'état de groupe, avec la prévalence de l'intérêt de groupe, crée aussi des risques pour ceux qui l'imposent.

Les administrateurs dépendent étroitement de l'actionnaire dominant qui les nomme, peut les révoquer en tout temps, leur donne souvent des instructions. Parfois, ils signent des conventions par lesquelles ils s'engagent à suivre les instructions reçues. En agissant sur la base de ces instructions, dans la mesure du moins où l'intérêt de groupe est contraire à l'intérêt de leur société, ils violent leur obligation de fidélité. Ils engagent leur responsabilité à l'égard de leur société, de ses actionnaires et de ses créanciers.

Par conséquent, leur situation est, théoriquement du moins, très peu enviable. Ils sont continuellement placés devant le dilemme suivant :

- ou bien jouer le jeu du groupe et violer leur obligation de fidélité,

– ou bien respecter leur obligation de fidélité et encourir une sanction de la part du groupe.

En pratique, la situation des administrateurs est loin d'être aussi dramatique. Les risques encourus en cas de violation de l'une ou l'autre obligation sont très différents. Celui de la révocation est beaucoup plus réel que celui de l'action en responsabilité vu les insuffisances du droit positif en matière de protection des actionnaires minoritaires.

Titre 3

L'insuffisance des moyens de protection du droit positif

Pour justifier une intervention législative, il ne suffit pas que certaines pratiques soient incompatibles avec le droit positif et qu'elles créent des risques. Il faut, de plus, que le droit positif ne permette pas de contenir ces risques.

Une première constatation s'impose: le Code des Obligations ne tient pas compte des groupes de sociétés⁹. Ne reconnaissant pas l'état de groupe, il ne protège aucunement les administrateurs des sociétés filiales qui cherchent à le réaliser. Il ne prévoit aucune mesure particulière en faveur des actionnaires libres, qui bénéficient toutefois de la protection dont jouit tout actionnaire minoritaire.

Le but de ce titre est de rappeler que les moyens actuels de protection des actionnaires minoritaires sont insuffisants et de démontrer qu'à plus forte raison ils sont insuffisants pour protéger les actionnaires libres. L'insuffisance résulte de la loi elle-même. Elle est accentuée par l'attitude des tribunaux et la complexité croissante des rapports économiques¹⁰.

Chapitre 1. *Les moyens de protection des actionnaires individuels*

Section 1. **Les droits acquis (article 646 CO)**¹¹

Les droits acquis représentent le moyen de protection classique

⁹ En tout cas, si l'on fait abstraction des quelques dispositions spéciales relatives aux sociétés holding: art. 671 al. 4, 707 al. 3, 711 al. 2 CO.

¹⁰ CH. VON GREYERZ, *Der Schutz der Minderheit in der Aktiengesellschaft de lege ferenda*, RSJ 72, 1976, p. 55; P. FORSTMOSER/A. MEIER-HAYOZ, *Einführung in das schweizerische Aktienrecht* (cité *Aktienrecht*), Berne 1976, p. 258.

¹¹ Pour un catalogue complet, cf. SCHLUEP, *Wohlerworbene Rechte*.

des actionnaires individuels, par conséquent des actionnaires minoritaires, contre les abus de la majorité. Ils ne garantissent toutefois pas une protection aussi large que pourrait le laisser supposer le texte légal. En voulant affiner le concept, la doctrine et la jurisprudence en ont affaibli l'effet. Elles distinguent, en effet, entre les droits acquis absolus et les droits acquis relatifs.

Même les droits acquis absolus, qui ne peuvent être supprimés ou restreints sans l'accord de chaque actionnaire intéressé, n'apportent pas toujours une protection satisfaisante aux actionnaires minoritaires. Le droit au dividende, par exemple, est acquis absolument dans la mesure où il permet d'exiger que la société poursuive une politique de recherche de bénéfices¹². La sanction de sa violation manifeste par l'assemblée générale ne présente pas de difficulté¹³. Il en va tout autrement lorsque la violation ne résulte pas d'une décision claire de l'assemblée générale, mais, par exemple, de la politique générale de l'administration dont les décisions ne peuvent être attaquées en justice. En effet, «l'approbation du bilan ne viole ni la loi ni les statuts dès lors que l'entreprise n'a pas fait tout le bénéfice qu'elle aurait pu, et cela même si le résultat défavorable provient de manquements des administrateurs à leurs devoirs»¹⁴. Si une telle décision pouvait être attaquée, les actionnaires minoritaires réclameraient un bilan présentant un résultat plus favorable qu'il ne l'est en réalité. Ils ne disposent, par conséquent, que de l'action en responsabilité contre les administrateurs, éventuellement de l'action en dommages-intérêts contre les sociétés favorisées du groupe, avec, entre autres, les difficultés de preuves qu'elles comportent.

Section 2. Le devoir de fidélité de l'actionnaire dominant en tant qu'administrateur de fait

Les administrateurs ont, à l'égard de leur société, un devoir de fidélité dont la violation est sanctionnée par l'action en responsabilité de l'article 754 CO¹⁵. Suffisant au point de vue théorique, ce système est insuffisant au point de vue pratique. En effet,

¹² On peut se demander si, à côté de ce droit acquis, il n'en existe pas un autre, qui est le droit au maintien du but final (cf. LASSERRE, op. cit. en note 4, pp. 96–98).

¹³ Par exemple, lorsqu'une société filiale décide de modifier son but social pour se consacrer uniquement à la recherche, la décision peut être attaquée en justice. Cf. aussi: BÜRGI, Zürcher Kommentar, Art. 660–661 CO, rem. 16.

¹⁴ ATF 81 II 462, 463, JT 1956, pp. 244, 245.

¹⁵ Cf. ci-dessus titre 1, chapitre 2, section 2.

même en admettant que l'action en responsabilité aboutisse, l'administrateur condamné n'a souvent pas les moyens de payer les dommages-intérêts. L'actionnaire dominant, souvent plus solvable que les administrateurs, peut-il être actionné à la place de ceux-ci?

Les personnes chargées de l'administration et de la gestion remplissent toutes les conditions de la notion d'organe, qui est large et fonctionnelle selon la jurisprudence¹⁶. Dès l'instant où l'actionnaire dominant exerce une influence déterminante sur la marche des affaires de la société, il remplit les mêmes conditions et doit être considéré comme un organe d'administration ou de gestion de celle-ci¹⁷. Par conséquent, il est soumis à l'obligation de fidélité qui incombe à tout administrateur et aux conséquences de sa violation éventuelle¹⁸.

Les plus ardents défenseurs de cette thèse¹⁹ se rendent compte qu'elle ne s'impose pas d'elle-même. Tout en étant équitable, elle ne résulte pas de la loi. Elle n'a pas de base jurisprudentielle²⁰.

¹⁶ P. FORSTMOSER, *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 30, Zurich 1978, p. 128 (avec les références); PETITPIERRE-SAUVAIN, p. 133; ATF 102 II 353, 359; 87 II 184, 187; 72 II 65, 66; 68 II 287, 289; 65 II 2, 6.

¹⁷ FORSTMOSER, pp. 128 ss; PETITPIERRE-SAUVAIN, pp. 133–135; WOERNLE, pp. 58 ss; J. MEIER-WEHRLI, *Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank gemäß Art. 754ff. OR/41 ff. BkG*, thèse Zurich 1968, pp. 21 ss.

¹⁸ Un certain nombre d'auteurs ne peut admettre ce raisonnement. La responsabilité des administrateurs selon l'art. 754 CO a un caractère contractuel. Or, l'actionnaire dominant n'est pas chargé de la gestion, même s'il l'exerce en fait. De plus, il n'a aucun droit de gestion. Au plus, dispose-t-il de possibilités de pression. Les administrateurs formellement élus restent juridiquement libres et seuls responsables de leurs actes. Cf. notamment: DALLÈVES, *Problèmes*, p. 676 et les références citées.

¹⁹ Il faut encore signaler que certains auteurs, tout en admettant la responsabilité de la société dominante, la justifie autrement qu'en se basant sur l'article 754 CO. C'est notamment le cas de WOHLMANN pour lequel le devoir de fidélité de la société dominante résulte d'une gestion d'affaires. Certes, personne ne peut être contraint de gérer l'affaire d'autrui, mais si quelqu'un le fait de sa propre initiative, il doit fidélité. WOHLMANN impose même de ce fait une responsabilité plus large à la société dominante (responsabilité pour le cas fortuit). Cf. WOHLMANN, p. 129. ZWEIFEL (*Holdingsgesellschaft*, p. 98) admettrait la responsabilité de la société dominante dans le cadre de la théorie de la levée du voile (cf. aussi HOMBURGER, p. 254; R. BÄR, *Aktuelle Fragen des Aktienrechts*, rapport à la Société suisse des juristes, RDS 85 II, 1966, p. 527; CAFLISCH, pp. 236 ss). FORSTMOSER admet de surcroît les cas de Durchgriff (cf. *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 129, rem. 495).

²⁰ BÜRGI, *Zürcher Kommentar*, Art. 753/754 CO, rem. 124.

Ils souhaitent un arrêt du Tribunal Fédéral à ce sujet ou, mieux encore, une intervention législative²¹. D'ailleurs, même si l'on admet la responsabilité d'autres personnes que les administrateurs formellement élus, toutes les questions sont loin d'être résolues. A qui incombe cette responsabilité? Certains auteurs²² estiment que ce ne peut être que la direction du groupe, alors que d'autres²³ font aussi intervenir la société dominante en tant que telle.

Section 3. Les principes généraux du droit²⁴

Les principes généraux du droit, qui jouent un rôle déterminant en matière de protection des actionnaires minoritaires, sont:

- l'abus de droit
- l'égalité de traitement²⁵
- la proportionnalité.

§ 1. L'abus de droit

En principe, pour autant que les droits acquis des actionnaires soient respectés, tout actionnaire peut exercer comme il l'entend son droit de vote à l'assemblée générale. Il peut viser la réalisation d'intérêts personnels²⁶. Il n'est pas lié par un devoir de fidélité. Mais il doit tout de même s'en tenir aux limites générales du droit. Il est soumis au principe de la bonne foi et l'abus manifeste de son droit n'est pas protégé par la loi (article 2 CCS).

L'actionnaire majoritaire abuse manifestement de son droit lorsqu'il impose aux actionnaires minoritaires un traitement différentiel non fondé²⁷. L'existence d'un traitement différentiel

²¹ BÜRGI, Zürcher Kommentar, Art. 753/754 CO, rem. 124; WOHLMANN, p. 130.

²² BÜRGI, Zürcher Kommentar, Art. 753/754 CO, rem. 124; PETITPIERRE-SAUVAIN, pp. 133 ss.

²³ FORSTMOSER, pp. 129–130.

²⁴ Pour un exposé plus complet, cf. ROLAND RUEDIN, L'abus de pouvoir en droit commercial suisse, in: L'abus de pouvoirs ou de fonctions (Journées grecques), Travaux de l'association Henri Capitant, t. XXVIII, 1977, pp. 259 ss.

²⁵ Le principe de l'abus de droit et celui de l'égalité de traitement des actionnaires sont étroitement liés. Le plus caractéristique du droit des sociétés est le principe de l'égalité de traitement des actionnaires. Il n'est pas examiné en priorité parce que le Tribunal Fédéral, dans son deuxième arrêt Ringier, au lieu de le considérer comme une *lex specialis* par rapport à l'abus de droit, le relègue au rang d'une concrétisation de l'abus de droit (cas d'application).

²⁶ Arrêt BLS, ATF 95 II 157, 168, JT 1970, pp. 344, 349.

²⁷ Arrêts Knie, ATF 88 II 110, JT 1962, p. 623; Hallenstadion, ATF 93 II 404, JT 1969, p. 19; BLS, ATF 95 II 164, JT 1970, p. 349.

doit être établie en tenant compte non seulement des rapports juridiques entre les actionnaires et la société, mais encore de toutes les circonstances²⁸, notamment des rapports particuliers pouvant résulter de l'existence d'un état de dépendance. Une égalité formelle peut en effet cacher une inégalité matérielle. Pour l'actionnaire majoritaire, un dividende limité peut être largement compensé par des tantièmes élevés reçus en tant qu'administrateur.

Parmi les cas de traitement différentiel examinés par le Tribunal Fédéral sous l'angle de l'abus de droit, aucun n'a été considéré comme non fondé²⁹.

§ 2. L'égalité de traitement

Le principe de l'égalité de traitement s'énonce de manière analogue à l'interdiction de l'abus de droit. Il enjoint l'actionnaire majoritaire de ne pas imposer aux actionnaires minoritaires un traitement différentiel non fondé. Mais son champ d'application est beaucoup plus restreint. Il est limité au domaine étroit des rapports juridiques des actionnaires avec la société³⁰. Peu importe que les conséquences économiques ne soient pas les mêmes pour tous les actionnaires³¹. Il ne vise donc que la protection de l'égalité formelle et n'englobe pas la plupart des abus de majorité commis dans le cadre des groupes de sociétés. De plus, dans ce cadre restreint, son efficacité est relative. En effet, selon une jurisprudence constante du Tribunal Fédéral, il « n'a pas pour but d'assurer une égalité absolue des actionnaires; 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 »³². Cette formule, la plus fréquemment utilisée, se présente aussi sous la

²⁸ Pour un bon exemple, cf. Arrêt BLS, ATF 95 II 157, JT 1970, p. 344.

²⁹ Arrêts Hallenstadion, ATF 93 II 393, JT 1969, p. 9; Fema, ATF 95 II 555, JT 1970, p. 537; BLS, ATF 95 II 157, JT 1970, p. 344; Ringier I, ATF 99 II 55, JT 1973, p. 618; Ringier II, ATF 102 II 265, JT 1977, p. 102.

³⁰ Arrêts Affida, ATF 69 II 246, 250 (la phrase déterminante a été omise dans la traduction du JT); Knie ATF 88 II 98, JT 1962, p. 616; Ringier I, ATF 99 II 55, JT 1973, p. 618; Ringier II, ATF 102 II 265, 267, JT 1977, pp. 102, 104.

³¹ Arrêt Ringier II, ATF 102 II 265, 267, JT 1977, pp. 102, 104.

³² Arrêt BLS, ATF 95 II 162–163, JT 1970, p. 347.

forme de quelques variantes, qui n'en modifient pas le sens général³³.

Parmi les cas de traitement différentiel examinés par le Tribunal Fédéral sous l'angle du principe de l'égalité de traitement, certains ont été considérés comme fondés³⁴, d'autres comme non fondés³⁵.

§ 3. Le rapport entre l'abus de droit et le principe de l'égalité de traitement

Jusqu'en 1976, le Tribunal Fédéral a résolu la question du rapport entre le principe de l'égalité de traitement et l'abus de droit dans un sens bien déterminé: «par rapport à l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 CC), ce principe du droit de la société anonyme est une *lex specialis*; il est dès lors superflu de procéder chaque fois à un examen particulier de la question d'après l'art. 2 CC»³⁶. Et pourtant, dans un certain nombre d'arrêts, il examine la question sous les deux angles: égalité de traitement et abus de droit. Dans les uns, il aborde la question de l'égalité de traitement avant celle de l'abus de droit³⁷; dans les autres, celle de l'abus de droit avant celle de l'égalité de traitement³⁸.

Y a-t-il une contradiction entre la déclaration de principe du Tribunal Fédéral et sa pratique? Plusieurs auteurs l'ont prétendu³⁹. A leur avis, il n'y a pas de différence fondamentale entre le principe de l'égalité de traitement et l'abus de droit⁴⁰. Le

³³ Cf. RUEDIN, op. cit. en note 24, pp. 263–264.

³⁴ Arrêts Fema, ATF 95 II 555, JT 1970, p. 537; Hallenstadion, ATF 93 II 393, JT 1969, p. 9; Affida, ATF 69 II 246, JT 1944, p. 45.

³⁵ Arrêt Fux, ATF 91 II 298, JT 1966, p. 264.

³⁶ Arrêt BLS, ATF 95 II 163, JT 1970, p. 347; cf. aussi: Arrêts Affida, ATF 69 II 249–250, JT 1944, p. 48; Ringier I, ATF 99 II 62–63, JT 1973, p. 626. Pour la doctrine, cf.: R. PATRY, L'égalité des actionnaires dans la société anonyme, SJ 85, 1963, p. 103; A. SPIESS, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Aktionäre, thèse Zurich 1941, pp. 128 ss.

³⁷ Arrêts Knie, ATF 88 II 98, JT 1962, p. 616; Ringier I, ATF 99 II 55, JT 1973, p. 618.

³⁸ Arrêts Hallenstadion, ATF 93 II 393, JT 1969, p. 9; Fema, ATF 95 II 555, JT 1970, p. 537.

³⁹ H. STOCKMANN, Zum Problem der Gleichbehandlung der Aktionäre, in: Festgabe für Wolfhart Friedrich Bürgi, Zurich 1971, pp. 397–398; G. WEISS, Zum schweizerischen Aktienrecht, Berne 1968, rem. 194 ss; SCHLUEP, Wohlerworbene Rechte, p. 327.

⁴⁰ J. NENNINGER, Der Schutz der Minderheit in der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, Bâle/Stuttgart 1974, p. 49; WEISS, op. cit., rem. 194 ss.

principe de l'égalité de traitement ne serait qu'une manière particulière de formuler l'interdiction de l'abus de droit dans le cadre du droit des sociétés anonymes (Richtschnur)⁴¹. C'est la thèse à laquelle semble s'être finalement rallié le Tribunal Fédéral dans le second arrêt Ringier (revirement de jurisprudence):

«Comme la demanderesse le soutient à juste titre, on peut imaginer que des faits constituent un abus de droit tout en ne violant pas l'injonction de l'égalité de traitement de tous les actionnaires. Ainsi, le principe de l'égalité de traitement ne saurait être en droit des sociétés anonymes une *lex specialis* par rapport à l'art. 2 CC. Il concrétise simplement l'art. 2 CC dans le droit des sociétés anonymes, mais peut ne pas coïncider complètement avec l'interdiction de l'abus de droit.»⁴²

Ce revirement n'apporte aucune amélioration. En effet, dans son ancienne jurisprudence, le Tribunal Fédéral a bien pris soin de distinguer le domaine des rapports juridiques des autres domaines⁴³. Il a limité le champ d'application du principe de l'égalité de traitement au domaine des rapports juridiques, appliquant aux autres domaines les règles de l'abus de droit. Ainsi donc, dans le domaine des rapports juridiques, le principe de l'égalité de traitement était une «*lex specialis*» par rapport à l'abus de droit et excluait l'application des règles sur l'abus de droit. Ce système accordait un avantage certain aux actionnaires minoritaires. En effet, matériellement, le principe de l'égalité de traitement implique la réalisation des mêmes conditions que l'abus de droit (traitement différentiel non fondé). Mais, sur le plan de la procédure, le principe de l'égalité de traitement entraîne un renversement du fardeau de la preuve. Le demandeur ne doit plus prouver le traitement différentiel et son non fondement. Il lui suffit de prouver le traitement différentiel: c'est à la société défenderesse de prouver le fondement de l'inégalité⁴⁴.

Avec la nouvelle jurisprudence, le principe de l'égalité de traitement ne fait que concrétiser l'abus de droit en matière de société anonyme. Il est relégué à n'être qu'un cas d'abus de droit. On ne saurait encore soutenir un renversement du fardeau de la preuve en faveur de l'actionnaire minoritaire.

§ 4. Le principe de la proportionnalité

Lorsque plusieurs moyens permettent d'atteindre un but légi-

⁴¹ BÜRGI, Zürcher Kommentar, Art. 706 CO, rem. 36; SCHLUEP, Woherworbene Rechte, p. 327.

⁴² ATF 102 II 265, 268, JT 1977, pp. 102, 105.

⁴³ Cf. paragraphe précédent.

⁴⁴ Arrêt Fux, ATF 91 II 304–305, 308–309, JT 1966, pp. 271, 274.

time, tout en ne portant pas atteinte dans la même mesure aux intérêts de la minorité, la société doit-elle nécessairement choisir celui qui est le moins dommageable pour la minorité (principe de la proportionnalité)⁴⁵? Le Tribunal Fédéral a effleuré cette question dans plusieurs arrêts sous l'angle du principe de l'égalité de traitement⁴⁶. Il l'a tranchée négativement sous l'angle de l'abus de droit⁴⁷:

« Peu importe l'injonction d'exercer son droit de la manière la moins dommageable, que la demanderesse et ses conseils déduisent des art. 2 et 737 al. 2 CC. Une augmentation de capital ne peut pas a priori répondre de façon semblable aux intérêts de tous les actionnaires. Cela tient à la structure du droit des sociétés et le législateur a admis cette conséquence également pour le cas où les actionnaires minoritaires ne participent pas à l'augmentation. En entrant dans la société, l'actionnaire se soumet sciemment à la volonté de la majorité et admet que cette dernière prenne des décisions qui le lient même si elle ne choisit pas la meilleure solution possible et fait éventuellement passer ses propres intérêts avant ceux de la société et d'une minorité (RO 95 II 163, JdT 1970 I 348). De plus, le point de savoir dans quelle mesure les actionnaires majoritaires peuvent ménager la minorité sans agir contre leurs propres intérêts et ceux de la société relève de l'appréciation. Le juge ne peut intervenir que si les actionnaires majoritaires ont manifestement abusé du pouvoir que leur confère l'article 703 CO, eu égard aux intérêts contraires des actionnaires minoritaires. »⁴⁸

Il a confirmé son opinion dans le second arrêt Ringier⁴⁹. Il résulte de ses considérations que le choix d'une modalité d'augmentation de capital social parmi plusieurs ne devient abusif que s'il n'est pas conforme à l'intérêt social ou si un autre choix aurait mieux servi l'intérêt social. Tant et aussi longtemps que ces conditions ne sont pas réalisées, la société n'est pas tenue de choisir la modalité la moins dommageable pour la minorité. Par consé-

⁴⁵ A. MEIER-HAYOZ/M. ZWEIFEL, Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung im Gesellschaftsrecht, in: Festschrift für Harry Westermann, Karlsruhe 1974, pp. 383–397 (cité: Grundsatz).

⁴⁶ Arrêts Affida, ATF 69 II 257–258, JT 1944, p. 52; Fux, ATF 91 II 309, JT 1966, p. 275; Fema, ATF 95 II 563, JT 1970, p. 544.

⁴⁷ Au grand regret d'une partie de la doctrine, cf. notamment: MEIER-HAYOZ/ZWEIFEL, Grundsatz, p. 386; R. PATRY, Commentaire de l'arrêt Ringier, SAG 46, 1974, pp. 40–41.

⁴⁸ ATF 99 II 62, JT 1973, p. 626.

⁴⁹ ATF 102 II 269, JT 1977, p. 106.

quent, l'application du principe de la proportionnalité est refusée.

Chapitre 2. *Les moyens de protection des minorités*

Section 1. **Les exigences de majorité qualifiée (article 648 CO)**

Les exigences de majorité qualifiée garantissent une certaine protection aux actionnaires libres. Lorsque l'affiliation entraîne la modification du but social de la société filiale, les actionnaires minoritaires peuvent s'opposer à cette modification et mettre en cause indirectement l'intégration dans le groupe⁵⁰.

Mais l'article 648 CO n'assure qu'une protection limitée. D'une part, seules les minorités importantes (supérieures à un tiers de l'ensemble du capital social) sont protégées. Or, dans de très nombreux groupes, les actionnaires libres ne représentent pas cette fraction du capital social. D'autre part, seules les décisions qui concernent certains domaines sont touchées. Ainsi, de nombreuses décisions qui influencent le résultat social y échappent (notamment l'approbation des comptes). Enfin, la modification du but final n'est pas concernée.

Section 2. **Les exigences de quorum (article 649 CO)**

Les exigences de quorum procurent également une certaine protection aux actionnaires libres, notamment lorsque l'affiliation entraîne une modification de l'objet social. Mais leurs insuffisances dans ce rôle sont particulièrement marquées. Tout d'abord, l'article 649 CO est de droit dispositif. Ensuite, l'assemblée générale qui remplit la condition du quorum prend ses décisions à la majorité absolue des voix représentées (article 703 CO). Enfin, l'actionnaire minoritaire ne peut se contenter d'éviter de participer à l'assemblée générale, puisqu'en cas d'échec de la première assemblée générale, une seconde peut être tenue, à condition de rassembler un quorum d'un tiers seulement.

Section 3. **Le droit de requérir la convocation de l'assemblée générale (article 699 CO)**

Théoriquement, le droit de requérir du juge la convocation de

⁵⁰ Pour plus de détails, cf. DALLÈVES, *Problèmes*, pp. 652–654.

l'assemblée générale ordinaire est important dans le cadre des groupes de sociétés, vu que les sociétés-mères ont tendance à ne pas convoquer ces assemblées. Pratiquement, il l'est beaucoup moins. En effet, les actionnaires libres ont peu de chances d'arriver à convaincre la société-mère d'infléchir sa politique dans un sens qui leur soit favorable.

Section 4. **Le droit de demander la dissolution de la société pour justes motifs (article 736 ch.4 CO)**

Le droit de demander la dissolution de la société pour justes motifs est particulièrement efficace⁵¹ dans son principe. En entraînant la fin de la société, il empêche tout abus futur de la part de la majorité. Mais il porte atteinte au principe majoritaire, base du droit de la société anonyme⁵², et présente des inconvénients pour tous les actionnaires et pour les tiers. Ces caractéristiques expliquent qu'il n'appartienne qu'à une minorité d'une certaine importance (20% du capital social), qu'il soit subsidiaire⁵³ et ne soit accordé que restrictivement par le Tribunal Fédéral⁵⁴. Sous réserve des difficultés de sa mise en œuvre⁵⁵, il devrait cependant rendre de bons services aux actionnaires libres, car la poursuite d'un intérêt de groupe doit constituer un juste motif de dissolution⁵⁶.

Chapitre 3. *Les moyens de déceler la violation des intérêts juridiquement protégés des actionnaires minoritaires*

Le système le plus complet de moyens de protection est inutile si l'actionnaire minoritaire n'a pas connaissance des faits qui lui

⁵¹ PLÜSS, p. 53; E. HAYMANN, Aktienübernahmevereinbarungen zwischen Mehrheits- und Minderheitsaktionären, thèse Zurich 1973, p. 64; BÜRGI, Zürcher Kommentar, Art. 736 CO, rem. 39; WEISS, op. cit. en note 39, rem. 209.

⁵² DALLÈVES, Problèmes, p. 662; BÜRGI, Zürcher Kommentar, Art. 736 CO, rem. 39.

⁵³ DALLÈVES, p. 662; TAPPOLET, p. 128; BÜRGI, Zürcher Kommentar, Art. 736 CO, rem. 43; ATF 84 II 44, 47.

⁵⁴ BÜRGI, Zürcher Kommentar, Art. 736 CO, rem. 39; ATF 104 II 32, 35, JT 1978, pp. 566, 570.

⁵⁵ Sous l'empire du Code des Obligations révisé, seuls 4 arrêts du Tribunal Fédéral ont été publiés dans ce domaine. Deux d'entre eux prononcent la dissolution: ATF 84 II 44 (fr.); 105 II 114.

⁵⁶ DALLÈVES, Problèmes, p. 663; BÜRGI, Zürcher Kommentar, Art. 736 CO, rem. 50, admet le juste motif lorsque des intérêts contraires ou étrangers au but social sont poursuivis par la majorité.

permettent de les mettre en œuvre. A quoi sert le droit acquis au dividende si la société peut cacher sa violation? Les moyens de protection des actionnaires minoritaires doivent donc être accompagnés d'une bonne information.

En droit positif suisse, l'actionnaire reçoit d'office un certain nombre d'informations de la part de la société. De plus, il peut en demander de supplémentaires.

Section 1. L'information d'office (article 696 CO)

L'article 696 al.1 CO impose à l'administration de mettre à la disposition des actionnaires, 10 jours au moins avant l'assemblée générale ordinaire, trois documents: le bilan, le compte de pertes et profits et le rapport de gestion. Les renseignements ainsi fournis doivent leur permettre d'exercer en toute connaissance de cause leurs droits dans la société. En réalité, l'objectif n'est pas atteint. L'insuffisance de l'information est généralement reconnue⁵⁷. Peu en importe la cause: absence d'exigences légales minimum suffisantes⁵⁸ ou incapacité de la pratique d'établir des exigences satisfaisantes à partir des principes légaux généraux⁵⁹.

S'agissant des états financiers en général, l'absence de continuité des règles de présentation et le manque de terminologie précise pour les différents postes sont particulièrement regrettables.

La valeur de l'information fournie par le bilan est inversement proportionnelle au montant des réserves latentes, qui empêchent l'appréciation de la valeur réelle de l'entreprise et des actions, et la connaissance du montant effectif du bénéfice. Celle fournie par le compte de pertes et profits est fortement limitée par l'usage des compensations. Quant au rapport de gestion, il va rarement au-delà d'une simple paraphrase des états financiers.

⁵⁷ PLÜSS, p. 115; J.-P. BRUNNER, *Die Publizität der schweizerischen Aktiengesellschaften, insbesondere das Postulat der Bilanzklarheit*, thèse Zurich 1973, pp. 68–92; R. SCHINDLER, *Die Publizitätsvorschriften bei der Rechnungslegung der AG*, thèse Berne 1967, pp. 12 ss; E. BOSSARD, *Zur Reform des Bilanz-, Publizitäts- und Prüfungsrechts*, Zurich 1966, pp. 20 ss; A. HIRSCH, *Problèmes actuels du droit de la société anonyme*, rapport à la Société suisse des juristes, RDS 85 II, 1966, p. 56; rapport intérimaire du président et du secrétaire du Groupe de travail pour l'examen du droit des sociétés anonymes, 1972, pp. 43 ss et 56.

⁵⁸ Rapport intérimaire, p. 44.

⁵⁹ Rapport intérimaire, p. 56; F. VISCHER/F. RAPP, *Zur Neugestaltung des schweizerischen Aktienrechts*, Berne 1968, p. 26 (cité: *Neugestaltung*); HIRSCH, *op. cit.*, p. 57.

Les actionnaires libres souffrent encore davantage que les actionnaires minoritaires de ces insuffisances:

- Soumis à des dangers supplémentaires, ils ignorent jusqu'à l'existence du groupe.
- Une société filiale ne peut être évaluée pour elle-même. Ses rapports avec les autres sociétés du groupe sont tout aussi importants que ses propres actifs. Quelle est la politique de la société-mère à son égard? La favorise-t-elle ou plutôt la défavorise-t-elle? Des informations précises sur la société-mère et les autres sociétés du groupe sont nécessaires⁶⁰. Le droit positif ne contient aucune règle de ce genre. Certes, une information est parfois volontaire (certains grands groupes). Mais elle ne se fait pas là où elle serait encore plus utile, c'est-à-dire dans les moins grands groupes.

Le problème de l'information sur le groupe ne se pose par conséquent pas seulement au sein de la société-mère⁶¹, mais aussi et tout particulièrement au sein des sociétés filiales⁶². Les atteintes aux intérêts des actionnaires libres ne peuvent pratiquement pas être découvertes sans une information sur les rapports de groupe. Et même en dehors des hypothèses d'abus, une telle information est nécessaire, car les filiales ne peuvent souvent plus vivre de manière indépendante⁶³.

Section 2. Le contrôle de l'information

L'information reçue par l'actionnaire n'a de valeur que dans la mesure où elle satisfait aux exigences légales quant à son contenu et est conforme à la vérité. Pour que l'organe de contrôle puisse vérifier cette conformité au profit des actionnaires, il doit lui-même remplir les conditions suivantes:

- être chargé d'une mission adéquate
- avoir des pouvoirs suffisants
- et une indépendance effective pour l'exercer.

⁶⁰ PLÜSS, p. 119.

⁶¹ Concernant les comptes consolidés, cf. notamment: ZOGG, Der Konzernabschluss in der Schweiz; F. VISCHER, Die konsolidierte Rechnungslegung in der Aktiengesellschaft, SAG 1976, pp. 81–85; E. TEITLER-FEINBERG, Die konsolidierte Konzernerfolgsrechnung, thèse Zurich 1970; A. ZÜND, Publizität und konsolidierte Bilanz eines schweizerischen Konzerns mit internationaler Tätigkeit, SAG 1966, pp. 185–192; F. SCHLENK, Bilanzvorschriften im Konzern, thèse Zurich 1962.

⁶² PLÜSS, p. 120; BÉJOT, p. 123.

⁶³ B. LUTZ, Die Bewertungsprobleme des Konzerns, thèse St-Gall 1952, pp. 176–177.

§ 1. La mission des contrôleurs

La description de la mission des contrôleurs, contenue dans l'article 728 al.1 CO, prête à de nombreuses discussions. Les contrôleurs doivent-ils examiner si les principes de la clarté et de la sincérité du bilan ont été respectés? Doivent-ils vérifier si le système de comptabilité choisi est adéquat et utilisé correctement? Doivent-ils vérifier la manière dont la comptabilité est surveillée sur le plan interne?

Les réserves latentes concernent directement les actionnaires libres. Or, dans la pratique actuelle, les contrôleurs n'interviennent pas lors de leur constitution et seulement dans les cas manifestes d'abus lors de leur dissolution⁶⁴.

Le rapport de gestion n'est pas vérifié par l'organe de contrôle, parce qu'il appartient au domaine de la gestion⁶⁵. Or, en vertu de la séparation des pouvoirs, la *gestion* n'est pas soumise à l'examen des contrôleurs⁶⁶. L'article 729 al.3 CO ne fait pas exception à la règle. Il n'oblige pas l'organe de contrôle à rechercher systématiquement les fautes de gestion et les violations de normes légales ou statutaires, mais simplement à signaler celles qu'il constate dans l'exercice de son mandat.

L'absence de contrôle de la gestion se justifie certainement dans les sociétés indépendantes, mais elle ne se justifie plus dans les sociétés de groupe. L'article 731 CO n'est évidemment d'aucun secours dans ces cas-là.

§ 2. Les pouvoirs des contrôleurs (article 728 al.2 CO)

L'obligation de renseigner doit être interprétée extensivement dans le cadre du contrôle⁶⁷. Elle est compensée par l'obligation de discrétion de l'article 730 CO.

§ 3. L'indépendance des contrôleurs

Le droit positif ne contribue que très timidement à garantir l'indépendance des contrôleurs.

Il prévoit une *incompatibilité* entre la fonction de contrôleur et celle d'administrateur ou d'employé de la société (article 727

⁶⁴ BÜRGI, Zürcher Kommentar, Art. 728 CO, rem. 37; HIRSCH, op. cit. en note 57, p. 74.

⁶⁵ BÜRGI, Zürcher Kommentar, Art. 728 CO, rem. 14.

⁶⁶ BÜRGI, Zürcher Kommentar, Art. 728 CO, rem. 26.

⁶⁷ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Aktienrecht, p. 196, rem. 16; BÜRGI, Zürcher Kommentar, Art. 728 CO, rem. 58.

al. 2, 2^e phrase CO). Mais il n'écarte de l'organe de contrôle, ni les parents des administrateurs, ni leur femme, ni leurs employés personnels, ni les personnes dépendant de l'actionnaire dominant, ni, d'une manière plus générale, les personnes dépendant d'une société liée.

Il n'impose pas d'exigences en matière de *connaissances professionnelles*. Enfin, il ne prévoit pas de durée *minimum* du mandat.

Section 3. L'information sur l'initiative de l'actionnaire (article 697 CO)

Pour vérifier les documents mis à sa disposition (article 696 CO), l'actionnaire a le droit d'obtenir des informations complémentaires sur la situation comptable ou financière de la société. Conformément à l'article 697 al. 3 CO, ce droit n'est pas limité aux faits dont la connaissance est nécessaire pour exercer le droit de vote ou attaquer les décisions de l'assemblée générale. Il s'étend à tous les faits dont la connaissance est importante pour l'exercice du droit de contrôle⁶⁸. Mais il n'est que relatif. Il est limité par les intérêts de la société (article 697 al. 3 CO), auxquels une partie de la doctrine et la jurisprudence attachent une grande importance:

- en admettant que seule l'administration est en mesure de juger si les intérêts de la société sont compromis⁶⁹;
- en se contentant de ce que la société rende vraisemblable l'intérêt qui lui commande de refuser les renseignements demandés⁷⁰. Ce qui exclut pratiquement pour les actionnaires d'obtenir des renseignements sur les réserves latentes.

Vu le principe de l'indépendance juridique, il paraît exclu que les actionnaires libres puissent exiger des renseignements directement de la société-mère ou des autres filiales.

Titre 4

Les insuffisances de la mise en œuvre des moyens de protection du droit positif

Lorsqu'un actionnaire minoritaire s'estime lésé dans l'un de ses

⁶⁸ VISCHER/RAPP, Neugestaltung, p. 206; BÜRGI, Zürcher Kommentar, Art. 697 CO, rem. 32; SCHLUEP, Wohlerworbene Rechte, p. 183.

⁶⁹ SCHLUEP, Wohlerworbene Rechte, p. 186 et note 123; ATF 82 II 216 220.

⁷⁰ ATF 82 II 216, 222.

intérêts juridiquement protégés par une décision ou un acte d'un organe de sa société, il dispose d'un certain nombre d'actions qui diffèrent selon le droit à faire respecter et l'organe responsable de la violation.

Pour remédier aux violations émanant de l'assemblée générale, il peut tenter:

- l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale (article 706 CO).

Pour remédier à celles émanant de l'administration, il peut utiliser:

- l'action en exécution⁷¹
- l'action en responsabilité (article 754 CO).

Enfin, dans les deux cas, il peut recourir à:

- l'action en dissolution de la société (article 736 CO)
- l'action en dommages-intérêts (article 41 CO)
- l'action en constatation de la nullité des décisions.

Chapitre 1. *Les insuffisances communes*

Les gros inconvénients inhérents à ces actions retiennent souvent les actionnaires minoritaires de les utiliser:

- *Fardeau de l'allégation*: Selon la maxime des débats, l'actionnaire minoritaire doit exposer les circonstances qui servent de fondement à ses prétentions. Or, vu l'insuffisance de l'information, l'actionnaire minoritaire n'a souvent même pas connaissance de la violation de ses droits.
- *Fardeau de la preuve*: Si l'actionnaire minoritaire a connaissance de la violation de ses droits, ou, au moins, s'il la soupçonne, il doit encore prouver, dans la plupart des cas, les faits qu'il allègue (article 8 CCS). Vu l'insuffisance de l'information, ces preuves sont souvent impossibles à rapporter.
- *Mode de calcul de la valeur litigieuse*: Le mode de calcul de la valeur litigieuse est très défavorable à l'actionnaire minoritaire. Par exemple, en matière d'action en annulation, l'élément déterminant n'est pas l'intérêt de l'actionnaire minoritaire demandeur à l'issue du procès, mais celui de la société elle-même.
- *Frais du procès*: Le mode de calcul de la valeur litigieuse a bien évidemment pour effet d'augmenter les frais du procès.

⁷¹ Pour des détails, cf. F.P. OESCH, p.195; SCHLUEP, *Wohlerworbene Rechte*, pp.266–269.

- *Bénéficiaire du gain du procès*: En cas de gain du procès, le bénéfice ne revient pas toujours directement au demandeur, mais parfois à la société.

Ces difficultés, souvent cumulées, multiplient à tel point les risques du procès, qu'elles découragent les actionnaires minoritaires les plus entreprenants. Ce qui explique le nombre très peu élevé des décisions du Tribunal Fédéral dans ces domaines.

Chapitre 2. *Les insuffisances spécifiques à certaines actions*

- *Action en constatation de la nullité des décisions de l'assemblée générale ou de l'administration*: Le champ d'application de cette action est très restreint. Elle ne protège en effet l'actionnaire minoritaire que contre la violation de ses droits les plus fondamentaux.
- *Action en annulation des décisions de l'assemblée générale*: Le délai d'action est extrêmement court (2 mois), étant donné notamment les insuffisances de l'information. De plus, il s'agit d'un délai de péremption.

Titre 5

L'urgence de l'intervention législative

Les inconvénients résultant de l'incompatibilité de l'état de groupe avec le droit positif, des risques de l'état de groupe et de l'insuffisance des moyens de protection et de la mise en œuvre de ces moyens, nécessitent une intervention législative. Est-elle urgente?⁷²

Dans leur rapport intérimaire de 1972, le président et le secrétaire du groupe de travail pour l'examen du droit des sociétés anonymes déclarent que «une réglementation du droit des groupes de sociétés n'est pas urgente» – «... des abus ne se sont pas ouvertement manifestés dans ce domaine»⁷³.

Leur appréciation ne convainc pas⁷⁴ pour deux raisons:

- D'une part, le critère des abus manifestes est discutable. Sans

⁷² L'urgence est l'une des bases de la démarche et des choix du groupe de travail pour la révision du droit des sociétés anonymes. Cf. rapport intérimaire, pp. 16 ss, 20; avant-projet 1975, exposé des motifs, p. 4.

⁷³ Rapport intérimaire, p. 218.

⁷⁴ Le président et le secrétaire du groupe de travail pour la révision du droit des

nécessairement se manifester ouvertement, les abus dont sont victimes de nombreux actionnaires libres sont bien connus des praticiens qui doivent souvent constater leur impuissance à les combattre. L'existence d'abus devrait suffire.

- D'autre part, même si l'on retient ce critère qualifié, son application stricte mène à la conclusion de l'urgence. Certaines conséquences néfastes de l'état de groupe se manifestent ouvertement, notamment l'abandon de filiales surendettées.

La notion de l'urgence est relative. Elle peut être définie sur la base de trois critères:

- *Urgence d'un point de vue subjectif*, du point de vue respectif, notamment, des divers participants à la vie des groupes. Ce critère conduit à des résultats très différents selon les catégories d'intéressés. Pour les actionnaires libres, l'urgence ne fait pas de doute. En revanche, pour les actionnaires majoritaires, pour les dirigeants de sociétés, elle n'existe en aucune façon.
- *Urgence d'un point de vue objectif strictement juridique*. L'état de groupe est incompatible avec un certain nombre de règles impératives du droit positif. Une harmonisation s'impose.
- *Urgence d'un point de vue objectif général*. Les groupes de sociétés créent des risques non négligeables, posent des problèmes délicats pour des catégories importantes de personnes entrant en contact avec eux (actionnaires libres, créanciers, travailleurs). Une telle situation ne peut manquer d'ébranler la confiance dans la société anonyme, une des bases de notre système économique. Il est nécessaire d'y remédier sans délai.

Quel que soit le critère adopté, l'urgence d'une intervention législative est évidente⁷⁵, notamment du point de vue objectif général qui, sans aucun doute, doit être déterminant.

sociétés anonymes se reprennent d'ailleurs immédiatement après (à la phrase suivante) en constatant: «Il conviendrait d'envisager rapidement l'élaboration d'un droit des groupes de sociétés car ...» (p.218).

⁷⁵ Exception faite de certains points de vue subjectifs.

Les voies d'une intervention législative

Il y a deux manières d'améliorer le statut des actionnaires libres :

- l'intervention judiciaire
- l'intervention législative.

Le juge pourrait, sans aucun doute, améliorer la protection des actionnaires libres, notamment dans le cadre de sa jurisprudence relative aux principes généraux du droit. Il pourrait élaborer un principe d'égalité de traitement plus conforme aux intérêts de ceux-ci, admettre le principe de la proportionnalité. Il pourrait aussi assouplir sa jurisprudence en matière de droit aux renseignements, voire reconnaître aux groupes de sociétés la personnalité morale. Il pourrait préciser ses exigences en matière de consolidation¹. Mais, vu la tendance actuelle de la jurisprudence, il y a peu de chances que des développements de ce genre se produisent dans un proche avenir. De plus, le juge ne peut intervenir que de manière limitée. Il ne saurait, par exemple, étendre suffisamment l'obligation d'informer les actionnaires ou créer de nouveaux droits pour les actionnaires. Par conséquent, une véritable amélioration du statut des actionnaires libres nécessite une intervention législative, dont la nature varie selon l'attitude de base adoptée à l'égard des groupes. Trois possibilités existent :

1. On peut tout d'abord continuer d'ignorer l'existence des groupes de sociétés en se réfugiant derrière la fiction de la société indépendante. Mais, en même temps, on peut reconnaître l'insuffisance de la protection des actionnaires minoritaires et essayer d'y remédier. Toute amélioration de la protection des actionnaires minoritaires améliore le statut des actionnaires libres ; mais, paradoxalement, l'ignorance de l'existence des groupes a un effet protecteur pour les groupes eux-mêmes (titre 1).

¹ Arrêt du Tribunal Fédéral du 11 novembre 1975 dans la cause Fiduciaire X contre Solidago AG en liquidation concordataire, L'expert-comptable suisse 9/1976, 28, 29–30 (cons. 3).

2. On peut ensuite renoncer d'ignorer l'existence des groupes de sociétés, la reconnaître en fait sans encore la reconnaître en droit. Le but de cette reconnaissance est de faire prévaloir les intérêts des actionnaires libres, en leur fournissant des armes à la mesure de leur adversaire. Paradoxalement, elle est très défavorable aux groupes de sociétés (titre 2).

3. On peut enfin reconnaître en droit l'existence des groupes de sociétés, c'est-à-dire la légaliser. Le but de cette reconnaissance est de tenir compte équitablement des intérêts des groupes de sociétés et de ceux des actionnaires libres (titre 3).

Quelle que soit la nature de l'intervention législative, la protection des actionnaires libres peut se faire selon deux méthodes tout à fait différentes:

- par la conservation des actionnaires libres dans leur société,
- par l'élimination des actionnaires libres de leur société.

Les moyens utilisés varient selon la méthode choisie. Ils peuvent même varier dans le cadre d'une même méthode. Par exemple, si l'on entend maintenir les actionnaires libres dans leur société tout en renonçant à légaliser le groupe, la gamme des moyens est extrêmement vaste. En revanche, elle est limitée aux garanties des actionnaires libres (elle n'englobe plus les moyens de combattre les décisions prises, etc), si la légalisation du groupe a lieu.

Titre 1

L'amélioration de la protection des actionnaires minoritaires

Le droit positif est construit sur l'image de la société anonyme indépendante, à but économique, dans laquelle tous les actionnaires (majoritaires et minoritaires) ont intérêt à la réalisation du but social. Pour les cas rares où les majoritaires sont tentés d'abuser de leurs pouvoirs, des mesures de protection (notamment en faveur des actionnaires minoritaires) sont prévues.

D'un point de vue purement formel, il est tout à fait concevable d'assimiler un abus commis dans le cadre d'un groupe de sociétés à un abus de pouvoir commis par un actionnaire majoritaire dans une société indépendante. Dans les deux cas, c'est grâce à la majorité qu'un préjudice est causé, contrairement aux règles légales. Dans cette optique, la situation actuelle se caractérise simplement par une augmentation des cas d'abus, faisant

apparaître l'insuffisance des moyens de protection prévus par la loi. Une amélioration de ces moyens est nécessaire.

Chapitre 1. *La conservation des actionnaires minoritaires*

Section 1. **La contribution de l'avant-projet de 1975**

L'avant-projet de 1975 appartient au premier type de solutions. Il est construit sur la base de la société anonyme indépendante (révision partielle, absence d'un droit des groupes, renonciation pour les contrôleurs à l'incompatibilité résultant de la dépendance d'une société liée)².

Il fait un effort certain pour améliorer la protection des actionnaires minoritaires:

1. Il améliore les moyens de protection des actionnaires individuels. Notamment, il:

- renforce le droit préférentiel de souscription (art. 652 AP);
- restreint la possibilité de limiter le transfert des actions nominatives liées (art. 627 ch. 8, 646a, 685 al. 2 AP).

2. Il renforce les moyens spécifiques de protection des actionnaires minoritaires. Notamment, il:

- accorde aux actionnaires, représentant le $\frac{1}{5}$ du capital social, le droit de demander la nomination d'un contrôleur supplémentaire pour un exercice social (art. 729a AP);
- introduit une majorité des $\frac{2}{3}$ des voix représentées à l'assemblée générale pour modifier les statuts (art. 647 al. 1 AP);
- allège les conditions du droit de demander la dissolution de la société pour justes motifs: $\frac{1}{10}$ du capital social (art. 736 ch. 4 AP).

3. Il tente surtout d'améliorer l'information des actionnaires. Dans ce but, il:

- limite le caractère occulte des réserves latentes. Il exige notamment qu'elles ne soient plus constituées que par des amortissements, des provisions et des rectifications de valeur supplémentaires (art. 669 al. 2 AP), que ces opérations figurent au compte de pertes et profits (art. 663 ch. 12 et 13 AP) et surtout que le rapport de gestion indique la différence entre les réser-

² L'art. 663 a, qui accorde certains avantages à la société-mère présentant volontairement des comptes consolidés, ne change rien à l'esprit.

- ves constituées par l'administration pendant l'exercice et les amortissements, provisions et rectifications de valeur supprimés pendant la même période (art. 724 al. 2 ch 1 AP);
- impose des schémas de présentation pour le compte de pertes et profits (art. 663 AP) et le bilan (art. 663b AP);
 - introduit les principes de la continuité (art. 662 al. 4 AP) et du produit brut (art. 662 al. 3 AP);
 - mentionne expressément le droit de l'actionnaire de demander des renseignements à l'administration (art. 697 al. 1 AP);
 - améliore le contrôle des comptes annuels par l'introduction d'exigences en matière de qualification des contrôleurs (art. 727a et b AP) et, dans une mesure très limitée, par le renforcement de leur indépendance (art. 727c AP);
 - introduit le droit de demander au juge la nomination d'un contrôleur supplémentaire (art. 729a AP) et le droit de demander la révocation des contrôleurs (art. 728 al. 3, 2^e phrase AP).

4. Enfin, il améliore la mise en œuvre des moyens de protection. II:

- permet au juge, en cas de rejet de l'action en annulation d'une décision de l'assemblée générale, de mettre une partie des frais judiciaires à la charge de la société et de diminuer l'indemnité qui lui est allouée (art. 706 al. 5 AP).

Ces nouvelles dispositions améliorent-elles aussi la protection de l'actionnaire libre?

Dans la mesure où la poursuite d'intérêts étrangers ou contraires à l'intérêt social remplit la condition des justes motifs de dissolution (art. 736 ch. 4 CO), la diminution des exigences relatives à la représentation du capital social améliore la protection des actionnaires libres.

La mention expresse du droit de demander des renseignements à l'administration est également favorable à l'actionnaire libre qui devrait pouvoir, sous réserve du secret des affaires, découvrir certains faits lui permettant d'établir une gestion dans l'intérêt exclusif du groupe. Pourtant, aussi heureuses qu'elles soient, les améliorations prévues sont encore insuffisantes pour protéger efficacement les actionnaires minoritaires. Le groupe de travail pour la révision du droit de la société anonyme en était conscient. D'ailleurs, ce n'était pas son but principal³.

³ Rapport intérimaire, p. 222.

Section 2. Les autres moyens de protection

§ 1. Les moyens de protection des actionnaires individuels

1. Les droits acquis

Le moyen le plus adéquat⁴ de protéger efficacement le droit au dividende est la garantie de dividende⁵. Elle consiste à faire passer le paiement d'un dividende minimum avant l'alimentation des réserves (exception faite de la réserve légale et éventuellement d'autres réserves statutaires déterminées à l'avance) et la rémunération des autres bénéficiaires (administrateurs, notamment). Sa mise en œuvre pose toutefois des problèmes délicats. Elle implique une plus grande transparence dans les états financiers et la détermination du montant⁶ du dividende minimum et de sa base de calcul⁷.

2. Le devoir de fidélité de l'actionnaire dominant en tant qu'administrateur de fait

Le législateur pourrait dire expressément que l'actionnaire majoritaire qui s'immisce dans la gestion, notamment en donnant des instructions aux administrateurs, répond au même titre que ces derniers.

3. Les principes généraux du droit

3.1. L'abus de droit et l'égalité de traitement

Un moyen simple d'améliorer la protection des actionnaires minoritaires consiste à revenir à l'ancienne jurisprudence du Tribunal Fédéral, relative au rapport entre le principe de l'égalité de traitement et l'abus de droit. En effet, les actionnaires minoritaires ont intérêt à ce que le principe de l'égalité de traitement soit considéré comme «lex specialis» par rapport à l'abus de droit. Leur fardeau de la preuve est allégé⁸. Pour avoir gain de cause dans un procès, il ne leur reste qu'à prouver le traitement différentiel à leur détriment. La société anonyme doit elle-même dé-

⁴ On pourrait penser aussi à la limitation des voix de l'actionnaire majoritaire ou à la représentation proportionnelle des actionnaires au sein du Conseil d'administration (éventuellement de tous les organes sociaux).

⁵ § 254 al. 1 AktG; VISCHER/RAPP, Neugestaltung, pp.44–45.

⁶ Même montant pour toutes les sociétés, quels que soient leur grandeur, leur domaine d'activité, ou montants différents?

⁷ Valeur nominale, réelle ou vénale des actions?

⁸ 2^e partie, titre 3, chapitre 1, section 3, § 3.

montrer le bien-fondé du traitement différentiel. Et, pour être vraiment utile, le principe de l'égalité de traitement devrait être étendu au domaine des inégalités matérielles.

3.2. La proportionnalité

Faut-il aller plus loin et imposer à l'actionnaire majoritaire le respect du principe de la proportionnalité? Nombreux sont les auteurs qui le souhaitent⁹, à l'encontre des arguments tout de même pertinents (notamment suprématie du principe majoritaire) du Tribunal Fédéral.

«Si la demanderesse requiert que les nouvelles actions soient émises à la valeur intrinsèque, c'est parce qu'elle n'a pas l'intention de les souscrire. La conséquence en serait que les actionnaires majoritaires devraient souscrire toutes les nouvelles actions pour que l'augmentation de capital aboutisse. Une telle obligation peut présenter selon les circonstances des désavantages pour la majorité. Or, celle-ci n'est pas tenue d'assumer un préjudice dans le seul dessein de servir les intérêts de la minorité.»¹⁰

L'application du principe de la proportionnalité devrait par conséquent être limitée aux cas n'entraînant pas de désavantage pour l'actionnaire majoritaire.

§ 2. Les moyens de protection des minorités

L'avant-projet améliore les moyens spécifiques de protection des minorités. Il exige notamment l'accord des $\frac{2}{3}$ des voix représentées pour toute modification statutaire et s'aligne ainsi sur les pays voisins¹¹. La portée de cette règle est toutefois limitée. Les modifications statutaires sont relativement rares. Faut-il aller plus loin et exiger une majorité qualifiée pour toutes les décisions importantes de l'assemblée générale? Le fonctionnement de certaines sociétés serait entravé, sans que la plupart des décisions déterminantes (relatives notamment au résultat social) prises par l'administration soient touchées.

Faut-il alors permettre aux actionnaires d'attaquer en justice

⁹ MEIER-HAYOZ/ZWEIFEL, Grundsatz, pp. 383–397; R. PATRY, note à l'arrêt Ringier I, SAG 46, 1974, pp. 38, 40–41; A. HIRSCH, note à l'arrêt Ringier I, JT 1973, pp. 631 ss.

¹⁰ ATF 102 II 265, 270, JT 1977, pp. 102, 107.

¹¹ Cf. notamment § 179 al. 2 AktG; art. 153 Loi sur les sociétés commerciales du 24 juillet 1966.

les décisions de l'administration?¹² Dans les sociétés indépendantes, une telle action ne se justifie pas. Elle risquerait de paralyser l'administration et par conséquent la société. Elle pourrait être utilisée abusivement par la minorité. Elle impliquerait la communication de toutes les décisions attaquables aux actionnaires. Elle poserait de délicates questions relatives aux effets de l'annulation.

§ 3. Les moyens de déceler la violation des intérêts juridiquement protégés des actionnaires minoritaires

L'amélioration des moyens de protection ne suffit pas. Elle doit être accompagnée par l'amélioration de l'information. L'avant-projet fait un pas dans ce sens. Il aurait pu aller plus loin, sans porter gravement atteinte au secret des affaires.

1. L'information d'office

L'avant-projet améliore dans une très large mesure la sincérité du bilan en limitant le caractère occulte des réserves latentes, qu'il n'a pas interdites¹³ en raison des caractères spécifiques de notre pays. Il améliore également la clarté du bilan, en imposant des schémas de présentation. Ces schémas ont donné lieu à de nombreuses critiques dans la doctrine et dans les milieux intéressés. Ils ne sont adaptés qu'à la réalité des grandes sociétés¹⁴. Un système plus souple¹⁵, correspondant à la réalité spécifique des diverses catégories de sociétés anonymes, serait préférable.

2. Le contrôle de l'information

2.1. La mission des contrôleurs

Bien que rédigée de manière très concise dans l'avant-projet¹⁶, la mission des contrôleurs est élargie.

L'article 724 al.2 ch.1 AP exige que l'augmentation ou la

¹² H. DÜGGELIN, *Die Sonderprüfung als Rechtsbehelf des Aktionärs zur Kontrolle der Verwaltung einer AG*, thèse Berne 1977, pp. 77–78; VISCHER/RAPP, *Neugestaltung*, pp. 194–196.

¹³ Pour une autre solution, cf. 4^e directive, art. 35; F. PERRET/CH. VON GREYERZ, *Coordination du droit des sociétés en Europe, Projets sur la présentation du bilan dans la CEE et en Suisse, Rapports N° 7 A du Centre d'études juridiques européennes, Genève/St-Gall*, pp. 43 ss.

¹⁴ Tout en restant bien en-deçà des exigences de la 4^e directive.

¹⁵ Par exemple sous forme de règles de présentation, comme le prévoit le droit néerlandais.

¹⁶ Seul le but du contrôle est exprimé. Les méthodes ne sont pas prévues expressément. Cf. art. 730 al. 1 AP.

diminution des réserves latentes en cours d'exercice soit indiquée dans le rapport de gestion. Et l'article 730 al.1 AP impose aux contrôleurs de vérifier ce rapport dans la mesure où il explique les comptes annuels. Par conséquent «les contrôleurs doivent... examiner si le montant indiqué est justifié; si la différence mentionnée n'est pas justifiée, l'indication n'est pas conforme à la loi»¹⁷.

L'importance de cette vérification est manifeste. Les mouvements des réserves latentes sont un indice important de la politique du conseil d'administration à l'égard des actionnaires minoritaires.

Le rapport de gestion fait aussi l'objet d'un contrôle lorsqu'il donne d'autres renseignements de nature comptable (article 730 al.1 AP). En revanche, le groupe de travail s'est prononcé expressément contre le contrôle de la gestion par les contrôleurs¹⁸, ce qui se justifie dans une société indépendante (séparation des pouvoirs, responsabilités clairement définies, charges trop considérables pour les contrôleurs). En effet, au vu des résultats, l'assemblée générale va tirer ses conclusions. Ou bien elle est satisfaite de la gestion et elle confirme les administrateurs, ou bien elle n'est pas satisfaite et elle ne les confirme pas ou les révoque. Si une majorité se dessine, qui désire garder un administrateur malgré sa mauvaise gestion, elle en subit les conséquences au même titre que la minorité, même davantage quantitativement!

2.2. Les pouvoirs des contrôleurs

Pour faciliter le travail des contrôleurs, l'avant-projet décrit leurs pouvoirs d'une manière plus générale que ne le fait le droit positif¹⁹. Cette généralisation est utile dans le cadre des sociétés indépendantes, mais insuffisante pour la protection des actionnaires libres.

2.3. L'indépendance des contrôleurs

C'est dans ce domaine que l'avant-projet présente les plus graves lacunes.

Certes, l'introduction d'exigences strictes en matière de con-

¹⁷ Avant-projet 1975, exposé des motifs, p. 14. Il s'agit d'une vérification matérielle. Cf. P. JOLIDON, *Le contrôle*, SAG 48, 1976, p. 96 (N° 5).

¹⁸ Rapport intérimaire, p. 81. Mais l'art. 730c AP reprend les dispositions de l'art. 729 al. 3 CO, en précisant que seules les violations de la loi ou des statuts entrent en ligne de compte.

¹⁹ Art. 730 al. 2 AP; rapport intérimaire, p. 95.

naissances professionnelles (article 727a AP) et du droit de chaque actionnaire d'obtenir, par une action en justice, la révocation d'un contrôleur ne les remplissant pas (article 728 al.3 AP), représente une amélioration notable.

Mais le problème des incompatibilités est loin d'être résolu de manière satisfaisante²⁰. Les conflits pouvant résulter de situations passées sont ignorés. L'ancien salarié (même l'ancien cadre supérieur) de la société est éligible.

L'efficacité du contrôleur supplémentaire, qui exerce les mêmes tâches que les contrôleurs ordinaires, peut collaborer avec eux et ne rédige pas un rapport indépendant, est douteuse²¹. Faut-il le remplacer par un *contrôleur de minorité*, opérant une investigation indépendante et établissant un rapport distinct? S'il présente des avantages par rapport au contrôleur supplémentaire, il n'est pas exempt d'inconvénients. Il diminue l'autorité des contrôleurs ordinaires²². Il partialise leur mission, les contrôleurs ordinaires ayant tendance à prendre le parti de la majorité, les contrôleurs de minorité celui de la minorité. Il est peu efficace pour résoudre les véritables conflits entre la majorité et la minorité, qui portent en général sur la gestion et ne sont, par conséquent, pas du ressort des contrôleurs. D'autres mesures pourraient encore renforcer l'indépendance des contrôleurs, notamment:

- La durée minimum du mandat (en France, 6 exercices)²³. Mais les longs mandats présentent aussi des inconvénients et ne sont pas nécessairement déterminants pour l'indépendance²⁴.
- Un nombre minimum de deux contrôleurs²⁵. Ce système, dont le but est de renforcer le contrôle par la surveillance réciproque, mène souvent à un partage des responsabilités. Et, en cas de contrôle approfondi indépendant du tout par chaque contrôleur, le coût de l'opération peut être très élevé.

²⁰ L'absence de règles d'incompatibilité relatives aux sociétés liées est évidemment conforme à un système basé sur la société indépendante.

²¹ Il fait en quelque sorte double emploi avec le droit de révocation de l'art. 728 al. 3 AP. Pour d'autres critiques, cf. JOLIDON, op. cit. en note 17, p. 95, N° 3 et p. 97, N° 2.

²² J. HÉMARD/F. TERRÉ/P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, tome II, Paris 1974, p. 749.

²³ Art. 224 Loi sur les sociétés commerciales du 24 juillet 1966.

²⁴ BÉJOT, p. 132.

²⁵ Cf. art. 223 al. 2 Loi sur les sociétés commerciales du 24 juillet 1966.

3. L'information sur l'initiative de l'actionnaire

3.1. Le droit aux renseignements

Le droit aux renseignements de l'article 697 CO est peu efficace en raison du secret des affaires.

L'actionnaire minoritaire se trouve donc devant une impasse. Il dispose théoriquement des moyens nécessaires à la mise en œuvre de sa protection. Mais, il peut difficilement les utiliser, car il n'est pas en mesure de prouver les éléments constitutifs déterminants. En droit positif, le lien entre les moyens de protection et la mise en œuvre de la protection fait défaut, en partie du moins.

3.2. Le contrôleur spécial

3.2.1. Définition

Le contrôleur spécial est un expert chargé de rapporter, à l'intention des actionnaires minoritaires, sur au moins une opération de gestion. Il a pour but de faciliter la mise en œuvre des moyens de protection des actionnaires minoritaires, spécialement l'action en responsabilité contre l'administration. Inconnu dans notre pays²⁶, il est familier à la plupart des ordres juridiques des pays européens.

La réglementation de cette institution nécessite un compromis²⁷ entre les intérêts des actionnaires minoritaires et ceux de la société. En effet, si l'on protège efficacement le secret des affaires, le contrôleur spécial n'est pas beaucoup plus utile que le droit aux renseignements. Si, en revanche, on met l'accent sur la protection des actionnaires minoritaires, on risque de porter atteinte aux intérêts de la société à un point tel que les actionnaires minoritaires eux-mêmes pourraient hésiter à utiliser l'institution. Encore ne faut-il pas exagérer le risque couru par la société. L'actionnaire minoritaire, du moins s'il est lui-même indépendant, n'a pas intérêt à utiliser les informations fournies par le contrôleur spécial contre sa société. S'il n'est pas indépendant, il peut être tenté d'utiliser les renseignements obtenus dans la société où il est minoritaire, pour en tirer des avantages dans le cadre d'une autre société où il est majoritaire.

²⁶ En revanche, le contrôleur spécial de majorité est expressément prévu par l'article 731 al. 2 CO.

²⁷ Des pays comme l'Allemagne prennent résolument le parti des actionnaires minoritaires en renonçant à toute clause de protection de la société (§ 145 al. 4, 2^e phrase, AktG). Et d'une manière générale la tendance est favorable aux actionnaires minoritaires.

3.2.2. Les conditions de la désignation d'un contrôleur spécial

En admettant que la compétence de désigner le contrôleur spécial appartienne au juge, deux questions doivent être résolues, dont la solution influence directement le conflit éventuel entre la société et les actionnaires minoritaires:

- Qui peut demander la nomination?
- A quelles conditions la nomination peut-elle être requise?

3.2.2.1. La condition formelle

Le droit de demander la désignation d'un contrôleur spécial peut être conçu comme un moyen de protection de l'actionnaire individuel ou de la minorité en tant que telle.

A ce stade de la procédure, la solution du droit individuel s'impose, du moins théoriquement²⁸:

- Les moyens de protection de l'actionnaire individuel en matière de contrôle et les possibilités de mise en œuvre sont fonctionnellement liés. Le contrôleur spécial n'est qu'un maillon de la chaîne. Comme les autres maillons, il doit appartenir aux actionnaires individuellement.
- Tout contrôleur spécial désigné à bon escient contribue à assurer le fonctionnement régulier de la société anonyme. L'important n'est pas tellement la condition formelle, mais le bien-fondé de la requête.
- Les moyens de protection des minorités en tant que telles sont rarement utilisés, car la condition de minorité d'une certaine importance est difficile à réaliser.
- Le critère de la minorité d'une certaine importance est délicat à déterminer.
- Et surtout, le déséquilibre éventuellement créé entre les intérêts en présence peut être compensé dans le cadre de la suite de la procédure.

Des considérations d'ordre pratique pourraient toutefois justifier l'octroi du droit de demander la désignation d'un contrôleur spécial aux minorités d'une certaine importance, pour autant que le critère choisi se rapporte aux seuls actionnaires minoritaires²⁹.

3.2.2.2. La condition matérielle

Le juge doit-il donner suite à une demande de nomination

²⁸ Pour les solutions contraires des droits étrangers, cf. DÜGGELIN, op. cit. en note 12, pp. 156–157.

²⁹ Par exemple: actionnaires représentant le 10 % des actions minoritaires ou 100 actions minoritaires.

d'un contrôleur spécial dès que la condition formelle est réalisée, ou doit-il avoir d'autres exigences?

Le premier problème est celui de la subsidiarité. Théoriquement, la désignation d'un contrôleur spécial devrait pouvoir être évitée lorsque la société donne des renseignements suffisants de son plein gré. Mais, pratiquement, l'actionnaire minoritaire peut ne pas être satisfait de la réponse reçue. Il est difficile, dans un tel cas, de le priver des services du contrôleur spécial. Au plus, pourrait-on tenir compte de la subsidiarité théorique pour la répartition des frais du contrôle spécial.

Quelle que soit la solution adoptée, se pose ensuite le problème fondamental des exigences relatives à la justification de la requête de contrôle spécial. Faibles, elles favorisent les abus de la minorité. Strictes, elles rendent inopérante l'institution elle-même. Elles doivent se situer à un juste milieu entre le soupçon et la vraisemblance³⁰.

3.2.3. La mission du contrôleur spécial

Non seulement l'administration, mais encore tous les organes de gestion (notamment les directeurs), sont soumis au contrôle spécial. En principe, la gestion dans son ensemble doit pouvoir être examinée. Dans chaque cas concret, le juge fixe la mission du contrôleur spécial en fonction des justifications apportées par les actionnaires minoritaires dans leur demande³¹ et dans l'intérêt social en général. Au cas où des irrégularités dépassant le cadre de la mission sont constatées, une extension peut être accordée par le juge.

3.2.4. L'exécution de la mission du contrôleur spécial

L'exécution de la mission du contrôleur spécial pose trois problèmes:

- de qui le contrôleur spécial peut-il obtenir la collaboration?
- quelle est l'étendue du devoir de renseigner de ces personnes?
- quelle est l'étendue du droit de regard du contrôleur spécial?

3.2.4.1. Le cercle des personnes obligées de collaborer

Pour remplir sa mission efficacement, le contrôleur spécial doit pouvoir interroger non seulement les membres du conseil d'administration, mais aussi les employés de la société, en particulier

³⁰ DÜGGELIN, op. cit. en note 12, pp. 158–159.

³¹ Il ne peut pas, par exemple, autoriser la vérification de l'ensemble de la gestion d'une société dont le bénéfice est en augmentation constante et dont seule l'estimation d'un poste du bilan est suspectée avec de bons motifs.

les membres de la direction. Et non seulement les personnes en place au moment de l'enquête, mais aussi leurs prédécesseurs³².

3.2.4.2. L'étendue du devoir de renseigner de l'administration et des organes de gestion

Comme le contrôleur spécial est tenu à un devoir de discrétion absolue en dehors des règles légales expresses contraires, la société ne doit pas craindre de lui dévoiler ses secrets les plus précieux. Le secret des affaires n'a plus de raison d'être.

3.2.4.3. L'étendue du droit de regard dans les livres et la correspondance

L'étendue du droit de regard du contrôleur spécial dans les livres et la correspondance ne doit pas non plus être limitée. Ce qui pourrait avoir comme corollaire la suppression du droit de regard individuel des actionnaires.

3.2.5. Le rapport du contrôleur spécial

Le rapport du contrôleur spécial est la clé de la solution équitable du conflit entre les intérêts de la société et ceux des actionnaires minoritaires. Jusqu'ici, les intérêts de la société ont été pris en considération par l'exigence des justifications devant accompagner la demande de désignation d'un contrôleur spécial. Pour le reste, l'accent a été mis sur l'information des actionnaires minoritaires. Peut-on rétablir l'équilibre dans le cadre du rapport du contrôleur spécial? Certains droits étrangers essaient de le faire. Le rapport, dans son ensemble, doit parvenir à l'actionnaire minoritaire, voire à tous les actionnaires ou au public. Mais, pour protéger la société, il doit s'abstenir de rapporter les faits trop nuisibles à la société. La conséquence de ces systèmes est la remise aux intéressés de rapports incomplets, pouvant donner lieu à des conclusions erronées. Une solution plus équilibrée doit être recherchée.

Il est généralement admis que le rapport doit comporter un jugement de valeur (avis économique). Il ne peut consister en un simple exposé de faits, dans l'idée que l'actionnaire minoritaire en tirera lui-même les conséquences. Il doit donc établir une comparaison entre la gestion optimum (celle qu'aurait exercée un administrateur capable cherchant à atteindre le but social) et la gestion d'espèce. Par conséquent, il est divisé en deux parties :

³² Le système allemand, qui n'autorise pas l'interpellation des anciens administrateurs, etc., est unanimement considéré comme présentant une grave lacune. Cf. DÜGGELIN, op. cit. en note 12, p. 131.

- les faits
 - la conclusion (jugement de valeur du contrôleur spécial).
- Il est concevable de ne pas informer de la même manière sur ces deux parties. Deux hypothèses sont envisageables:
- Lorsqu’aucune violation n’est constatée, seule la conclusion est transmise à l’actionnaire minoritaire. Si ce dernier est malgré tout persuadé de l’existence d’une violation, il peut assumer les risques et périls d’une action en responsabilité, sans bénéficier des informations figurant dans le rapport.
 - Lorsque des violations sont constatées, deux solutions sont imaginables:
 - Remettre le rapport dans sa totalité à l’actionnaire minoritaire requérant, voire à tous les actionnaires qui en feraient la demande, dans l’idée que la société dans laquelle des irrégularités ont été commises ne mérite plus de protection particulière à l’égard de ses actionnaires, spécialement de ses actionnaires minoritaires.
 - Remettre le rapport dans sa totalité au juge seulement, qui l’utilisera comme élément probatoire, sans le communiquer à l’actionnaire demandeur³³.

Quant à la publicité, elle ne se justifie pas.

3.2.6. Utilité du contrôleur spécial pour les actionnaires libres

Le contrôleur spécial, même réglementé sans tenir compte de l’état de groupe, est utile pour les actionnaires libres. Grâce à lui, ils peuvent prouver la recherche, par le conseil d’administration, d’un but autre que le but final de leur société.

Section 3. La mise en œuvre des moyens de protection

Mise à part la proposition de l’avant-projet de répartir plus équitablement les frais de procédure (article 706 al. 5 AP), la mise en œuvre des moyens de protection pourrait encore être facilitée par la prolongation du délai d’action de l’article 706 CO, ou en tout cas par son adaptation à l’intervention éventuelle d’un contrôleur spécial.

³³ Une procédure de ce genre existe en droit suisse en matière de brevets (art. 68 LBI):

al. 1: «Les secrets de fabrication ou d’affaires des parties seront sauvegardés.»
 al. 2: «Il ne sera donné connaissance à la partie adverse des moyens de preuve propres à révéler de tels secrets que dans la mesure compatible avec leur sauvegarde.»

Et certaines lois de procédure cantonales connaissent des règles analogues. Cf. § 349 al. 1 Luzerner ZPO; DÜGGELIN, op. cit. en note 12, p.64.

Chapitre 2. *L'élimination des actionnaires minoritaires*

Au lieu d'essayer d'adoucir le sort des actionnaires minoritaires, le législateur pourrait envisager de supprimer les cas de participations minoritaires.

Section 1. **Généralités**

§ 1. Définition

L'élimination des actionnaires minoritaires est la suppression forcée et indemnisée du sociétariat des actionnaires minoritaires sans effet sur l'existence de la société.

§ 2. Classification

L'élimination des actionnaires minoritaires est toujours forcée, c'est-à-dire qu'elle est toujours imposée à certains intéressés. Il faut toutefois distinguer de qui provient l'initiative de l'élimination:

- L'initiative provient de la minorité elle-même. L'élimination est imposée soit à la société, soit à l'actionnaire majoritaire. On parle de *droit de sortie* ou de *droit de retrait* (ces deux termes n'étant pas synonymes).
- L'initiative provient de la société (actionnaires majoritaires). L'élimination est imposée aux actionnaires minoritaires. On parle d'*exclusion* ou de *droit de rachat* (ces deux termes n'étant pas non plus synonymes).

Ces modes d'élimination des actionnaires minoritaires posent deux problèmes:

- Sont-ils admissibles dans le cadre de la protection des actionnaires minoritaires?
- Peuvent-ils aussi servir à protéger les actionnaires libres?

Section 2. **Le droit de sortie**

§ 1. Définition

Le droit de sortie est la suppression indemnisée du sociétariat des actionnaires minoritaires, imposée par les actionnaires minoritaires à la société, lorsque certaines conditions, imputables à aucune catégorie d'intéressés, sont réalisées, sans effet sur l'existence de la société.

Il n'existe pas en droit positif suisse de la société anonyme³⁴.

³⁴ En revanche, d'autres types de sociétés le connaissent: société à responsabilité

§ 2. But

Le droit de sortie protège les actionnaires minoritaires contre les rigueurs excessives du principe majoritaire. Ce principe assure le fonctionnement normal des sociétés typiques dont le nombre des associés est important. C'est un moyen et non un but en soi. Par conséquent, certains de ses effets extrêmes doivent être neutralisés, notamment la possibilité de décider des changements fondamentaux qui, au fond, devraient requérir l'unanimité³⁵, une majorité très qualifiée ou un quorum important³⁶.

Le droit de sortie évite qu'un actionnaire soit tenu de continuer d'appartenir à une société dans laquelle il ne serait jamais entré de son propre gré. Un dommage n'est pas nécessaire³⁷.

§ 3. Motifs de sortie

Un tel but limite évidemment le cercle des motifs possibles de sortie³⁸: fusion, changement du but ou de l'objet social. Eventuellement: changement du type de société, transfert du siège social à l'étranger, introduction d'actions à droit de vote privilégié, prorogation de la société. Le dénominateur commun de ces motifs est l'absence d'illicéité. Par conséquent, il n'y a pas de concurrence entre le droit de sortie et les moyens de protection contre les abus de majorité^{38bis}.

La question du choix des motifs, de *lege ferenda*, est évidemment délicate. Une clause générale, notamment les justes motifs, serait commode³⁹.

limitée (art. 822 al. 1 et 822 al. 2 CO), société coopérative (art. 842 al. 1 CO). Pour la société anonyme, il faut toutefois signaler que l'idée du droit de sortie n'est pas totalement absente de la loi. L'article 648 al. 2 CO facilite, dans l'hypothèse de la transformation du but social, de la suppression de clauses statutaires qui aggravent les conditions sous lesquelles l'assemblée générale peut prendre une décision et de l'introduction d'actions à droit de vote privilégié, la sortie de l'actionnaire en levant provisoirement les clauses d'agrément pour le transfert des actions. Mais il ne va pas jusqu'à garantir à l'actionnaire la possibilité de quitter la société lorsque l'une de ces trois conditions est réalisée. Or, il n'est pas toujours possible de trouver un acquéreur à un prix équitable pour de telles actions.

³⁵ PETITPIERRE-SAUVAIN, p. 152.

³⁶ PETITPIERRE-SAUVAIN, p. 156.

³⁷ PETITPIERRE-SAUVAIN, pp. 157–158.

³⁸ PETITPIERRE-SAUVAIN, pp. 152–153.

^{38bis} PETITPIERRE-SAUVAIN, pp. 157–158.

³⁹ A. HIRSCH, La protection des actionnaires minoritaires «de *lege ferenda*», SAG 1978, pp. 65 ss, 68 ss.

§ 4. Débiteur de l'indemnité

Du moment que l'actionnaire dominant n'a pas violé la loi, le débiteur de l'indemnité est la société.

§ 5. Sort des actions de l'actionnaire sortant

Une exception à l'interdiction de l'acquisition de ses propres actions devrait être ajoutée à la liste de l'article 659 al.2 CO en faveur de la société qui doit intervenir dans le cadre de l'exercice du droit de sortie. Pour le reste, les principes généraux doivent être respectés. En particulier, si l'indemnisation de la sortie porte atteinte au principe du maintien du capital social, ce dernier doit être réduit⁴⁰.

§ 6. Compatibilité avec les principes généraux du droit de la société anonyme

Vu les considérations précédentes, le droit de sortie est compatible avec les principes généraux du droit de la société anonyme.

§ 7. Utilité pour les actionnaires libres

Les actionnaires libres trouvent des avantages dans le droit de sortie. Si, par exemple, une société-mère décide de modifier complètement le but de ses filiales, les actionnaires libres peuvent se soustraire à cette situation nouvelle en sortant de la société. Mais en raison du cercle limité des motifs de sortie, ils ne sont pas suffisamment protégés.

Section 3. Le droit de retrait

§ 1. Définition

Le droit de retrait est la suppression du sociétariat des actionnaires minoritaires, imposée par les actionnaires minoritaires à l'actionnaire dominant, par voie de transfert onéreux des actions, lorsque certaines conditions, imputables à l'actionnaire dominant, sont réalisées, sans effet sur l'existence de la société.

Il n'existe pas en droit positif suisse de la société anonyme.

§ 2. But

Le droit de retrait n'est plus motivé par certaines rigueurs du

⁴⁰ Cf. par analogie, art. 822 al. 4 CO.

système majoritaire. Il protège les actionnaires minoritaires contre la violation de la loi par l'actionnaire dominant. Il *sanctionne* une violation de la loi.

§ 3. Motifs de retrait

Le principal motif envisageable est la modification du but final de la société, c'est-à-dire le fait de ne plus poursuivre les intérêts de la société mais d'autres intérêts (en tout cas potentiellement contraires à ceux de la société). Il pose le délicat problème des conditions de sa réalisation. N'importe quelle violation suffit-elle? Doit-elle être importante? Durable? La preuve, particulièrement difficile, incombe à l'actionnaire minoritaire.

§ 4. Débiteur de l'indemnité

Le droit de retrait permet à l'actionnaire minoritaire d'obliger l'actionnaire dominant à lui acheter ses actions. L'obligation de l'actionnaire dominant se justifie par la violation de la loi.

§ 5. Sort des actions de l'actionnaire qui exerce le droit de retrait

Les actions passent dans la propriété de l'actionnaire dominant.

§ 6. Compatibilité avec les principes généraux du droit de la société anonyme

La compatibilité du droit de sortie avec les principes généraux du droit de la société anonyme n'implique pas nécessairement celle du droit de retrait.

Le droit positif est basé sur la société indépendante qui poursuit la recherche de ses intérêts propres. La subordination d'une société aux intérêts d'une autre société n'est pas exclue. Mais la procédure de la fusion doit être utilisée pour harmoniser les situations de fait et de droit. Le droit de retrait, qui permet de maintenir la disharmonie et conduit à la reconnaissance en fait des groupes de sociétés, est incompatible avec les principes généraux du droit positif.

Section 4. L'exclusion

§ 1. Définition

L'exclusion est la suppression indemnisée du sociétariat des actionnaires minoritaires, imposée par la société aux actionnaires

minoritaires, lorsque certaines conditions, imputables aux actionnaires minoritaires, sont réalisées, sans effet sur l'existence de la société.

Elle n'existe pas en droit positif suisse de la société anonyme.

§ 2. But

Elle défend la société contre les agissements contraires à l'intérêt social de certains actionnaires minoritaires.

§ 3. Utilité pour la protection des actionnaires minoritaires

Par conséquent, elle ne présente aucun aspect de protection des actionnaires minoritaires.

Section 5. Le droit de rachat

§ 1. Définition

Le droit de rachat est la suppression du sociétariat des actionnaires minoritaires, imposée par l'actionnaire dominant aux actionnaires minoritaires, par voie de transfert onéreux des actions, lorsque certaines conditions, imputables à l'actionnaire dominant, sont réalisées, sans effet sur l'existence de la société.

Il n'existe pas en droit positif suisse de la société anonyme.

§ 2. But

Il garantit essentiellement les intérêts de l'actionnaire dominant.

§ 3. Compatibilité avec les principes généraux du droit de la société anonyme

Il est incompatible avec la qualité de droit acquis de l'actionnariat⁴¹. Une exception à ce principe ne se justifie pas pour les groupes de sociétés, puisque ceux-ci ne sont même pas reconnus en fait par le droit positif.

§ 4. Utilité pour la protection des actionnaires minoritaires

De plus, son rôle de protection des actionnaires minoritaires n'est que très indirect.

⁴¹ SCHLUEP, Wohlerworbene Rechte, pp.97 ss.

Chapitre 3. *Conclusions*

L'amélioration de la protection des actionnaires minoritaires est favorable aux actionnaires libres, mais insuffisante. Dans le cadre de la conservation des actionnaires minoritaires, elle ignore les problèmes spécifiques des groupes de sociétés. Dans le cadre de l'élimination des actionnaires minoritaires, elle est très limitée. D'une manière générale, elle implique une prise de position négative à l'égard des groupes de sociétés. Toute protection des actionnaires minoritaires, donc des actionnaires libres, se fait aux dépens de l'actionnaire dominant, donc de la société-mère. Les intérêts des groupes de sociétés, comme les groupes de sociétés eux-mêmes, sont ignorés par la loi. Mais chaque imperfection du système de protection des actionnaires profite aux groupes.

Titre 2

L'amélioration de la protection des actionnaires libres

Si, d'un point de vue formel, il est concevable d'assimiler un abus commis dans le cadre d'un groupe de sociétés à un abus de pouvoirs commis par un actionnaire majoritaire dans une société indépendante, en revanche, d'un point de vue matériel, une telle comparaison n'est pas satisfaisante. Les actionnaires libres sont exposés à des risques plus graves, plus nombreux, plus fréquents que les actionnaires minoritaires. Par conséquent, leur protection nécessite des moyens plus développés que ceux qui appartiennent aux actionnaires minoritaires. Elle postule, du moins en fait, la reconnaissance des groupes de sociétés, afin d'adapter les moyens d'en combattre les excès.

Ce qui a été dit pour la protection des actionnaires minoritaires reste évidemment valable pour la protection des actionnaires libres. Il suffit donc d'adapter la protection des actionnaires minoritaires aux besoins des actionnaires libres.

Chapitre 1. *La conservation des actionnaires libres*

La protection des actionnaires libres ne nécessite pas de modifications importantes du système des moyens de protection des actionnaires individuels et des actionnaires minoritaires. L'introduction de certaines présomptions pourrait toutefois être utile. En revanche, l'information des actionnaires doit être étendue,

non seulement dans le cadre de la société, mais aussi hors de son cadre. Les actionnaires doivent pouvoir obtenir des renseignements sur toutes les sociétés du groupe.

Section 1. L'information d'office

L'information d'office ne peut plus se limiter à la fortune et au résultat de la société filiale. Elle doit s'étendre :

- à l'existence du groupe,
- à la fortune et au résultat du groupe,
- aux relations de la société filiale avec les autres sociétés du groupe.

§ 1. L'information destinée à faire connaître l'existence du groupe

Toute protection efficace des actionnaires libres nécessite une information de ces derniers sur l'existence du groupe. En effet, lorsqu'il est confronté à un exercice déficitaire, l'actionnaire libre réagit différemment selon qu'il sait ou ne sait pas qu'il est un actionnaire libre. S'il ne le sait pas, il regrette le résultat de sa société, mais n'a en général pas le réflexe d'incriminer les dirigeants de celle-ci. S'il le sait, son réflexe est différent. Il se demande si les dirigeants ont agi dans l'intérêt de sa société. Sa vigilance est éveillée.

L'information destinée à faire connaître l'existence du groupe peut être directe ou indirecte. Elle est directe si les groupes ont l'obligation de se déclarer comme tels⁴². Elle est indirecte si chaque société ne doit déclarer que des faits déterminants pour l'état de groupe, par exemple ses participations dans d'autres sociétés ou les liens entre ses dirigeants et d'autres entreprises.

1. L'information sur les participations

1. 1. Les objections à l'information sur les participations

Comme toute mesure nouvelle d'information, l'information sur les participations ne peut manquer de soulever de nombreuses objections⁴³.

⁴² Une telle déclaration est évidemment difficilement compatible avec un système juridique basé sur l'indépendance des sociétés.

⁴³ Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses über die von der Bundesregierung eingebrachten Entwürfe eines AktG ..., Bundestagsdrucksache IV/3296, pp. 4–5 (cit.: Rechtsausschuß).

- Elle est incompatible avec l’anonymat de l’actionnariat, qui répond à un intérêt légitime des actionnaires et de la société. Elle oblige les actionnaires à dévoiler leurs richesses.
- Elle est préjudiciable aux transactions sur les actions dont elle limite les transferts, tout particulièrement ceux qui portent sur des paquets importants. Par conséquent, elle freine la concentration des entreprises.
- Elle fait obstacle à l’assainissement de sociétés en difficultés. D’une part, elle dévoile certaines difficultés économiques. D’autre part, et surtout, elle détourne de toute action de sauvetage ceux qui seraient prêts à intervenir moyennant une certaine discrétion. Elle crée une fausse sécurité, car il est impossible d’assurer son respect rigoureux.

Ces objections ne sont pas négligeables. Mais elles ne résistent pas à l’examen.

1.1.1. L’anonymat et le droit suisse

L’anonymat n’est pas un principe fondamental du droit positif suisse des sociétés⁴⁴. Les associés des sociétés en nom collectif, en commandite, à responsabilité limitée, coopératives (dans la mesure où leurs associés endossent une responsabilité personnelle, limitée ou illimitée), doivent être inscrits au Registre du Commerce. La société anonyme fait exception.

En revanche, un des principes généraux du droit suisse des sociétés consiste à faire supporter une responsabilité à celui qui exerce le pouvoir. En matière de société anonyme, plus la part des actions possédées augmente, plus il se justifie de faire connaître la personne de l’actionnaire.

Le nom même de la société en français est trompeur. La qualification de la société par l’anonymat ne correspond pas à la pratique des autres langues. Même la version allemande de la loi suisse ne parle pas d’anonymat (*Aktiengesellschaft*). La société anonyme se caractérise par l’absence de responsabilité des actionnaires, l’existence d’un capital social et d’actions. L’anonymat n’est qu’une conséquence de ces caractéristiques. C’est parce que les actionnaires n’endossent pas de responsabilité que leur personnalité n’est pas déterminante.

L’anonymat n’est d’ailleurs pas considéré comme un droit acquis absolu. Le Conseil fédéral lui-même ne lui a pas accordé

⁴⁴ A ce sujet, voir notamment A. HIRSCH, L’anonymat de l’actionnaire dans la société anonyme, in: *Festschrift für Walther Hug*, Berne 1968, pp.307 ss.

cette faveur⁴⁵. La doctrine dominante va dans le même sens⁴⁶. Quoi qu'il en soit, la qualité de droit acquis ne découlerait pas des caractères intrinsèques de l'anonymat, mais bien du préjudice financier que pourrait supporter l'actionnaire du fait de la conversion de ses actions au porteur en actions nominatives.

1.1.2. La limitation de la concentration

Si la concentration par voie de cession de contrôle peut être influencée par l'information sur les participations, il n'en va pas de même de la concentration par des modes publics (offres publiques d'achat). Quoi qu'il en soit, ces effets ne sont que secondaires. Ils n'ont rien à faire avec le but de l'information⁴⁷ qui seul doit être pris en considération.

1.1.3. La limitation des assainissements

Les considérations faites au sujet de la concentration valent aussi pour les assainissements. Des effets nuisibles sont d'autant moins à craindre que les cas d'assainissements sont en général assez largement connus du public.

1.1.4. L'inefficacité de l'information sur les participations

L'information sur les participations n'est pas une aventure. De nombreux pays la connaissent depuis plus ou moins longtemps. Les injonctions légales sont en général respectées^{47bis}.

1.2. Les solutions possibles

L'information sur les participations peut être réalisée essentiellement de deux manières:

- par la suppression de l'anonymat à l'égard de tous les actionnaires,
- par la suppression de l'anonymat à l'égard de certains actionnaires.

1.2.1. La suppression de l'anonymat à l'égard de tous les actionnaires

Par l'interdiction des actions au porteur et le droit de tout

⁴⁵ FF 1928 I, p. 256.

⁴⁶ A. MEIER-HAYOZ, Personengesellschaftliche Elemente im Recht der AG, Festschrift W. Hug, pp. 393 ss; BÜRGI, Zürcher Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 683–686 CO, rem. 10 ss; SCHLUEP, Wohlerworbene Rechte, pp. 118 ss; A. SIEGWART, Zürcher Kommentar, Art. 622 CO, rem. 58 ss.

⁴⁷, ^{47bis} Rechtsausschuß, p. 5.

actionnaire de consulter le registre des actions⁴⁸, le droit italien institue l'information sur toutes les participations.

1.2.2. La suppression de l'anonymat à l'égard de certains actionnaires

Le système italien dépasse certainement le but recherché. Un système moins ambitieux, permettant aux «petits» actionnaires de conserver leur anonymat, est suffisant.

1.2.2.1. L'importance de la participation

Le droit comparé enseigne que le seuil de participation nécessitant une information des actionnaires est variable (10%⁴⁹, 20%⁵⁰, 25%⁵¹) et pas nécessairement unique (tous les 5% supplémentaires⁵², 25% et 50%⁵³, 10% et 50%⁵⁴).

Le seuil de 50% est évidemment fondamental, puisqu'il permet de dominer une société. Un seuil supérieur à 50%, correspondant aux majorités qualifiées de la loi, n'est pas judicieux, car seule la domination de la gestion courante est déterminante. En revanche, un seuil inférieur à 50% se justifie, car une telle domination est possible avec une participation minoritaire⁵⁵. Un choix s'impose donc entre une norme unique pour toutes les sociétés et des normes différentes pour les différentes catégories de sociétés. De plus, il faut déterminer si les seuils se rapportent au capital social ou au droit de vote. Dans ce contexte, la proportion par rapport au total des voix devrait être déterminante⁵⁶. Enfin, pour éviter tout abus, il faut prendre en compte les participations indi-

⁴⁸ Art. 2422 CCit.

⁴⁹ Art. 356 al. 1 et 358 al. 2 Loi sur les sociétés commerciales du 24 juillet 1966; art. 46 a proposition modifiée statut SE; art. 18 avant-projet directive (1^{re} partie).

⁵⁰ Referentenentwurf, § 19 al. 1.

⁵¹ § 20 al. 1 AktG.

⁵² Art. 46 a proposition modifiée statut SE; art. 18 avant-projet directive (1^{re} partie).

⁵³ § 20 al. 1 et 4 AktG.

⁵⁴ Art. 356 al. 1 loi du 24 juillet 1966.

⁵⁵ Le choix ne devrait pas être influencé par d'autres considérations. En France, l'information à partir de 10% a essentiellement pour but de lutter contre les participations réciproques. En Allemagne, l'information à partir de 25% se base sur l'idée du pouvoir juridique dans la société, car toute modification des statuts exige une majorité qualifiée de 75% du capital représenté (§ 179 al. 2 AktG).

⁵⁶ Proposition modifiée statut SE, Exposé des motifs ad art. 46 a.

rectes⁵⁷ et les participations potentielles (§ 20 al. 2 AktG), qui n'existent pas encore effectivement mais qui ne dépendent que d'une décision de la future société dominante: contrat de vente, offre irrévocable de la société dominée, droit d'option, droit de conversion⁵⁸.

Deux informations paraissent donc indispensables. La première concerne le seuil inférieur (20% à 25%), à partir duquel un danger de domination existe. La seconde concerne le seuil supérieur (50%), à partir duquel la domination existe. En revanche, il est possible de renoncer à toute information intermédiaire⁵⁹ et de limiter ainsi les atteintes à l'anonymat.

1.2.2.2. Les débiteurs de l'information

Le droit allemand limite le cercle des actionnaires qui doivent informer sur leur participation d'une certaine importance à ceux qui remplissent eux-mêmes la condition de l'entreprise⁶⁰. Ce système présente de graves inconvénients en ce qui concerne la distinction entre les deux catégories d'actionnaires. L'information doit être imposée à tous les actionnaires importants⁶¹.

1.2.2.3. Les destinataires de l'information

Les destinataires de l'information sont les actionnaires de la société dominée⁶². L'information de la seule société dominée pourrait toutefois être suffisante. Il faudrait alors que, en cas de domination, les contrôleurs aient l'obligation de vérifier les rapports de la société avec les autres sociétés du groupe et de signaler à l'assemblée générale les mesures qui portent atteinte aux intérêts de la société dominée.

1.2.2.4. Le mode d'information

S'agissant de la protection des actionnaires libres, une publica-

⁵⁷ Begründung zum Entwurf eines Aktiengesetzes, Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, DS 1915, p. 104.

⁵⁸ WÜRDINGER, Großkommentar, § 20, 3; BIEDENKOPF/KOPPENSTEINER, Kölner Kommentar, § 20, 13.

⁵⁹ Par exemple, par palier de 5% comme le propose la proposition modifiée statut SE ou l'avant-projet de directive.

⁶⁰ La raison est que l'actionnaire non entreprise ne représente pas le même danger de confondre ses propres intérêts avec ceux de la société dominée et qu'une telle obligation impliquerait une trop grande publicité du patrimoine privé. Cf. Rechtsausschuß, p. 6 (ad 19 b).

⁶¹ Art. 46 a al. 1 proposition modifiée statut SE.

⁶² § 20 al. 1 et 6 AktG.

tion ne s'impose pas. Mais l'information doit être organisée de telle manière qu'elle soit accessible sans délai aux actionnaires.

1.2.2.5. La sanction

Pour assurer le respect de l'obligation d'informer, des sanctions strictes, de nature civile⁶³ ou pénale⁶⁴, doivent être prévues.

2. L'information sur les liens entre dirigeants de la société et d'autres entreprises

Afin de déterminer l'existence d'un groupe non fondé sur des participations majoritaires, la connaissance des liens entre les dirigeants de la société et d'autres entreprises est très utile. L'unité de la direction découle en général de cette seule identité. Dans ce but, l'article 135 ch.1 du décret français du 23 mars 1967 prévoit:

«La société doit adresser aux actionnaires ou mettre à leur disposition ... les renseignements suivants ... :

1. Les nom, prénom usuel et domicile, soit des administrateurs et directeurs généraux ... ainsi que, le cas échéant, l'indication des autres sociétés dans lesquelles ces personnes exercent des fonctions de gestion, de direction, d'administration ou de surveillance.»

§ 2. L'information sur la fortune et le résultat du groupe

Tout actionnaire libre a un intérêt évident de connaître exactement la situation du groupe dont sa société dépend. Une divergence entre le résultat de sa société et celui du groupe peut être un indice déterminant de la politique du groupe à l'égard de sa société. La possibilité, pour un actionnaire libre, de prendre connaissance des comptes consolidés du groupe n'existe ni en droit allemand, ni en droit français. Elle est souhaitable pour une meilleure protection des minoritaires (décision de vendre leurs actions ou d'en acheter de supplémentaires).

§ 3. L'information sur les relations de la société dépendante avec les autres sociétés liées

Toutes les informations mentionnées jusqu'ici peuvent éveiller l'attention des actionnaires libres, leur faire soupçonner certaines

⁶³ Suspension des droits appartenant aux actions (§ 20 al. 7 AktG).

⁶⁴ Proposition modifiée statut SE, annexe IV, VIII; BIEDENKOPF/KOPPENSTEINER, Kölner Kommentar, § 20, 41; sanctions inadaptées car trop lourdes, cf. BÉZARD/SAYAG, La protection des associés minoritaires au cours de la vie sociale, in: Les groupes de sociétés, p.288.

violations de leurs droits. Mais la preuve de la violation reste à apporter. Elle peut être facilitée par une information sur les relations de la société dépendante avec les autres sociétés liées, qui fournit les renseignements les plus utiles pour une éventuelle action en responsabilité. Le droit allemand connaît la réglementation la plus complète à ce sujet⁶⁵. Il impose à toutes les sociétés dépendantes, qui ne sont pas soumises à un contrat de domination, d'établir dans les trois premiers mois de chaque exercice, un rapport de dépendance sur l'exercice écoulé.

1. Contenu de l'information

Selon le § 312 al.1 AktG, la société dépendante doit renseigner sur :

- tous les actes juridiques conclus avec la société dominante ou une autre société liée,
- les actes juridiques conclus avec les tiers et les autres mesures prises, pour autant qu'ils aient été décidés sur l'instigation ou dans l'intérêt de la société dominante ou d'une autre société liée.

Du moment que l'information fournie doit faciliter l'action en dommages et intérêts, elle doit contenir des renseignements permettant de déterminer un dommage éventuel. Elle doit notamment, pour les actes juridiques, indiquer la prestation et la contre-prestation, pour les mesures, les motifs, les avantages et les inconvénients⁶⁶. Comme la société dominante a la possibilité d'échapper à toute action en compensant le dommage causé, des renseignements doivent également être donnés sur une éventuelle compensation⁶⁷.

En raison de l'étendue de l'information qu'il doit contenir, le rapport de dépendance du droit allemand présente de nombreux inconvénients pour les sociétés⁶⁸ :

- Devant être très complet, il peut être extrêmement volumi-

⁶⁵ §§ 311–318 AktG. Le droit français va dans le même sens. Mais il ne prescrit qu'un rapport basé sur les relations personnelles. Cf. art. 103 loi sur les sociétés commerciales du 24 juillet 1966; BÉJOT, pp. 124–125.

⁶⁶ § 312 al. 1, 3^e phrase, AktG; EMMERICH/SONNENSCHNEIN, Konzernrecht, p. 222.

⁶⁷ § 312 al. 1, 4^e phrase AktG.

⁶⁸ EMMERICH/SONNENSCHNEIN, pp. 221–222; M. LUTTER, Das Konzernrecht der Bundesrepublik Deutschland: Ziel, Wirklichkeit und Bewährung, SAG 48, 1976, pp. 152, 159; idem, Le droit des Konzerns en République Fédérale d'Allemagne s'est-il imposé dans les faits? in: Droit et pratique du commerce international, 1976, pp. 305, 318; BIEDENKOPF/KOPPENSTEINER, Kölner Kommentar, § 312, 50.

neux. Pour répondre aux règles de sa confection, il nécessite toute une organisation, notamment pour l'enregistrement des opérations devant y figurer (car même les opérations de moindre importance n'échappent pas à la règle). Un compromis est difficile à trouver. La société ne peut se voir confier le soin de déterminer quelles sont les opérations dont l'importance nécessite l'incorporation dans le rapport.

- Les nombreuses indications placent souvent les responsables devant des problèmes presque insolubles, relatifs à la détermination et à l'estimation du préjudice et de la compensation.
- L'étendue du contenu est un danger réel pour le secret des affaires.
- En sortant de leur mission ordinaire, la vérification du rapport de dépendance alourdit par trop le travail des contrôleurs.
- La révélation d'un préjudice équivaut à une autocritique (fondamentalement étrangère au droit allemand).

2. Les bénéficiaires de l'information

Pour remédier aux risques encourus par le secret des affaires, le droit allemand⁶⁹ exige que le rapport de dépendance présente des conclusions, sorte de résumé du contenu du rapport de dépendance, consistant en la constatation soit d'un préjudice, soit de l'absence d'un préjudice, une fois les compensations opérées⁷⁰. Seules ces conclusions sont destinées aux actionnaires et figurent dans le rapport de gestion⁷¹. Si elles sont défavorables à la société, l'actionnaire libre peut demander la nomination d'un contrôleur spécial⁷².

§ 4. L'égalité devant l'information

Les règles visant à assurer l'égalité des actionnaires devant l'information doivent être adaptées au groupe. Afin d'éviter que les dirigeants d'une société de groupe ne profitent de leurs informations internes pour opérer des transactions sur leurs actions des sociétés du groupe, ils doivent les convertir en actions nominatives ou les déposer auprès de leur société⁷³. Des sanctions pénales doivent être prévues.

⁶⁹ Le problème se pose de la même manière que pour le contrôleur spécial. Il s'agit de concilier le secret des affaires et le besoin d'information des actionnaires. Cf. BIEDENKOPF/KOPPENSTEINER, *Kölner Kommentar*, § 312, 1–3.

⁷⁰ § 312 al. 3, 1^{re} phrase, AktG.

⁷¹ § 312 al. 3, 3^e phrase, AktG.

⁷² § 315 AktG.

⁷³ BÉJOT, pp. 136 ss.

Section 2. Le contrôle de l'information

§ 1. La mission des contrôleurs

Si la limitation de la mission des contrôleurs au domaine des comptes se justifie pleinement dans une société indépendante, elle se justifie beaucoup moins dans une société dépendante. Toutefois, un contrôle général de la gestion ne saurait être envisagé. Il n'est pas indispensable. Les contrôleurs seraient surchargés. Ils n'auraient pas nécessairement les compétences pour le faire (un expert-comptable n'a pas la formation d'un gestionnaire).

Il en va différemment pour un contrôle restreint de la gestion, limité par exemple aux rapports entre la société contrôlée et les autres sociétés liées. Des sondages peuvent suffire. Un élargissement partiel de la mission des contrôleurs présenterait l'avantage de renforcer la protection des actionnaires libres, sans nuire au secret des affaires. Les contrôleurs se borneraient à communiquer leurs conclusions à l'assemblée générale. Sur cette base, les actionnaires libres pourraient directement tenter une action en responsabilité ou demander la désignation d'un contrôleur spécial. Mais il présenterait aussi des inconvénients. Outre la charge supplémentaire pour les contrôleurs et le coût élevé pour la société, il exigerait des qualifications très particulières des contrôleurs.

C'est pourtant dans ce sens qu'évoluent les législations des pays voisins, encore que la direction soit plus ou moins franchement prise selon les cas.

En France, les contrôleurs sont chargés de missions particulières, qui impliquent un contrôle de la gestion (quant à la légalité, jamais quant à l'opportunité) plus ou moins étendu :

- L'article 228 al.3 de la loi de 1966 précise : « Les commissaires aux comptes s'assurent que l'égalité a été respectée entre les actionnaires ». Selon le sens donné au mot « égalité », la mission des contrôleurs peut être extrêmement large⁷⁴. Elle consiste en une vérification d'un principe fondamental du droit de la société anonyme. Elle implique une véritable enquête sur les relations avec les sociétés liées.
- L'article 103 al.3 de la loi de 1966 oblige l'organe de contrôle à présenter un rapport spécial à l'assemblée générale sur les conventions intervenues entre une société et l'un de ses administrateurs ou directeurs généraux, ou auxquelles un adminis-

⁷⁴ BÉZARD/SAYAG, La protection ..., in: Les groupes de sociétés, pp.291–292.

trateur ou directeur général est directement intéressé. Le rôle d'un tel rapport est considérable pour alerter un actionnaire libre sur les abus possibles. En effet, l'organe de contrôle ne doit pas seulement se prononcer sur les conventions annoncées par les dirigeants, mais aussi sur celles qui n'ont pas été signalées en violation de l'article 103⁷⁵.

En Allemagne, le § 313 AktG oblige les contrôleurs à vérifier le rapport de dépendance. Or, le contenu de ce rapport a trait à la gestion.

§ 2. Les pouvoirs des contrôleurs

Considérant qu'il n'est pas de contrôle sérieux pour un commissaire aux comptes sans la possibilité d'effectuer des vérifications chez un tiers, le législateur français a introduit dans la loi de 1966 un article 229 al.3 qui stipule: «Les investigations prévues au présent article peuvent être faites tant auprès de la société que des sociétés-mères ou filiales au sens de l'article 354»⁷⁶. De plus, les contrôleurs peuvent s'informer auprès des tiers qui ont accompli des opérations pour le compte de la société⁷⁷.

Le droit allemand étend le pouvoir des contrôleurs à toutes les sociétés liées⁷⁸.

§ 3. L'indépendance des contrôleurs

Le principal problème est celui des incompatibilités. Le rapport intérimaire contenait un article 23 al.2 qui prévoyait que les contrôleurs «ne peuvent être ni administrateurs ni employés de la société ou d'une société liée. Ils ne doivent pas non plus être soumis aux instructions des dirigeants d'une de ces sociétés». L'avant-projet n'a pas repris cette règle pour la raison que «dans la pratique, il est courant que les filiales soient contrôlées par des employés de la société-mère spécialistes en comptabilité, système qui ne présente pas d'inconvénients»⁷⁹. L'absence d'inconvénients est peut-être réelle pour la société-mère. Elle ne l'est pas pour les actionnaires libres, dont la protection exige que l'indépendance des contrôleurs soit assurée à l'égard des sociétés liées.

⁷⁵ BÉZARD/SAYAG, p. 290.

⁷⁶ «Lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée pour l'application de la présente section, comme filiale de la première.»

⁷⁷ Art. 229 al. 4 Loi sur les sociétés commerciales du 24 juillet 1966.

⁷⁸ § 165 al. 4 AktG.

⁷⁹ Avant-projet 1975, Exposé des motifs, p. 17.

Section 3. L'information sur l'initiative de l'actionnaire

§ 1. Le droit aux renseignements

Pour être efficace dans le cadre d'un groupe de sociétés, le droit aux renseignements doit s'étendre aux sociétés liées. Mais tant que ces sociétés peuvent aussi opposer le secret des affaires, son utilité est très limitée.

§ 2. Le contrôleur spécial

En revanche, le contrôleur spécial peut jouer un rôle éminemment utile pour la protection des actionnaires libres. Quelques adaptations par rapport à l'institution examinée plus haut sont nécessaires.

1. Les conditions de la désignation d'un contrôleur spécial

1.1. La condition formelle

Les arguments en faveur du droit individuel de l'actionnaire de requérir la désignation d'un contrôleur spécial sont encore plus nombreux lorsque la société à contrôler est une société filiale. L'exigence d'une minorité d'une certaine importance risque de porter atteinte aux droits de ceux qui ont le plus besoin de protection, c'est-à-dire des actionnaires libres très minoritaires. Pour tenir compte de ce risque, le droit allemand prévoit une exception en faveur des actionnaires libres⁸⁰.

1.2. La condition matérielle

Pour être protégé efficacement, l'actionnaire libre doit pouvoir obtenir la désignation d'un contrôleur spécial dès que le groupe existe.

2. La mission du contrôleur spécial

La mission du contrôleur spécial consiste essentiellement en l'examen des relations avec les sociétés liées.

3. L'exécution de la mission du contrôleur spécial

Pour mener à bien sa mission, le contrôleur spécial doit avoir la possibilité d'enquêter non seulement auprès de la société en question, mais aussi auprès des sociétés liées⁸¹. Par conséquent,

⁸⁰ § 315 al. 1 AktG.

⁸¹ § 145 al. 3 AktG.

la collaboration des administrateurs et des employés des sociétés liées et un droit de regard dans les livres et la correspondance de ces sociétés sont nécessaires⁸².

Section 4. **La mise en œuvre des moyens de protection**

Le principal obstacle rencontré par un actionnaire libre, lésé par un acte de gestion contraire à l'intérêt social, est celui de la preuve. Le principe fondamental en cette matière est exprimé par l'article 8 du Code Civil: «Chaque partie doit ... prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit». La preuve d'un dommage subi en raison des relations de groupe est toujours difficile à rapporter. Dans la plupart des cas, elle prend beaucoup de temps et coûte cher.

Afin de surmonter cet obstacle, il serait possible d'imaginer une présomption en faveur de l'actionnaire libre, selon laquelle tout dommage subi dans le cadre d'une société dépendante serait réputé être le fait d'un état de groupe. La société pourrait tenter de prouver le contraire. La difficulté de preuve justifierait⁸³ une telle présomption qui aurait l'avantage, outre une excellente protection des actionnaires libres, d'éviter un certain nombre de mesures d'information.

Chapitre 2. *L'élimination des actionnaires libres*

Dès le moment où l'existence des groupes de sociétés n'est plus ignorée par la loi, le droit de retrait et le droit de rachat apparaissent sous un jour nouveau.

Section 1. **Le droit de retrait**

§ 1. Définition

Le droit de retrait est la suppression du sociétariat des actionnaires libres, imposée par les actionnaires libres à l'actionnaire dominant, par voie de transfert onéreux des actions, en cas d'état de groupe, sans effet sur l'existence de la société.

§ 2. But

Comme dans le cadre d'un droit basé strictement sur la société

⁸² Le droit allemand ne va pas si loin.

⁸³ M. KUMMER, *Berner Kommentar*, Berne 1962, Art. 8 CC, rem. 328.

indépendante, le droit de retrait a pour but de protéger les actionnaires libres. Il apparaît comme une alternative aux moyens traditionnels de protection des actionnaires minoritaires (qui ont tous pour but de lutter contre l'état de groupe). Il s'en distingue parce qu'il ne vise plus à empêcher à tout prix l'état de groupe, mais plutôt ses conséquences néfastes.

§ 3. Motif de retrait

Le motif de retrait est l'état de groupe⁸⁴.

§ 4. Modalités du retrait

C'est surtout dans ce domaine que se manifestent des particularités par rapport au droit de retrait du droit des groupes.

1. Le débiteur de l'indemnité

Pour les mêmes raisons que dans le droit des groupes⁸⁵, le débiteur de l'indemnité est la société-mère.

2. La nature de l'indemnité

Comme en matière de droit des groupes⁸⁶, il ne se justifie pas d'imposer un seul mode d'indemnisation. Mais le choix entre l'indemnité en espèces et l'indemnité en actions doit être laissé à l'actionnaire libre. En effet, dans le cadre d'un droit basé sur la société indépendante, la direction unique n'est pas légalisée. Elle apparaît toujours comme une violation de la loi et le droit de retrait comme une sanction.

3. Le moment du retrait

L'accent doit aussi être mis sur la protection des actionnaires libres et la sauvegarde de leur liberté. Le retrait doit être possible au moment de l'affiliation et en tout temps pendant la durée du groupe. Cette solution, défavorable au groupe, est la conséquence directe d'un droit basé sur la société indépendante. Sa rigueur peut être tempérée par une règle prévoyant que l'indemnité ne dépassera pas la valeur de l'action au moment de l'affiliation, à moins que l'actionnaire libre démontre que la plus-value n'est pas due à l'influence du groupe.

⁸⁴ Pour les détails, cf. 3^e partie, titre 3, chapitre 3, section 2, § 1, 3.

⁸⁵ Cf. 3^e partie, titre 3, chapitre 3, section 2, § 1, 4.1.

⁸⁶ Cf. 3^e partie, titre 3, chapitre 3, section 2, § 1, 4.2.

§ 5. Compatibilité avec les principes généraux du droit de la société anonyme

Fondamentalement, le droit de retrait soulève les mêmes objections dans le cadre de la reconnaissance de fait des groupes de sociétés que dans celui d'un droit basé strictement sur la société indépendante. Mais, pratiquement, les avantages sont tels qu'ils doivent l'emporter.

Section 2. Le droit de rachat

§ 1. Définition

Le droit de rachat est la suppression du sociétariat des actionnaires libres, imposée par l'actionnaire dominant aux actionnaires libres, par voie de transfert onéreux des actions, en cas d'état de groupe, sans effet sur l'existence de la société.

§ 2. Compatibilité avec les principes généraux du droit de la société anonyme

Le droit de rachat est en contradiction avec l'illicéité de principe des groupes de sociétés.

Chapitre 3. *Conclusions*

Grâce aux possibilités nouvelles qu'offre la reconnaissance de fait des groupes de sociétés, la protection des actionnaires libres peut être sérieusement améliorée par rapport à celle découlant de la simple protection des actionnaires minoritaires. Elle peut même être portée à un niveau satisfaisant. Mais, abstraction faite du droit de retrait, elle continue de se réaliser aux dépens des groupes de sociétés, même bien davantage que dans le système ignorant purement et simplement les groupes de sociétés. Autrement dit, elle est à la base d'un système boîteux, dans lequel les groupes de sociétés, sacrifiés aux intérêts de leurs membres et des actionnaires libres, ne peuvent fonctionner normalement.

Titre 3

Le droit des groupes de sociétés

Pour être entièrement satisfaisante, l'intervention législative en matière de groupes de sociétés doit tenir compte équitablement

des intérêts contradictoires en présence et respecter le principe de la neutralité. Dans cette optique, la protection des actionnaires libres ne peut plus être réglée pour elle-même. Elle doit faire partie d'une solution globale. Le problème est donc le suivant: «Comment assurer la finalité économique de l'unité d'objectifs, de stratégie ou de direction du groupe à travers la structure juridique que, délibérément, on veut utiliser et qui se caractérise par la pluralité de sociétés théoriquement autonomes»?⁸⁷ Ou bien comment «permettre aux dirigeants du groupe d'imposer des décisions prises dans l'intérêt global tout en sauvegardant les intérêts légitimes de certains actionnaires ou créanciers»?⁸⁸

Chapitre 1. *La légalisation de la direction unique*

Tout droit des groupes de sociétés postule la légalisation de la direction unique, c'est-à-dire la reconnaissance par la loi de la légitimité de l'intérêt de groupe. Les administrateurs des sociétés de groupe doivent pouvoir renoncer à poursuivre l'intérêt de leur propre société, pour rechercher celui du groupe, sans craindre une action en responsabilité de la part notamment des actionnaires libres.

Chapitre 2. *Les principaux systèmes possibles*

Les principaux systèmes possibles se divisent en deux catégories:

- ceux qui ont pour effet de modifier la structure juridique du groupe de sociétés,
- ceux qui ont pour effet de ne pas influencer, en tout cas directement, la structure juridique du groupe de sociétés.

Section 1. **Les systèmes ayant pour effet de modifier la structure juridique du groupe de sociétés**

Un premier système se caractérise par l'*adaptation de la nature juridique du groupe de sociétés à sa nature économique*. Il consiste à n'accorder la personnalité juridique qu'à l'entité qui représente une unité économique. Par conséquent, il prive de personnalité

⁸⁷ HOUIN, Conclusions générales, séminaire Liège 1972, p. 280.

⁸⁸ HOUIN, Conclusions générales, séminaire Liège 1972, p. 285.

juridique les sociétés filiales et la confère au groupe lui-même. Il n'est pas souhaitable, car, en imposant l'harmonisation de la concentration économique et de la concentration juridique, il supprime la possibilité de la concentration économique dans la diversité juridique. Il prive l'économie d'un mode de concentration dont les avantages sont manifestes⁸⁹. Cette remarque vaut également pour le système beaucoup moins contraignant de la *fusion facilitée*, qui consiste à rendre plus attrayante la procédure de la fusion. Ce second système serait salué avec satisfaction par un certain nombre de groupes de sociétés, au moins pour une partie de leurs filiales. En effet, nombreux sont ceux qui souhaitent recourir à la fusion et qui sont actuellement retenus par le coût prohibitif de l'opération⁹⁰. Mais, même si une solution était trouvée à cette question d'ordre essentiellement fiscal⁹¹, le problème des groupes, peut-être résolu pour ceux qui trouvent des avantages dans l'entreprise juridiquement unique, ne le serait pas pour ceux qui préfèrent l'entreprise juridiquement diverse.

Section 2. Les systèmes ayant pour effet de ne pas modifier la structure juridique du groupe de sociétés

La solution des problèmes posés par les groupes de sociétés se trouve dans un système spécifique, qui respecte à la fois l'unité économique et la diversité juridique. Ce système peut être conçu sous forme contractuelle, contraignante ou dualiste.

§ 1. Le système contractuel

Le système contractuel est celui dans lequel la direction unique n'est légalisée qu'en cas de conclusion d'un contrat de domination⁹².

Seul le contrat de domination donne naissance à un groupe de sociétés reconnu en droit, donc soumis au statut juridique de groupe. En l'absence d'un contrat de domination, le groupe de

⁸⁹ Cf. 1^{re} partie, titre IV, chapitre 1.

⁹⁰ J.-A. REYMOND, *Le traitement fiscal des fusions de sociétés anonymes*, Genève 1975.

⁹¹ Ce qui est extrêmement difficile, vu les compétences cantonales en cette matière.

⁹² Exemple: H. WÜRDINGER, *Sociétés liées*, Document de travail 15. 524/XIV/70-F, Commission des Communautés Européennes, Variante contractuelle, pp. 47 ss (encore que, dans les groupes de fait, la responsabilité de la société-mère soit expressément prévue, cf. p. 30).

sociétés reste soumis au droit commun. La situation juridique est simple (s'agissant de l'existence du groupe de sociétés):

- ou bien un contrat de domination est conclu et un groupe de sociétés existe en droit,
- ou bien aucun contrat de domination n'est conclu et aucun groupe de sociétés n'existe en droit.

Ce système présente les avantages suivants:

1. Il implique l'accord de toutes les sociétés concernées et convient particulièrement bien à une réglementation de droit privé. Mais cet accord est essentiellement formel. Dans la plupart des groupes contractuels, une domination sociétaire existe préalablement. Le contrat est imposé par l'une des parties. L'avantage de l'autonomie de la volonté ne se manifeste par conséquent que dans l'hypothèse rarissime de deux sociétés antérieurement indépendantes⁹³.

2. Il se caractérise par sa clarté, sa simplicité. En cas d'inscription du contrat au Registre du Commerce⁹⁴, ou d'autres mesures de publicité, l'existence du groupe de sociétés est établie sans contestation possible.

3. Il évite la délicate tentative de la définition du groupe de sociétés, puisque les intéressés eux-mêmes se déclarent en tant que tels. Cet avantage, reconnu très généralement par la doctrine, doit toutefois être relativisé. Le contrat, en tant que critère du groupe de sociétés, n'est admissible que si sa ratification par les deux assemblées générales nécessite une majorité au moins qualifiée. Une participation inférieure à 50% ne doit pas permettre la constitution d'un groupe de sociétés.

4. Il est particulièrement souple. Il permet l'adaptation à toutes les situations. Encore faut-il distinguer selon le degré de liberté contractuelle accordée par la loi aux parties. La loi peut en effet contenir:

- une réglementation détaillée du contenu du contrat ou de certaines de ses parties,
- les principes généraux devant régir le contenu du contrat ou certaines de ses parties,
- une référence à la seule liberté contractuelle (avec le principe de la sauvegarde des intérêts de l'actionnaire libre).

La souplesse n'existe que dans ce dernier cas, éventuellement

⁹³ Une situation d'indépendance pourrait être créée artificiellement par une limitation du droit de vote de la société dominante, avec le risque d'aboutir à une dictature de la minorité.

⁹⁴ § 294 AktG.

dans le deuxième. En outre, elle ne favorise que l'une des parties au contrat, lorsque l'une domine l'autre par une participation ou d'une autre manière (majorité des cas).

Ce système, dont les avantages ne sont pas indiscutables, présente également des inconvénients sérieux:

1. Il n'élimine pas la réalité des groupes de fait (groupes de sociétés basés notamment sur une participation majoritaire). Alors, de deux choses l'une:

- Ou bien les moyens de protection des actionnaires libres sont efficaces. Les groupes de sociétés qui ne veulent pas ou ne peuvent pas conclure un contrat de domination sont empêchés de fonctionner normalement. La capacité concurrentielle de l'économie en général est réduite par rapport à d'autres pays, qui admettent expressément ou implicitement les groupes de fait.
- Ou bien ils sont inefficaces. Les sociétés-mères, qui désirent bénéficier au maximum de leur situation, se gardent de conclure un contrat de domination. Elles s'en tiennent au secret le plus absolu sur leurs participations. Et les actionnaires libres font les frais de l'opération⁹⁵.

L'efficacité du droit des groupes basé sur un contrat est donc fonction de l'aptitude du droit de la société anonyme à contrecarrer dans les groupes de fait l'exercice de la direction unique. Le droit des groupes ne joue pas le rôle qui lui est dévolu⁹⁶.

2. Il ne s'applique qu'aux groupes de sociétés qui le veulent bien, ce qui représente une partie seulement de tous les groupes de sociétés.

3. Il permet en réalité à la société-mère d'imposer les conditions du contrat à la société filiale⁹⁷, à moins de prévoir que le contrat doit être ratifié par les actionnaires libres⁹⁸ (avec la conséquence de la consécration du pouvoir de la minorité).

4. Il n'est pas adapté aux usages suisses.

§ 2. Le système contraignant

Le système contraignant est celui dans lequel la direction uni-

⁹⁵ IMMENGA, Konzernverfassung, p. 248.

⁹⁶ IMMENGA, Konzernverfassung, p. 249.

⁹⁷ § 293 al. 1 AktG; art. 14 al. 4 avant-projet directive (2^e partie).

⁹⁸ BÉZARD/SAYAG, Un système contractuel pour les groupes déclarés, in: Les groupes de sociétés, p. 246.

que est légalisée dès que les conditions de l'existence d'un groupe de sociétés sont remplies⁹⁹.

La situation juridique est également simple: le groupe existe avec toutes les conséquences juridiques qu'il implique, dès que ses conditions sont remplies.

Ce système présente les avantages suivants:

1. Il est universel. Il appréhende toutes les situations de groupe. Il ne fait pas de différence entre les bons et les mauvais groupes, les groupes reconnus (protégés par la loi) et les groupes non reconnus. Par conséquent, il ne laisse subsister aucune lacune.

2. Il réalise une meilleure adaptation du droit à la réalité économique. En principe, tous les groupes de sociétés reçoivent un habit juridique de groupe.

3. Il évite qu'une partie impose à l'autre les conditions de l'état de groupe, puisque la loi elle-même détermine le statut applicable à l'état de groupe.

Mais il présente aussi des *inconvenients*:

1. Il nécessite la définition de la notion de groupe de sociétés par la loi, tâche délicate, impossible pour certains¹⁰⁰.

2. Il manque de souplesse. Un groupe dans la réalité économique ne peut éviter d'être considéré comme un groupe par la loi. Or, il y a de nombreuses catégories de groupes. Quant à la réglementation de l'état de groupe, comme en matière contractuelle, elle peut être plus ou moins souple:

- Réglementation détaillée de l'état de groupe dans la loi.
- Principes généraux devant régir la protection des intérêts en présence.
- Principe tout à fait général du respect des intérêts en présence.

3. Selon certains, il favorise la concentration¹⁰¹.

4. Selon d'autres, il est un frein à la concentration. Les coûts attachés aux conséquences de l'existence d'un groupe pourraient être prohibitifs¹⁰².

⁹⁹ Exemples: Proposition modifiée statut SE; COUSTÉ I; Rapport WÜRDINGER, variante contraignante.

¹⁰⁰ JADAUD/SAYAG, op. cit. en note I, 29, pp.193–228; BÉJOT, pp.204–205.

¹⁰¹ IMMENGA, Konzernverfassung, p.250; cela ne serait pas le cas en Suisse, où la protection des actionnaires libres est peu développée. Il ne s'agirait que de légaliser une situation de fait, d'attacher des conséquences juridiques à un certain degré de concentration.

¹⁰² L. DABIN, Les systèmes rigides du type «Konzernrecht», in: Les groupes de sociétés, p.190.

§ 3. Le système dualiste

Le système dualiste est celui dans lequel la direction unique est légalisée en cas de conclusion d'un contrat de domination et dans lequel les groupes non contractuels sont soumis à des règles contraignantes (avec ou sans légalisation de la direction unique). Il peut reposer sur deux idées différentes:

1. Le système contractuel et le système contraignant ont la même valeur. Il n'y a pas de raison de préférer l'un à l'autre, donc pas non plus de raison de ne pas les prévoir tous les deux dans la loi¹⁰³.

Ce système dualiste implique, dans les deux cas, la légalisation de la direction unique. Quant aux mesures de protection, ou bien elles sont matériellement identiques¹⁰⁴, ou bien elles sont matériellement différentes, tout en menant à des résultats à peu près équivalents pour ne pas favoriser le choix de l'une ou de l'autre des solutions.

S'il cumule les avantages des deux systèmes types, il en cumule aussi les inconvénients. Et surtout, dans la mesure où les avantages du groupe contractuel peuvent être obtenus sans la conclusion d'un contrat de domination, de tels contrats ne seraient pas conclus. Le résultat d'une alternative neutre serait la consécration en fait du système contraignant¹⁰⁵.

2. Un des deux systèmes (pratiquement le système contractuel) présente des avantages nettement supérieurs à l'autre¹⁰⁶. Puisque le système contractuel est supérieur au système contraignant, son pouvoir d'attraction est accentué par la réglementation légale. Le système contraignant n'en garde pas moins son utilité. Il garantit les intérêts dignes de protection dans les groupes non contractuels, qui ne sont pas interdits par souci de souplesse et d'harmonisation du droit et des faits.

Comment envisager la réglementation de ce système dualiste différentiel? L'accent peut être mis plus ou moins fortement sur la suprématie du groupe contractuel.

2.1. Dans le but de favoriser au maximum le groupe contractuel, un véritable statut juridique n'est accordé qu'à lui seul. La

¹⁰³ Exemple: avant-projet directive (2^e partie), pp. VI–VII et art. 8 ss, 32 ss.

¹⁰⁴ Exemple: avant-projet directive (2^e partie), art. 9 ss, 36 ss.

¹⁰⁵ Avant-projet directive (2^e partie), p. VI N° 5. Elle peut tout de même être utile dans la mesure où l'on accorde une importance pratique au groupe basé sur un contrat sans domination parallèle due à une participation (par exemple: domination grâce à une participation minoritaire).

¹⁰⁶ Exemples: COUSTÉ II; Allemagne.

direction unique n'est légalisée que dans son cadre. Les groupes de fait sont tolérés dans la mesure où ils ne portent aucun préjudice aux sociétés filiales, donc aux actionnaires libres. Dans l'hypothèse contraire, la responsabilité des auteurs est engagée. Des moyens de protection particuliers, par rapport aux moyens du droit ordinaire et du droit des groupes contractuels, sont prévus (responsabilité causale pour tout dommage, extension du cercle des responsables)¹⁰⁷.

2.2. La promotion du groupe contractuel peut être obtenue par des moyens moins fondamentalement discriminatoires. Une légalisation de la direction unique dans les deux catégories de groupes de sociétés peut être accompagnée de moyens de protection des actionnaires libres plus souples dans le cadre des groupes contractuels que dans celui des groupes de fait.

2.3. Enfin, solution intermédiaire, la direction unique peut n'être légalisée que partiellement ou provisoirement dans les groupes de fait: système de compensation immédiate ou intervenant dans un délai bref (exercice en cours)¹⁰⁸.

Le système dualiste différentiel, quelles que soient ses variantes, présente évidemment des *avantages*:

- Il est souple. Tout groupe de sociétés peut se soumettre ou non à la réglementation des groupes contractuels.
- Il est universel. Tous les groupes de sociétés sont appréhendés.

Mais il présente de nombreux *inconvenients*:

- Il nécessite la définition du groupe de sociétés.
- Il est compliqué en raison de la coexistence de deux régimes différents.
- Il impose le groupe contractuel qui n'est pas usuel en Suisse.

Chapitre 3. *Les principaux moyens de protection*

Section 1. **La conservation des actionnaires libres**

La légalisation de la direction unique crée de graves dangers pour

¹⁰⁷ § 284 Referentenentwurf.

¹⁰⁸ L'Allemagne présente la particularité de n'avoir pas opté clairement entre les deux solutions: légalisation ou non légalisation de la direction unique dans les groupes de fait. La question est controversée en doctrine. L'évolution du droit positif, de la doctrine et des travaux législatifs allemands est instructive à ce sujet. Cf. Begründung zum Entwurf eines Aktiengesetzes, pp.228–229; EMMERICH/SONNENSCHNEIDER, pp.199–200; WÜRDINGER, Großkommentar, § 311, Vorbemerkung §§ 311–318 et rem. 5–6; BIEDENKOPF/KOPPENSTEINER, Kölner Kommentar, § 311, Vorbemerkungen.

la société filiale, qui menacent directement sa substance et sa capacité bénéficiaire et indirectement la valeur intrinsèque et la valeur de rendement de ses actions.

Pour protéger la valeur intrinsèque des actions, des mesures destinées à protéger la substance de la société filiale s'imposent.

Pour protéger la valeur de rendement des actions, de telles mesures indirectes ne sont pas toujours adéquates. Elles vont même à l'encontre du but des contrats de transfert de bénéfices. Une action directe sur les droits des actionnaires libres est nécessaire.

§ 1. La protection de la valeur intrinsèque des actions

La fortune sociale de la société filiale ne doit pas subir de préjudice du fait de l'incorporation de la société dans un groupe de sociétés. Les actionnaires libres doivent la retrouver intacte au moment de sa sortie du groupe. Sa permanence doit être garantie.

1. Le maintien de la fortune sociale à son état au moment de l'affiliation

Afin de protéger la fortune sociale de la société filiale, le droit allemand prévoit la « prise en charge des pertes » dans le cadre des groupes contractuels¹⁰⁹. La perte, dans ce contexte, est une notion large: diminution de la fortune sociale au-dessous du montant existant au moment de l'affiliation, due à l'exploitation ou à n'importe quelle autre activité, même extraordinaire. La conséquence principale est que la société-mère supporte la totalité des risques de la société filiale.

Pour que la prise en charge des pertes atteigne le but souhaité, les pertes effectivement réalisées ne doivent pas pouvoir être compensées par la dissolution de réserves. Le droit allemand le prévoit expressément pour les réserves ouvertes¹¹⁰. Il doit en aller de même pour les réserves latentes, sans quoi la protection de la fortune sociale serait souvent illusoire. Mais le contrôle du respect de la règle dans ce domaine est délicat. Il dépend des contrôleurs, dont l'indépendance est ici particulièrement importante.

La prise en charge des pertes est le moyen principal de protec-

¹⁰⁹ § 302 AktG.

¹¹⁰ Avec une exception pour celles qui ont été constituées pendant la durée du contrat d'entreprise.. Cf. § 302 al. 1 AktG.

tion de la fortune sociale¹¹¹. Elle apparaît comme une sorte de responsabilité indirecte de la société-mère à l'égard des créanciers. Malgré sa relative efficacité, elle présente des inconvénients importants:

- La société-mère supporte les risques de la société filiale, ce qui est contraire au but même de l'activité économique au moyen de sociétés anonymes. Une telle réglementation limite l'intérêt à la formation de groupes. Elle explique en partie le peu de succès des groupes contractuels en Allemagne.
- Même en admettant l'efficacité du système, la protection n'est pas toujours suffisante¹¹².
- Enfin, les actionnaires perdent leur caractère d'investisseurs à risques.

2. L'augmentation de la fortune sociale par rapport à son état au moment de l'affiliation

Le droit allemand ne se contente pas de prévoir le maintien de la fortune sociale à son état au moment de l'affiliation. Il essaie de la renforcer, de l'augmenter, en imposant une constitution accélérée de la réserve légale¹¹³.

Une telle disposition ne peut être envisagée que comme un complément à la prise en charge des pertes. Elle en présente les inconvénients de manière accentuée. De plus, la dotation à la réserve légale suppose un bénéfice de la société filiale. Or, la société-mère peut facilement en empêcher la réalisation.

§ 2. La protection de la valeur de rendement des actions

La protection de la valeur de rendement des actions peut être assurée par deux méthodes:

- La méthode «a posteriori» règle de cas en cas les problèmes posés par le groupe de sociétés en matière de protection des actionnaires libres. Elle est représentée par la compensation du préjudice. Souple, elle n'impose des mesures de protection

¹¹¹ Le droit allemand en prévoit un autre, qui est spécifique aux groupes contractuels: limitation du montant du transfert de bénéfices (§ 301 AktG).

¹¹² En cas de sortie du groupe, la viabilité de la société filiale ne dépend pas seulement de sa fortune sociale, mais aussi de sa capacité de fonctionner de manière indépendante.

¹¹³ § 300 AktG. La réserve légale doit être constituée de manière à atteindre son montant maximum (dixième du capital social ou plus selon les statuts) dans les cinq premiers exercices qui suivent la conclusion du contrat. Elle ne peut pas être employée à compenser les pertes réalisées après la conclusion du contrat.

que lorsque le groupe de sociétés porte effectivement atteinte aux intérêts des actionnaires libres. Mais elle pose de nombreux problèmes pratiques.

- La méthode «a priori» consiste à régler d'avance (c'est-à-dire au moment de la constitution du groupe de sociétés) l'ensemble des problèmes posés par le groupe de sociétés en matière de protection des actionnaires libres. Elle est représentée par la garantie de dividende. Rigide, elle impose des mesures de protection même lorsqu'elles ne sont pas nécessaires. D'application simple, elle offre une garantie maximum aux actionnaires libres.

1. La compensation ou réparation du préjudice

La compensation ou réparation du préjudice a pour but de placer la société filiale dans la situation qui aurait été la sienne si elle avait été indépendante. Elle est connue du droit allemand pour les groupes de fait. Selon le paragraphe 311AktG, la société-mère doit, au plus tard à la fin de l'exercice annuel au cours duquel le préjudice a été causé, soit compenser le préjudice par des avantages déterminés, soit s'engager à le compenser. A défaut, elle engage sa responsabilité à l'égard de la société filiale, à moins qu'elle ne prouve qu'un administrateur consciencieux d'une société indépendante eût agi de la même manière¹¹⁴.

Pour être efficace, ce système nécessite une bonne information des actionnaires. S'il n'est pas possible d'ouvrir aux actionnaires libres l'accès aux documents de la société en raison du secret des affaires, il est en revanche concevable de les informer sur les relations de leur société avec les autres sociétés liées. Le droit allemand a imaginé dans ce but le rapport de dépendance¹¹⁵, soumis à plusieurs contrôles (par l'organe de contrôle¹¹⁶, le conseil de surveillance¹¹⁷ et le contrôleur spécial¹¹⁸).

Aussi séduisante qu'elle puisse paraître au premier abord, la compensation du préjudice présente de graves inconvénients:

- Elle implique une référence à la société indépendante.
- Elle est difficilement compatible avec la légalisation de l'intérêt de groupe, qui implique le droit pour la société-mère de

¹¹⁴ § 317 al. 1 et 2 AktG.

¹¹⁵ § 312 AktG.

¹¹⁶ § 313 AktG.

¹¹⁷ § 314 AktG.

¹¹⁸ § 315 AktG.

faire passer l'intérêt de groupe avant celui des sociétés filiales¹¹⁹.

- La détermination du préjudice et de son montant est très délicate¹²⁰.

2. La garantie de dividende

La garantie de dividende peut être conçue de deux manières:

- par rapport au rendement de la société filiale,
- par rapport au rendement de la société-mère.

2.1. Par rapport au rendement de la société filiale

La garantie de dividende par rapport au rendement de la société filiale part de l'idée que l'affiliation ne doit pas modifier le rendement des actions, c'est-à-dire que la société filiale doit continuer de verser à ses actionnaires le dividende qu'elle leur aurait versé si elle était restée indépendante. Elle garantit aux actionnaires libres un versement en espèces périodique, proportionnel à la valeur des actions¹²¹, correspondant à ce qui aurait pu vraisemblablement être attribué à titre de dividende par la société filiale, compte tenu de ses résultats¹²² actuels¹²³ et de ses perspectives de rendement¹²⁴, déduction faite des amortissements, des provisions et des rectifications de valeur nécessaires selon les principes généralement admis dans le commerce, et des attributions à la réserve légale¹²⁵.

Cette méthode a pour conséquence de fixer à l'avance¹²⁶, une fois pour toutes, le montant du dividende futur: garantie d'un dividende fixe, éventuellement soumis à révision.

¹¹⁹ Cette contradiction explique les difficultés que rencontre la doctrine allemande dans l'interprétation du § 311 al. 1 AktG.

¹²⁰ Ces problèmes n'ont pas échappé au législateur allemand qui a même essayé d'en tirer profit pour décourager l'utilisation des groupes de fait.

¹²¹ § 304 al. 1, 1^{re} phrase, AktG.

¹²² On ne tient pas compte des dividendes effectivement versés, car ils ne correspondent pas nécessairement au bénéfice réalisé.

¹²³ La notion de «résultats actuels» ne peut être précisée davantage. En particulier, il ne serait pas opportun de quantifier cette notion (5 dernières années ou 10 dernières années). Tout dépend notamment de la conjoncture: situation agitée ou stable.

¹²⁴ § 304 al. 2, 1^{re} partie, AktG; art. 231 al. 1 proposition modifiée statut SE; art. 11 al. 1 avant-projet directive (2^e partie); art. 21 al. 1–2 Coustré I; art. 19 al. 2 Coustré II. L'estimation de ces perspectives est évidemment très délicate et représente une des faiblesses du système.

¹²⁵ § 304 al. 2 AktG.

¹²⁶ Au moment de l'affiliation.

Elle présente l'avantage principal d'assurer une bonne protection des actionnaires libres contre toute réduction de dividende. Mais elle présente plusieurs inconvénients:

- Elle empêche toute augmentation de dividende (revers de la médaille).
- En cas de difficultés financières de la société filiale ou du groupe de sociétés, elle risque d'acculer la société filiale ou le groupe de sociétés à la faillite.
- Surtout, elle transforme l'actionnariat (participation aux risques de l'entreprise) en une sorte d'obligationnariat. Elle dénature la caractéristique fondamentale de l'actionnariat.

Le système pourrait être assoupli par le fait de concevoir la garantie comme celle d'un dividende minimum, la société filiale pouvant verser davantage, mais jamais moins que le montant garanti.

2.2. Par rapport au rendement de la société-mère

La garantie de dividende par rapport au rendement de la société-mère¹²⁷ se base sur la réalité économique: sort de la société filiale lié à celui du groupe de sociétés. Elle garantit aux actionnaires libres un versement en espèces périodique, proportionnel à la valeur des actions, correspondant au montant attribué à titre de dividende aux actions de valeur nominale équivalente de la société-mère¹²⁸. Pour éviter que la société-mère diminue volontairement ses propres dividendes, le dividende garanti peut être proportionnel au résultat obtenu par la société-mère (ou par le groupe). La valeur nominale équivalente s'établit en fonction du rapport d'échange qui prévaudrait en cas de fusion entre les deux sociétés¹²⁹. Cette méthode a pour conséquence de fixer à l'avance¹³⁰, une fois pour toutes, un critère pour le droit au dividende. Pour le reste, elle établit une communauté de destin entre les actionnaires de la société filiale et ceux de la société-

¹²⁷ Cette méthode pose un problème particulier dans l'hypothèse où la société dominante n'est pas la société-mère du groupe, mais une filiale de celle-ci. Comme le dividende de cette filiale intermédiaire dépend d'une décision de la société-mère, la base de référence doit toujours être la société-mère du groupe entier.

¹²⁸ § 304 al. 2, 2^e partie, AktG; art. 231 al. 2, 1^{re} phrase, proposition modifiée statut SE; art. 11 al. 2 avant-projet directive (2^e partie); art. 21 al. 3 COUSTÉ I; art. 19 al. 3 COUSTÉ II.

¹²⁹ § 304 al. 2, 2^e partie, 2^e phrase, AktG; art. 231 al. 2, 2^e phrase, proposition modifiée statut SE; art. 11 al. 2, 2^e phrase, avant-projet directive (2^e partie).

¹³⁰ Au moment de l'affiliation.

mère ou du groupe. Le dividende des actionnaires libres est variable, comme celui des actionnaires de la société-mère.

Ses avantages sont incontestables:

- Elle tient compte de la réalité économique.
- Elle est dans la logique du système (légalisation de l'intérêt de groupe).
- Elle n'impose pas de charge insupportable dans les périodes difficiles.
- Elle laisse subsister la participation aux risques de l'actionnariat.

Ses inconvénients ne sont pas négligeables:

- L'actionnaire libre est contraint de participer aux risques d'une autre entreprise que la sienne propre.
- Le rapport d'échange est très difficile à calculer.

Ce système peut, comme le précédent, être assoupli par le fait de concevoir la garantie comme celle d'un dividende minimum.

2.3. Le débiteur du dividende garanti

D'un point de vue purement juridique (indépendance juridique des sociétés), la société filiale est la débitrice du dividende garanti¹³¹ qui remplace le dividende ordinaire. Mais cette solution conduit à la violation du principe fondamental de la constitution effective et du maintien du capital social, spécialement à celle de la règle de l'interdiction de la restitution des apports (article 680 al. 2. CO), si la filiale ne fait plus de bénéfices et a épuisé ses réserves.

D'un point de vue économique en revanche, il se justifie de faire supporter cette obligation à la société-mère¹³². Cette solution évite l'inconvénient précédent. De plus:

- Vu l'obligation de compenser les pertes, le paiement du dividende garanti charge en définitive quand même la société-mère.
- Dans un groupe contractuel notamment, seule la société-mère est avantagée.

Section 2. L'élimination des actionnaires libres

§ 1. Le droit de retrait

1. Définition

Le droit de retrait est la suppression du sociétariat des

¹³¹ Art. 23 COUSTÉ I.

¹³² Art. 16 COUSTÉ II et p. 11 exposé des motifs.

actionnaires libres, imposée par les actionnaires libres à l'actionnaire dominant, par voie de transfert onéreux des actions, en cas d'état de groupe, sans effet sur l'existence de la société.

La définition du droit de retrait du droit des groupes de sociétés est formellement identique à celle du droit basé sur la société indépendante avec reconnaissance des groupes de sociétés¹³³. Mais les deux institutions ne sont pas identiques. Leurs modalités diffèrent car les contextes sont différents.

2. But

Le but du droit de retrait est la protection des actionnaires libres contre tous les risques inhérents à l'état de groupe. Il est le critère déterminant de la définition des motifs de retrait.

Le droit de retrait joue un rôle plus important que dans le cadre d'un droit basé sur la société indépendante avec reconnaissance en fait des groupes de sociétés. En effet, il n'est pas en concurrence avec les moyens destinés à faire respecter le but final. Au plus peut-il l'être avec ceux qui ont aussi pour but la protection des actionnaires libres¹³⁴.

3. Motif de retrait

Le seul motif de retrait spécifique est l'existence d'un état de groupe. Encore s'agit-il de savoir si tout état de groupe, au sens de la définition générale¹³⁵, justifie le retrait ou si le droit de retrait doit être restreint à certaines catégories d'état de groupe.

3.1. Source de la direction unique

D'un point de vue purement théorique, le droit de retrait ne se justifie pas en cas de direction unique découlant d'un pouvoir de fait. En effet, la majorité de droit pourrait renverser la majorité de fait. Si elle estime que la politique menée par la société dominante en fait est défavorable à la société dépendante, elle pourrait très bien imposer sa propre politique. Par conséquent, puisqu'elle a les moyens de se défendre très simplement et très efficacement, elle ne doit pas être mise au bénéfice de moyens spéciaux. En raisonnant par l'absurde, on pourrait en effet imaginer un actionnaire détenant la majorité des voix de sa société, se désintéressant de celle-ci, faisant le jeu de l'actionnaire minori-

¹³³ Cf. 3^e partie, titre 2, chapitre 2, section 1, § 1.

¹³⁴ Cf. 3^e partie, titre 3, chapitre 3, section 1.

¹³⁵ Cf. 1^{re} partie, titre 5.

taire en droit, et finalement exerçant son droit de retrait, forçant ainsi l'actionnaire minoritaire en droit à acquérir la majorité des actions de la société.

Mais d'un point de vue pratique, les sociétés dépendantes en fait et les problèmes qu'y connaissent les actionnaires libres ne peuvent être ignorés. La puissance de la majorité de droit (minorité de fait) n'est que théorique. Dans la plupart des cas, elle ne correspond à aucune réalité. Et il ne faut pas oublier que tout état de groupe contient le risque potentiel de la modification du but final de la société filiale. Les avantages du groupe ne doivent en aucun cas être acquis à bon compte, au détriment de la minorité, fût-elle de fait.

3.2. Exigences relatives à la direction unique

La solution préconisée ci-dessus peut imposer une charge financière considérable à la société dominante. C'est une des raisons pour lesquelles certaines législations n'admettent le droit de retrait que lorsque la société-mère possède une participation d'au moins 90 % dans la société filiale¹³⁶. Une telle restriction se justifie d'autant moins que financièrement la société-mère peut être protégée par d'autres moyens.

Le droit de retrait peut en effet être construit, soit sur la direction unique, soit sur la dépendance. Le droit de retrait fondé sur la dépendance créerait certainement une charge excessive pour la société dominante. Il n'en va pas de même du droit de retrait fondé sur la direction unique. Certes, la charge financière peut aussi être considérable. Mais elle dépend entièrement de la volonté de la société-mère qui peut exercer ou ne pas exercer la direction unique, donc remplir ou ne pas remplir les conditions du droit de retrait. La preuve de la direction unique peut être facilitée par un système de présomptions¹³⁷.

4. Modalités

4.1. Le débiteur de l'indemnité

Du moment que le motif de retrait dépend exclusivement de la société-mère, il apparaît naturel que la charge de l'indemnisation repose sur elle seule.

Si l'indemnité prend la forme d'actions de la société-mère, cette dernière peut se les procurer :

¹³⁶ Grande-Bretagne. Suède.

¹³⁷ Cf. 4^e partie, titre 3, chapitre 1.

- par achat en bourse ou à des particuliers (une exception dans ce sens devrait être autorisée par l'article 659 CO),
- par augmentation ordinaire du capital social (avec exclusion du droit préférentiel de souscription des actionnaires),
- par augmentation conditionnelle du capital social (selon la procédure de l'avant-projet).

4.2. La nature de l'indemnité

L'indemnité à laquelle a droit l'actionnaire libre sortant peut prendre deux formes:

- l'indemnité en espèces
- l'indemnité en actions de la société effectivement dominante¹³⁸.

Ces deux formes présentent des avantages et des inconvénients¹³⁹. D'une manière générale, l'indemnité en espèces a l'avantage de la simplicité. Elle n'implique que l'examen de la situation de la société filiale. Elle est, théoriquement, toujours possible. En revanche, l'indemnité en actions ne l'est que si l'actionnaire dominant est une société anonyme. Pour la détermination équitable du rapport d'échange, elle nécessite l'appréciation de la situation de la société filiale et de la société-mère.

D'une manière plus spécifique, l'indemnité en espèces permet à l'actionnaire libre de définir très soupagement ses rapports avec le groupe: les poursuivre d'une autre façon en investissant le montant reçu dans la société-mère ou dans une autre société du groupe, ou y mettre fin en investissant ailleurs. Elle libère la société-mère des actionnaires libres, mais à un prix souvent élevé, parfois prohibitif.

L'indemnité en actions garantit à l'actionnaire libre, dans une certaine mesure du moins, la continuité de l'actionnariat. Lorsque la société-mère travaille dans le même domaine économique ou dans un domaine économique proche, elle lui permet de continuer de bénéficier des résultats positifs de son investissement primitif dans le domaine de son choix. Mais elle peut aussi l'obliger de participer à une société qui ne l'intéresse pas du tout (société-mère d'un conglomérat, spécialement lorsque cette société-mère est étrangère). Enfin, elle peut lui poser un problème si la société-mère n'est pas cotée en bourse, alors que la société

¹³⁸ En cas de domination par une société elle-même dépendante d'une autre société, ce sont les actions de la société dominant l'ensemble du groupe qui doivent être offertes. Cf. § 305 al. 2, chiffre 2, AktG.

¹³⁹ Bericht der Studienkommission des deutschen Juristentages, N° 539–545.

filiale l'est. Pour la société-mère, elle est moins exigeante sur le plan financier (remise de ses propres actions qu'elle possède déjà, augmentation de son capital social à libérer par la valeur des actions remises par les actionnaires libres). Mais elle risque de modifier les rapports de force en son sein.

Pour la souplesse du système, le législateur ne devrait pas choisir entre ces deux formes, car leurs avantages et leurs inconvénients respectifs sont trop dépendants des circonstances de l'espèce¹⁴⁰. Il devrait les prévoir toutes les deux et laisser le choix à l'un ou l'autre des intéressés.

La proposition de statut de société européenne laissait en principe le choix aux actionnaires libres¹⁴¹. Mais la proposition modifiée de statut de société européenne s'est ravisée. Elle le laisse en principe¹⁴² à la société-mère, pour lui éviter une charge financière trop lourde, surtout dans le cas où elle détiendrait une participation relativement faible. Il en va de même pour l'avant-projet de directive sur les groupes de sociétés¹⁴³.

Le choix de la société-mère se justifie lorsqu'elle possède une majorité lui permettant d'emporter une décision de fusion dans la société filiale. Il se justifie beaucoup moins dans le cas contraire. Une solution plus souple, tenant compte de ces éléments de fait différents, serait souhaitable.

4.3. Le moment du retrait

Trois types de solutions sont envisageables :

- le retrait au moment de l'affiliation,
- le retrait en tout temps,
- le retrait pour justes motifs.

¹⁴⁰ Le droit allemand et les projets COUSTÉ procèdent eux-mêmes au choix.

Droit allemand: en principe, indemnisation en actions (§ 305 al. 2 ch. 1 AktG), pour autant que la société dominante ait son siège en Allemagne; sinon, indemnisation en espèces (§ 305 al. 2 ch. 3 AktG).

COUSTÉ I, art. 15: société dominante française: indemnité par actions; société dominante étrangère: choix des actionnaires libres.

COUSTÉ II, art. 15: société dominante française: indemnité par actions; société dominante étrangère: indemnité en principe par actions.

Mais des exceptions au principe sont prévues, pour éviter certains inconvénients importants de la solution retenue.

¹⁴¹ Art. 228.

¹⁴² Art. 228:

- choix à l'entreprise dominante sous forme de société européenne ou de société anonyme constituée selon le droit d'un Etat membre;
- indemnité en espèces (ou choix des actionnaires libres) dans les autres cas.

¹⁴³ Art. 10 et 36.

4.3.1. Le retrait au moment de l'affiliation

Le retrait au moment de l'affiliation est surtout favorable à la société-mère. Il limite l'effet de surprise de l'indemnisation¹⁴⁴, évite la spéculation des actionnaires libres et règle définitivement la situation¹⁴⁵. Mais, vu l'absence d'alternative pour l'avenir, il risque de contraindre les actionnaires libres les plus prudents à l'exercer.

Sur le plan théorique, cette solution est séduisante. Toute affiliation crée des risques. Ou bien les actionnaires libres les assument, ou bien ils ne les assument pas. Ils font un pari sur l'avenir. Ils ne peuvent remettre leur choix en question au gré des circonstances, d'autant moins qu'ils peuvent être relativement bien protégés au sein de la filiale.

Sur le plan pratique, elle est moins séduisante. Au moment de l'affiliation, la politique du groupe peut paraître très favorable à la société filiale (certaines déclarations d'intention peuvent même renforcer cette impression). Elle peut gagner la confiance des actionnaires libres. Mais elle n'est pas immuable et peut créer bien des déceptions. Quoi qu'il en soit, le délai d'exercice du droit de retrait doit être assez long pour permettre aux actionnaires libres d'apprécier la situation¹⁴⁶.

Le droit de retrait renaît en cas de changement de société-mère, car la société filiale est incorporée dans un autre groupe. Les motifs qui ont conduit les actionnaires libres à ne pas faire usage de leur droit de retrait peuvent disparaître complètement avec ce changement.

4.3.2. Le retrait en tout temps

A première vue, le retrait en tout temps est surtout favorable à l'actionnaire libre. Cette impression ne résiste toutefois pas entièrement à l'examen. Tout dépend en effet du critère temporel déterminant pour le calcul de la valeur des actions:

- Le moment du retrait est défavorable à la société-mère qui, outre le risque d'indemnisation en temps inopportun, doit supporter les conséquences de la spéculation des actionnaires libres. Une amélioration du système est concevable. La société-

¹⁴⁴ La société-mère peut choisir le moment de l'affiliation, donc celui de l'indemnisation.

¹⁴⁵ Les actionnaires libres, qui ne font pas usage de leur droit, restent définitivement actionnaires sous réserve de la vente de leurs actions.

¹⁴⁶ Droit allemand: au minimum 2 mois (§ 305 al. 4 AktG); proposition modifiée statut SE: 3 mois (art. 237 al. 2).

mère peut être exonérée de l'indemnisation de la plus-value due à son intervention. La preuve de ce fait peut être facilitée par une présomption en faveur de la société-mère.

- Le moment de l'affiliation crée une situation mieux équilibrée. La société-mère supporte certes l'inconvénient d'une indemnisation en temps inopportun, mais elle n'a pas à craindre la spéculation des actionnaires libres. La situation de l'actionnaire libre au moment de l'affiliation est garantie¹⁴⁷. Ce système pourrait aussi être affiné. L'actionnaire libre pourrait obtenir une indemnité supérieure en prouvant¹⁴⁸ que la plus-value est indépendante de l'intervention du groupe et la société-mère pourrait payer une indemnité inférieure en prouvant que la moins-value est indépendante de son intervention.

Le retrait en tout temps présente, de plus, l'avantage d'éviter une réglementation spéciale du statut des actionnaires libres restant dans la société.

4.3.3. Le retrait pour justes motifs

Le retrait pour justes motifs consiste à modaliser la première solution en permettant aux actionnaires libres, qui n'ont pas fait usage de leur droit dans le délai fixé, d'en bénéficier à nouveau en cas de justes motifs (essentiellement politique de groupe défavorable à la société filiale).

Théoriquement, il répond aux exigences d'un compromis équitable entre les intérêts en présence. Mais, pratiquement, il comporte un grave inconvénient: l'appréciation de la politique du groupe est une tâche difficile pour le juge¹⁴⁹.

4.4. La détermination de la valeur des actions

4.4.1. Procédure

Pour déterminer la valeur des actions de la société filiale au moment de l'affiliation, deux procédures sont imaginables:

- l'accord entre les parties,
- le recours à un tiers.

Ces procédures ne sont pas absolument indépendantes l'une de l'autre. Le recours à un tiers est aussi nécessaire dans la première, lorsqu'une entente ne peut pas être réalisée.

¹⁴⁷ Il est par conséquent très probable que l'actionnaire libre n'exercera pas son droit de retrait tant que la politique du groupe sera favorable à sa société.

¹⁴⁸ Par exemple, grâce au contrôleur spécial.

¹⁴⁹ PETITPIERRE-SAUVAIN, pp. 207–208.

4.4.1.1. L'accord entre les parties

Un accord entre les parties suppose une offre de la part de l'une des parties et une acceptation de la part de l'autre. Le pollicitant ne peut raisonnablement être que la société-mère¹⁵⁰, qui seule connaît exactement la situation de la société filiale. Elle doit agir spontanément, dès que l'état de groupe est réalisé. Un délai peut lui être imposé. Toute violation de ses obligations permet aux actionnaires libres d'intervenir. L'acceptant n'est en principe¹⁵¹ pas la société filiale, mais l'ensemble des actionnaires libres. L'offre ne doit par conséquent pas être soumise à l'assemblée générale de la société filiale¹⁵², mais à l'ensemble des actionnaires libres qui doivent se prononcer à la majorité absolue ou qualifiée¹⁵³, étant donné le cadre corporatif.

L'une des caractéristiques des actionnaires libres est de mal connaître ou de ne pas connaître du tout la situation réelle de leur société. Ils ne peuvent donc pas se prononcer en connaissance de cause sur la base des seules propositions de la société-mère. Ils ont besoin de l'aide de personnes compétentes, indépendantes de l'autre partie¹⁵⁴, qui peuvent être les contrôleurs de la société filiale¹⁵⁵ ou des experts indépendants, justifiant d'une formation et d'une expérience suffisantes pour l'exercice de leur mission¹⁵⁶. Ces personnes établissent un rapport à l'intention des actionnaires libres, dans lequel elles expliquent si les propositions de la société-mère leur paraissent justifiées.

A l'assemblée des actionnaires libres, deux situations peuvent se présenter: les propositions de la société-mère sont rejetées ou acceptées. Si les propositions sont rejetées, une impasse est

¹⁵⁰ Art. 229–230 proposition statut SE; art. 228 proposition modifiée statut SE.

¹⁵¹ Dans le cadre d'un système contractuel, cette hypothèse pourrait exister.

¹⁵² Le § 293 al. 1 AktG parle d'assemblée générale. Mais il se trouve dans le contexte contractuel d'un système dualiste. Il en va de même des art. 7 al. 2 COUSTÉ II et 14 al. 1 avant-projet directive (2^e partie). En revanche, les art. 234–235 proposition modifiée statut SE parlent d'assemblée générale, à laquelle la société dominante ne peut pas participer.

¹⁵³ $\frac{3}{4}$ des voix attachées aux actions admises au vote (art. 235 al. 2 proposition modifiée statut SE).

¹⁵⁴ Art. 232 proposition modifiée statut SE; art. 12 avant-projet directive (2^e partie).

¹⁵⁵ Art. 8 COUSTÉ II. Il faut alors qu'ils aient les capacités nécessaires et soient indépendants du groupe dans son ensemble.

¹⁵⁶ Art. 232 proposition modifiée statut SE; art. 12 avant-projet directive (2^e partie).

créée. Le groupe de sociétés continue d'exister¹⁵⁷ et une solution doit être trouvée. Le juge statue en dernier ressort¹⁵⁸.

Si les propositions sont acceptées à la majorité requise, elles s'imposent à tous les actionnaires libres.

4.4.1.2. Le recours à un tiers

Plutôt que de laisser aux parties le soin de déterminer la valeur des actions de la société filiale, cette tâche peut être confiée à des tiers indépendants justifiant d'une formation et d'une expérience suffisantes. Les contrôleurs peuvent remplir ce rôle à condition de répondre aux exigences de capacité et d'indépendance énumérées plus haut¹⁵⁹. Mais la désignation d'experts ad hoc peut aussi être envisagée. La décision des tiers indépendants lie les parties. Une possibilité de recours paraît superflue, du moment qu'elle ne peut que faire intervenir de nouveaux experts qui ne sont pas nécessairement plus compétents que les premiers.

Dans un système contraignant, le recours à un tiers doit être préféré à l'accord entre les parties. En effet, l'état de groupe existant quelle que soit la volonté des actionnaires libres, il est indispensable de déterminer la valeur des actions de la société filiale. Il n'y a pas d'alternative. De plus, ce système est simple et rapide.

4.4.2. Critère d'estimation

Le retrait doit être patrimoniallement neutre. L'actionnaire libre doit être indemnisé de la valeur dont il est privé. Il ne doit ni réaliser un bénéfice, ni subir une perte.

Deux critères peuvent être envisagés :

- la valeur marchande ou boursière des actions,
- la valeur réelle des actions.

La valeur marchande, spécialement la valeur boursière, est un critère d'application simple. Mais elle ne reflète qu'exceptionnellement la vraie valeur des titres. Elle est sujette à des fluctuations dues à des facteurs subjectifs ou spéculatifs. Elle ne répond pas aux exigences d'un droit de retrait patrimoniallement neutre.

Il en va tout autrement de la valeur réelle, qui repose sur des bases objectives et n'est en principe pas sujette à des variations brusques. Mais elle est plus difficile à déterminer. Elle résulte

¹⁵⁷ Dans le système contractuel, en revanche, le groupe ne prend pas naissance.

¹⁵⁸ Art. 236 al. 1 proposition modifiée statut SE.

¹⁵⁹ 3^e partie, titre 1, chapitre 1, section 2, § 3, 2.3; 3^e partie, titre 2, chapitre 1, section 2, § 3.

d'une moyenne entre la valeur intrinsèque et la valeur de rendement. Cette moyenne n'est pas toujours arithmétique. Selon les circonstances, l'un des éléments apparaît comme particulièrement important et un coefficient supérieur lui est attribué¹⁶⁰.

5. Compatibilité avec les principes généraux du droit de la société anonyme

Contrairement à la situation rencontrée dans le cadre d'une législation basée sur la société indépendante, la création d'un groupe de sociétés n'est plus contraire à la loi. Elle est un moyen de concentration expressément prévu par la loi, qui implique certaines mesures de protection en faveur des actionnaires libres. Parmi ces mesures de protection, le droit de retrait a une place de choix. Il doit même être considéré comme le moyen le plus efficace de protéger les actionnaires libres.

§ 2. Le droit de rachat

1. Définition

Le droit de rachat est la suppression du sociétariat des actionnaires libres, imposée par l'actionnaire dominant aux actionnaires libres, par voie de transfert onéreux des actions, en cas d'état de groupe, sans effet sur l'existence de la société.

2. But

Contrairement au droit de retrait, le but principal du droit de rachat n'est pas la protection des actionnaires libres, mais la protection de la société-mère, éventuellement du groupe. Les actionnaires libres ne sont en effet pas les seuls à souffrir de la polarisation de l'actionnariat de leur société entre un actionnaire dominant et eux-mêmes. Certes, en droit positif, les inconvénients supportés par l'actionnaire dominant sont insignifiants. Dans certaines filiales toutefois, de toutes petites minorités, voire un seul actionnaire avec une seule action, réussissent à entraver sérieusement la marche de la société, ou du moins à faire perdre du temps à ses dirigeants (exigence du respect strict des formes, etc.) et cela sans intérêt légitime (souvent dans le seul but de monnayer à un prix excessif leur seule action ou insignifiante participation). L'amélioration de la protection des actionnaires minoritaires augmente ce risque.

Le droit de rachat permet d'établir l'équilibre. Il est un com-

¹⁶⁰ PETITPIERRE-SAUVAIN, p. 187 et les références citées.

plément de la légalisation de l'intérêt de groupe, une compensation aux nombreuses mesures de protection des actionnaires libres. L'élément «protection des actionnaires libres» ne lui est d'ailleurs pas absolument étranger. Mais il s'agit d'une protection imposée, involontaire, parfois non désirée.

3. Motifs

Le motif de rachat est l'existence d'un état de groupe. Il pose des problèmes analogues à ceux du motif de retrait, mais les solutions varient.

3.1. Source de la direction unique

S'il est possible d'admettre le droit de retrait dans l'hypothèse d'une direction unique découlant d'un pouvoir de fait¹⁶¹, il n'en va pas de même pour le droit de rachat. Le droit de l'actionnaire minoritaire en droit (majoritaire en fait) de priver l'actionnaire majoritaire en droit (minoritaire en fait) de son actionariat est contraire au principe majoritaire. Le droit de rachat suppose donc un pouvoir de domination de droit¹⁶².

3.2. Degré de qualification de la participation majoritaire

Les systèmes qui connaissent le droit de rachat¹⁶³ vont plus loin. Ils le subordonnent à l'existence d'un pouvoir de droit qualifié¹⁶⁴ parce que :

- les conflits naissent surtout entre actionnaires détenant des participations très différentes en importance ;
- plus une minorité est petite, plus son comportement risque d'être abusif ;
- la société-mère doit être à même d'imposer n'importe quelle décision à la société filiale.

Ces arguments ne convainquent pas. Les décisions nécessitant une majorité qualifiée sont rares et pas nécessairement déterminantes dans le cadre d'un groupe de sociétés. Et surtout, il est judicieux d'harmoniser, dans la mesure du possible, les exigences

¹⁶¹ 3^e partie, titre 3, chapitre 3, section 2, § 1, 3.1.

¹⁶² Les participations indirectes doivent être prises en compte.

¹⁶³ §§ 319 ss. AktG (dans le cadre de la procédure d'incorporation); art. 238a–238b proposition modifiée statut SE; section 209 Companies Act 1948 (Grande-Bretagne); chapter 14, §§ 9–13 Swedish Companies Act 1975.

¹⁶⁴ 95 %, § 320 al. 1 AktG; 90 %, art. 238 a proposition modifiée statut SE; chapter 14, § 9 al. 1 Swedish Companies Act 1975; section 209 al. 1 Companies Act 1948 (Grande-Bretagne).

juridiques qui concernent des opérations identiques sur le plan économique. En l'espèce: fusion et groupe de sociétés. Or, en matière de fusion, dans la seconde assemblée générale¹⁶⁵, la majorité absolue des voix garantit la décision. Une telle majorité doit aussi ouvrir la voie du rachat.

3.3. Exigences relatives à la direction unique

Théoriquement, la direction unique est une condition du droit de rachat. Pratiquement, la société-mère peut toujours prendre les mesures nécessaires pour être à même de démontrer l'existence d'une telle direction.

4. Modalités

4.1. Le débiteur de l'indemnité

Si, en matière de retrait, le débiteur de l'indemnité est la société-mère, à plus forte raison doit-elle l'être en matière de rachat.

4.2. La nature de l'indemnité

Comme en matière de retrait, l'indemnité peut prendre deux formes:

- indemnité en espèces,
- indemnité en actions de la société effectivement dominante¹⁶⁶.

Les remarques générales faites à propos du droit de retrait valent aussi, en principe, pour le droit de rachat. Par conséquent, le législateur ne devrait pas choisir entre les deux formes d'indemnisation. Du moment que le rachat favorise surtout la société-mère qui pourrait, dans de très nombreux cas, atteindre un résultat analogue par la voie de la fusion, le choix devrait être laissé aux actionnaires libres. Au plus, pourrait-on l'accorder à la société-mère, lorsqu'elle a la possibilité juridique d'emporter une décision de fusion.

Lorsque l'actionnaire dominant n'est pas une société anonyme, mais, par exemple, une personne physique, l'indemnité en actions n'est pas possible. Afin d'éviter une détérioration de la situation de l'actionnaire libre, le droit de rachat dans son ensemble doit être interdit. Cette solution se justifie d'autant plus que rien ne s'oppose à ce que l'actionnaire dominant crée une société holding pour détenir ses propres participations et réalise,

¹⁶⁵ Art. 649 al. 2 CO.

¹⁶⁶ Cf. note 138.

par cet intermédiaire, le but recherché, tout en ne portant pas atteinte au principe de l'actionnariat des actionnaires libres.

4.3. Le moment du rachat

Un parallélisme absolu avec le droit de retrait n'existe pas non plus. Le rachat peut être autorisé en tout temps. Mais le moment déterminant pour le calcul de la valeur des actions n'est pas celui de l'affiliation. Il doit être celui du rachat avec, comme valeur minimum, celle au moment de l'affiliation. Pour assouplir le système, la société-mère pourrait être autorisée à payer moins que la valeur au moment du rachat, à condition qu'elle prouve que la plus-value, par rapport à l'affiliation, est exclusivement due à son intervention ou que la moins-value n'est en aucun cas due à son intervention.

4.4. La détermination de la valeur des actions

Un système analogue à celui du droit de retrait pourrait être envisagé.

4.5. L'objet du rachat

Dans la mesure où le rachat se justifie en grande partie par référence à la fusion, de bons arguments militent en faveur d'une obligation de rachat de toutes les actions¹⁶⁷. Mais il ne faut pas oublier que :

- Le droit de rachat peut servir à exclure les gêneurs, qui détiennent souvent des participations modestes.
- En tant que moyen de faciliter la concentration, le droit de rachat ne doit pas être rendu trop onéreux. L'actionnaire dominant doit pouvoir réaliser son objectif final (le rachat de toutes les actions) par étapes.

Pour autant qu'il soit accompagné du droit de retrait, le droit de rachat devrait pouvoir être partiel (avec des mesures pour assurer l'égalité de traitement des actionnaires).

5. Compatibilité avec les principes généraux du droit de la société anonyme

Il y a incompatibilité entre le principe majoritaire et les droits acquis. Les droits acquis l'emportent sur le principe majoritaire. Le droit de rachat est une émanation du principe majoritaire¹⁶⁸.

¹⁶⁷ PETITPIERRE-SAUVAIN, p. 228.

¹⁶⁸ PETITPIERRE-SAUVAIN, p. 217.

Par conséquent, il doit en principe s'incliner devant le droit acquis à l'actionnariat. Mais le législateur peut apporter des exceptions. Il l'a notamment fait en prévoyant, dans la loi, la fusion. Une décision de fusion, prise à la majorité, dépouille contre son gré l'actionnaire minoritaire de l'actionnariat dans «sa» société, tout en lui conférant l'actionnariat dans une autre société (continuité de l'actionnariat).

Cette exception de la fusion est déterminante en l'espèce. La fusion est un mode de concentration, comme le droit de rachat. Dans le premier cas, la concentration économique s'accompagne d'une concentration juridique. Dans le second, la concentration économique s'effectue sans concentration juridique. Mais le phénomène économique est identique.

La continuité de l'actionnariat¹⁶⁹ est également garantie en matière de droit de rachat, à condition que l'indemnisation puisse toujours être requise, par les actionnaires libres, sous forme d'actions (si possible de la société-mère).

Par conséquent, en tant que moyen de concentration, le rachat ne doit pas être considéré comme incompatible avec notre système du droit de la société anonyme.

Chapitre 4. *Conclusions*

Contrairement aux autres systèmes étudiés, le droit des groupes, non seulement améliore la protection des actionnaires libres, mais encore améliore la position de l'actionnaire dominant. Reconnaisant en droit l'état de groupe, il en régleme les conséquences et établit un compromis équilibré entre l'intérêt de l'actionnaire dominant et celui des actionnaires libres.

¹⁶⁹ Il faudrait plutôt parler de continuité d'un actionnariat, car, en matière de fusion comme en matière de droit de rachat, l'actionnaire libre perd l'actionnariat dans «sa» société.

Quatrième partie

Propositions

Titre 1

Les principes d'une intervention législative en matière de groupes de sociétés

Toute intervention législative est dominée par un certain nombre de principes. En matière de droit des groupes de sociétés, ils sont au moins au nombre de trois: neutralité, harmonie, efficacité.

Chapitre 1. *Neutralité*

Il pourrait être tentant de régler les problèmes de la concentration par l'intermédiaire d'un droit des groupes de sociétés. Pourtant, le droit commercial n'est pas le moyen d'intervention adéquat dans ce domaine. Il ne doit ni favoriser, ni défavoriser la constitution et le fonctionnement des groupes de sociétés.

Ce premier principe exclut d'emblée les systèmes qui ne visent qu'à protéger les actionnaires libres, sans protéger le groupe de sociétés lui-même, c'est-à-dire sans tenir compte des intérêts légitimes de la société-mère. Il postule une solution globale, c'est-à-dire un droit des groupes.

Chapitre 2. *Harmonie*

L'intervention législative doit, dans la mesure du possible, créer l'harmonie entre les faits économiques et le droit. Dans le cadre d'un droit des groupes, elle doit mettre fin à l'actuel hiatus entre l'existence de fait des groupes de sociétés et la législation construite sur l'idée de la société indépendante. Par conséquent, elle doit tendre vers la généralité, vers l'universalisme, tenter d'appréhender tous les états de groupe et éviter de laisser subsister des situations équivoques.

Ce deuxième principe postule une solution contraignante, mais flexible, applicable dès qu'un état de groupe est réalisé. Il rend nécessaire la définition légale du groupe de sociétés (titre 2).

Chapitre 3. *Efficacité*

L'intervention législative doit être efficace. Par conséquent, elle doit chercher à établir des règles simples d'application directe. Ce troisième principe exige que la preuve de l'état de groupe soit facilitée (titre 3).

Titre 2

La définition légale de *lege ferenda*

Chapitre 1. *Le caractère pluraliste de la définition légale de lege ferenda*

Tout droit des groupes de sociétés nécessite un critère d'application de ses règles, qui ne peut être que l'existence d'un état de groupe. Encore faut-il, pour que ce critère soit utilisable pratiquement, qu'il soit défini avec suffisamment de précision. Or, il est extrêmement difficile, pour ne pas dire impossible¹, de trouver une définition du groupe de sociétés, entraînant l'application du système:

- à tous les cas de besoin
- à ces cas exclusivement.

La définition générale du groupe de sociétés² conduirait à des résultats aberrants. Un simple pouvoir de fait justifierait la légalisation de la direction unique. L'actionnaire minoritaire en droit, dominant en fait, pourrait exercer le droit de rachat.

Une définition plus restrictive, basée par exemple sur la direction unique dépendant exclusivement de la volonté de la société-mère, conduirait à des résultats tout aussi intolérables. Les actionnaires libres en fait, mais majoritaires en droit, ne seraient pas protégés.

Le problème n'est pas insoluble. Sa solution nécessite l'abandon de l'idée d'un droit des groupes fondé sur un critère unique,

¹ JADAUD/SAYAG, in «Les groupes de sociétés», pp. 193 ss.

² Cf. 1^{re} partie, titre 5.

c'est-à-dire sur une définition unique de l'état de groupe. Elle exige l'adoption d'un critère dont la définition dépend de la nature des intérêts à protéger.

La prise en considération des intérêts des actionnaires libres implique une définition large du groupe de sociétés. La définition générale^{2bis} paraît adaptée aux besoins.

En revanche, la prise en considération des intérêts de la société-mère doit être limitée aux cas où sa maîtrise dépend exclusivement de sa volonté, où elle n'est pas conditionnée par des circonstances extérieures³. La définition générale doit être complétée par un élément restrictif:

- Pluralité d'entités juridiquement indépendantes, soumises à une direction unique résultant de la seule volonté de l'entité dominante.

Chapitre 2. *Le contenu des différentes définitions légales de lege ferenda*

Les définitions retenues doivent répondre aux questions soulevées au titre 6 de la première partie.

Section 1. **Source de la direction unique**

Dans le cadre de la définition générale, la direction unique peut résulter soit d'un pouvoir de droit, soit d'un pouvoir de fait. Sa source importe peu. En revanche, dans le cadre de la définition restrictive, la direction unique doit résulter de la seule volonté de l'entité dominante. Le pouvoir de droit, basé sur une participation majoritaire en matière de droit de vote, entre seul en ligne de compte. Le pouvoir de fait est exclu, de même que le pouvoir de droit basé sur un contrat, l'entité dominante ne pouvant empêcher une éventuelle violation du contrat.

Section 2. **Degré de qualification de la participation majoritaire**

Le degré de qualification de la participation majoritaire ne joue pas de rôle.

^{2bis} Cf. 1^{re} partie, titre 5.

³ Notamment par l'abstentionnisme de certains actionnaires.

Section 3. Exigences relatives à la direction unique

Dans les deux cas, la direction unique doit être effective. Le pouvoir conféré par la maîtrise de droit ou de fait doit être exercé. Cet élément de la définition du groupe de sociétés pose le problème essentiel de sa preuve. Selon un principe général prévu à l'article 8 CCS, celui qui entend obtenir l'application du droit des groupes de sociétés doit prouver l'existence d'un groupe de sociétés. Or, vu la définition très large de la direction unique⁴, le fardeau de cette preuve présente souvent des difficultés considérables, notamment pour les actionnaires libres. Une intervention du législateur s'impose.

Titre 3

La preuve de l'état de groupe

Deux moyens facilitent la preuve de l'état de groupe:

- un système de présomptions,
- l'obligation d'information sur l'état de groupe.

Chapitre 1. *Les présomptions*

L'établissement de présomptions venant troubler l'ordre habituel des règles de preuve se justifie, en matière de définition des groupes de sociétés, par des difficultés de preuve et un besoin de sécurité du droit⁵. D'ailleurs, tous les droits des groupes de sociétés (positifs ou sous forme de projets)⁶ y recourent.

D'autres moyens permettraient d'atteindre le même but, notamment le choix d'une définition moins générale du groupe de sociétés, le remplacement de l'élément «direction unique» par un élément tel que «dépendance» ou «majorité». Mais, ce qui serait gagné en clarté, serait perdu en souplesse. Or, la souplesse est l'un des postulats les plus importants d'un droit acceptable des groupes de sociétés. Comme en matière de définition, il faut

⁴ Cf. 1^{re} partie, titre 5, chapitre 2.

⁵ M. KUMMER, Berner Kommentar, Art. 8 CC, rem. 328.

⁶ §§ 17 al. 2 et 18 al. 1, 3^e phrase, AktG; art. 6 al. 2 et 223 al. 2 proposition modifiée statut SE; art. 1 al. 2 avant-projet directive (1^{re} partie) et 33 al. 2 avant-projet directive (2^e partie); art. 2 Cousté I; art. 2 al. 1 et 3 al. 2 Cousté II; art. 2 al. 2 et 3 al. 2 proposition modifiée 7^e directive (comptes du groupe).

distinguer selon que la présomption doit servir les intérêts des actionnaires libres ou ceux de la société-mère.

Section 1. Les présomptions en faveur des actionnaires libres

L'élément de la définition du groupe de sociétés qui offre des difficultés de preuves et justifie l'établissement de présomptions est la direction unique.

Toute direction unique⁷ implique la dépendance d'une société par rapport à une autre société. Mais toute dépendance n'implique pas nécessairement une direction unique. Toutefois, dans la plupart des cas de dépendance la direction unique est réalisée. Par conséquent, il se justifie de présumer la direction unique toutes les fois qu'un état de dépendance est prouvé.

Il est généralement admis⁸ qu'un état de dépendance existe dès qu'une société a la possibilité d'exercer une influence dominante sur une autre société. Peu importe les moyens par lesquels cette possibilité est née⁹: moyens de droit ou de fait¹⁰. En pratique, il s'agit le plus souvent d'une combinaison des deux. Peu importe que la possibilité soit utilisée ou non. L'influence dominante peut être exercée directement ou indirectement (par l'intermédiaire d'une autre société notamment). Mais elle englobe, en principe¹¹, la gestion dans son ensemble.

La dépendance doit-elle être durable? Comme en matière de direction unique, la dépendance ne découle pas de la seule volonté de la société dominante. Un concours de circonstances suffit. Par conséquent, contrairement à ce que souhaite la proposition de septième directive¹², la stabilité ou la durée du contrôle n'est pas nécessaire. Des raisons de sécurité du droit et la bonne protection des actionnaires libres s'opposent à une telle exigence¹³.

Ces quelques remarques démontrent que la notion de dépen-

⁷ Les filiales communes font exception.

⁸ § 17 al. 1 AktG; art. 6 al. 1 proposition modifiée statut SE; art. 1 al. 1 avant-projet directive (1^{re} partie); art. 1 al. 1 COUSTÉ I; art. 1 al. 1 COUSTÉ II; art. 2 al. 1 proposition modifiée 7^e directive (comptes du groupe).

⁹ Proposition 7^e directive, exposé des motifs ad art. 2-3.

¹⁰ Pour des exemples, cf. notamment: COUSTÉ II, exposé des motifs, pp. 6-7; H. S. WERNER, *Abhängigkeitstatbestand*, pp. 137-166; EMMERICH/SONNENSCHNEIDER, pp. 50-52.

¹¹ Au sujet de la domination sectorielle, cf. WERNER, *op. cit.*, pp. 124-130.

¹² Proposition 7^e directive, exposé des motifs ad art. 2-3.

¹³ Dans ce sens, WERNER, *op. cit.*, pp. 119-121 et les références citées.

dance elle-même n'est pas simple, que son caractère général rend sa preuve difficile. L'aide apportée à l'actionnaire libre par la présomption découlant de la dépendance est souvent insuffisante. D'autres présomptions sont nécessaires pour faciliter la preuve de la dépendance. Mais, à ce nouvel échelon de présomptions, les opinions sont nuancées. La présomption de dépendance fondée sur la disposition de plus de la moitié des voix attachées à l'ensemble des titres émis est la plus généralement admise¹⁴.

La présomption de dépendance fondée sur le caractère majoritaire de la participation est aussi largement admise¹⁵. Elle fait souvent double emploi avec la précédente. Elle n'est pas indispensable, mais peut rendre certains services.

En revanche, la présomption de dépendance fondée sur la possibilité de désigner plus de la moitié des membres du conseil d'administration¹⁶ est discutable. Les cas où cette possibilité existe indépendamment de toute majorité en voix ou capital sont rares.

Les pouvoirs indirects sont pris en considération.

Quelles que soient les présomptions retenues, elles ne doivent bénéficier que d'un caractère réfragable¹⁷. Il n'y a pas de raison d'empêcher une certaine souplesse dans ce domaine.

Section 2. Les présomptions en faveur de la société-mère

L'établissement de présomptions se justifie beaucoup plus difficilement en faveur de la société-mère, qui possède les moyens de prouver un état de groupe.

Si toutefois des présomptions étaient nécessaires, elles présenteraient des particularités dues à la définition du groupe de sociétés dans le cadre de la protection des intérêts de la société-mère.

¹⁴ La proposition COUSTÉ I se contente de la disposition de 25 % des voix (art. 2).

¹⁵ § 17 al. 2 AktG; art. 6 al. 3 proposition modifiée statut SE; art. 1 al. 2 a, avant-projet directive (1^{re} partie); art. 2 al. 2 a, proposition modifiée 7^e directive (comptes du groupe).

¹⁶ Art. 6 al. 2 b, proposition modifiée statut SE; art. 1 al. 2 c, avant-projet directive (1^{re} partie); art. 2 al. 2 c, proposition modifiée 7^e directive (comptes du groupe).

¹⁷ Seul l'article 6 al. 2 de la proposition de statut SE accorde aux présomptions fondées sur la majorité des voix ou la possibilité de désigner plus de la moitié des membres du Conseil d'administration un caractère irréfragable.

Chapitre 2. *L'obligation de l'information sur l'état de groupe*

L'information sur l'existence d'un état de groupe favorise l'exercice des droits des intéressés. L'information sur les participations est évidemment très précieuse¹⁸. Elle permet, grâce à l'aide des présomptions, de prouver l'existence du groupe. L'information directe sur l'existence du groupe est encore plus favorable pour les actionnaires libres. Il serait utile d'imposer à toute société de faire mention, dans son rapport annuel, de son appartenance à un groupe¹⁹, éventuellement d'imposer l'inscription du début et de la fin d'un rapport de groupe au Registre du Commerce²⁰. Dans chaque cas, le nom de la société-mère devrait être mentionné²¹.

Titre 4

La protection des actionnaires libres

Chapitre 1. *Les améliorations communes à tous les systèmes*

Tout droit des groupes de sociétés passe obligatoirement par une meilleure information des actionnaires libres qui, outre l'information sur l'existence du groupe, doivent bénéficier d'une information sur la situation de leur société et du groupe. Parmi les mesures destinées à informer les actionnaires libres sur l'existence du groupe, l'information sur les participations²² est indispensable. L'information sur les liens entre dirigeants de la société et d'autres entreprises²³ viendrait la compléter utilement, de même que l'information sur l'état de groupe lui-même²⁴. Parmi les mesures destinées à informer les actionnaires libres sur la situation de leur société et du groupe, il faut notamment mentionner l'information sur la fortune et le résultat du groupe²⁵, ce qui implique la consolidation des comptes du groupe, et l'information sur les relations de la société filiale avec les autres sociétés

¹⁸ Cf. 3^e partie, titre 2, chapitre 1, section 1, § 1,1.

¹⁹ Art. 12 COUSTÉ I; art. 40 al. 1 COUSTÉ II.

²⁰ § 294 et 298 AktG; art. 226 proposition modifiée statut SE; art. 35 avant-projet directive (2^e partie); art. 11 COUSTÉ I; art. 38 COUSTÉ II.

²¹ Une telle publication n'est pas indispensable pour la protection des actionnaires libres. En revanche, elle peut l'être pour la protection des créanciers.

²² Cf. 3^e partie, titre 2, chapitre 1, section 1, § 1,1.

²³ Cf. 3^e partie, titre 2, chapitre 1, section 1, § 1,2.

²⁴ Cf. 4^e partie, titre 3, chapitre 2.

²⁵ Cf. 3^e partie, titre 2, chapitre 1, section 1, § 2.

du groupe²⁶. Dans ce domaine, le contrôleur spécial serait de la plus grande utilité.

Chapitre 2. *L'élimination des systèmes conservant les actionnaires libres*

Les systèmes conservant les actionnaires libres présentent de nombreux inconvénients. Ils sont compliqués, n'assurant jamais une protection absolue. Ils dénaturent l'actionnariat. Ils entravent, dans une certaine mesure, la liberté de la société-mère.

Chapitre 3. *Les modalités des systèmes éliminant les actionnaires libres*²⁷.

Les systèmes qui éliminent les actionnaires libres peuvent être groupés en trois catégories, selon qu'ils sont fondés:

- sur le seul droit de rachat,
- sur le seul droit de retrait,
- à la fois sur le droit de rachat ou le droit de retrait.

Section 1. **Le système fondé sur le droit de rachat**

La direction unique n'est légalisée que si la société-mère possède la totalité des actions de sa filiale. Pour faciliter cette acquisition, un droit de rachat est conféré à toute société qui détient la majorité des voix et du capital dans une autre société.

Dans un tel système, ou bien la société-mère acquiert toutes les actions de sa filiale avec les conséquences que la direction unique est légalisée et que les actionnaires libres sont éliminés, ou bien la société-mère n'acquiert pas toutes les actions de sa filiale avec les conséquences qu'elle n'a pas le droit d'exercer une direction unique et que les actionnaires libres peuvent la rendre responsable de tout dommage dû à l'exercice illégal d'une direction unique.

Ce système présente des avantages. Il est très simple. La naissance du groupe et les charges financières qu'elle comporte pour

²⁶ Cf. 3^e partie, titre 2, chapitre 1, section 1, § 3.

²⁷ Il faut rappeler que le droit positif permet à tout actionnaire majoritaire d'éliminer les actionnaires minoritaires par la voie de la fusion.

la société-mère dépendent de la seule volonté de celle-ci. Les actionnaires libres peuvent être efficacement protégés par une meilleure information.

Mais, ses inconvénients sont importants. Pour la société-mère, il est onéreux: pas de groupe sans l'acquisition de toutes les actions de la filiale. Dans une certaine mesure, il est hostile à la concentration.

Section 2. Le système fondé sur le droit de retrait

La direction unique est légalisée dès le moment où la société-mère possède la majorité des voix et du capital de la société filiale. Pour se protéger contre les effets nuisibles de la direction unique sur leur société, les actionnaires libres de la filiale disposent d'un droit de retrait.

Si la société-mère impose une direction unique non légalisée (sans posséder la majorité des voix et du capital social), les actionnaires libres peuvent se retirer ou agir en réparation du dommage en vertu des dispositions générales du droit de la société anonyme. Si la société-mère impose une direction unique légalisée, les actionnaires libres ne peuvent que se retirer.

Ce système, comme le précédent, est simple. La constitution d'un groupe est théoriquement peu coûteuse, puisque la majorité des voix et du capital social est suffisante. La société-mère est pratiquement maître de l'exercice du droit de retrait par les actionnaires libres: il lui suffit de mener une politique raisonnable à l'égard de sa filiale pour éviter la désertion des actionnaires libres. Les actionnaires libres sont efficacement protégés. Mais la société-mère risque à tout moment, probablement au mauvais, de devoir acquérir les actions des actionnaires libres. Sa liberté d'action peut, dans une certaine mesure, être entravée par les actionnaires libres.

Section 3. Le système combiné

Le système combiné inclut à la fois le droit de rachat et le droit de retrait. Dès le moment où la société-mère possède la majorité des voix et du capital social de la société filiale, la direction unique est légalisée. La société-mère dispose d'un droit de rachat des actions des actionnaires libres. Les actionnaires libres, pour se protéger contre les effets nuisibles de la direction unique sur leur société, bénéficient d'un droit de retrait.

En cas de direction unique non légalisée, comme dans le système précédent, les actionnaires libres peuvent exercer le droit de retrait ou agir en réparation du dommage en vertu des dispositions générales du droit de la société anonyme. En cas de direction unique légalisée, les actionnaires libres bénéficient de la seule possibilité du retrait. Mais la société-mère a le droit de racheter leurs actions.

Ce troisième système peut encore être qualifié de simple. Il combine les avantages des deux autres, tout en ne retenant pas tous leurs inconvénients. En particulier, la société-mère peut supprimer l'incertitude relative au retrait intempestif et assurer sa liberté d'action en exerçant le droit de rachat.

Dans la mesure où l'élimination des actionnaires libres est admise, le droit des groupes de sociétés, tout en étant très exigeant sur le plan de l'information, ne nécessite donc pas une réglementation complexe pour prendre en considération équitablement les intérêts en présence en matière de protection des actionnaires libres.

Bibliographie

Dans les notes du rapport, la référence est au nom de l'auteur; s'il y a risque de confusion, il y a mention, en outre, du titre abrégé. D'autres ouvrages sont mentionnés dans le corps du travail.

Die nachstehend aufgeführten Publikationen werden in den Anmerkungen nur mit dem Namen des Verfassers, gegebenenfalls mit einem zusätzlichen Stichwort zitiert. Weitere Literaturhinweise finden sich in den Anmerkungen.

Schweiz/Suisse

- ALBERS, MAX. Haftungsverhältnisse im Konzern, Diss. Zürich 1980 (in Vorbereitung).
- CAFLISCH, SILVIO. Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1961.
- CAPITAINE, GEORGES. Le statut des sociétés holdings en Suisse, rapport à la Société suisse des juristes, RDS/ZSR 62, 1943, pp. 1 a–194 a.
- DALLÈVES, LOUIS. Problèmes de droit privé relatifs à la coopération et à la concentration des entreprises, rapport à la Société suisse des juristes, RDS/ZSR 92 II, 1973, pp. 559–685 (cit.: Problèmes).
- Les participations réciproques, Rapport du Centre d'Etudes juridiques européennes, Vol. 5, Genève 1970 (cit.: Participations).
- DRUEY, JEAN NICOLAS. Geheimsphäre des Unternehmens, Basel 1977.
- FRANKENBERG, PHILIPP. Die konzernmäßige Abhängigkeit, Diss. Zürich 1937.
- GEHRIGER, PIERRE-OLIVIER. Faktische Organe im Gesellschaftsrecht, St. Galler Diss., Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 34, Zürich 1979.
- VON GRAFFENRIED, ANDRÉ. Über die Notwendigkeit einer Konzerngesetzgebung, Diss. Bern 1976.
- HÄRDY, OSKAR. Die Holding Company nach dem schweizerischen Obligationenrecht, Abhandlungen zum schweiz. Recht 33, Bern 1928.
- HÖHENER, MARTIN ALEXANDER. Der Konzern im englischen Recht – rechtsvergleichende Untersuchung unter Bezug des deutschen Rechts im Hinblick auf ein schweizerisches Konzernrecht de lege ferenda, Diss. Bern, Zürich 1976.
- HOMBURGER, ERIC. Zum «Durchgriff» im schweizerischen Gesellschaftsrecht, SJZ/RSJ 67, 1971, pp. 249–254.
- IMMENGA, U. Die rechtliche Erfassung unternehmerischer Leitungseinheit: Konzernrecht, WuR 32, 1980, pp. 73-84.
- JÄGGI, PETER. Ein Gerichtsurteil über den «abhängigen» (fiduziarischen) Verwaltungsrat, SJZ/RSJ 56, 1960, pp. 1–7.
- JOSS, R. W. Konzernrechtsfragen im deutschen und schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1936.
- LANGENEGGER, ERNST. Konzernunternehmungspolitik, Reihe «Prüfen und Entscheiden» 4, Bern 1967.
- LAUCHENAUER, ALFRED. Die Holding Company, Diss. Genf 1924.
- NÄGELI, EDUARD. Die Doppelgesellschaft als rechtliche Organisationsform der Kartelle, Konzerne und anderen Unternehmenszusammenschlüsse nach deutschem und schweizerischem Recht, Bd. I: Rechtssoziologischer Teil, Zürich 1935 (auch als Zürcher Diss.).

- NOBEL, PETER. Europäisierung des Aktienrechts, Diss. St. Gallen, Diessenhofen 1974.
- OESCH, FRANZ-PETER. Der Minderheitenschutz im Konzern nach schweizerischem und amerikanischem Recht, Diss. Bern, Winterthur 1971.
- OESCH, RICHARD. Die Holdingbesteuerung in der Schweiz, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 11, Zürich 1976.
- PESTALOZZI, ANTON. Einige Fragen aus der Praxis des Konzernrechts, SJZ/RSJ 75, 1979, pp.249–258.
- PETITPIERRE-SAUVAIN, ANNE. Droit des sociétés et groupes de sociétés. Responsabilité de l'actionnaire dominant – Retrait des actionnaires minoritaires, Etudes suisses de droit européen, Vol. 7, Genève 1972.
- PICENONI, VITO. Rechtsformen konzernmäßiger Abhängigkeit, ein Beitrag zur Frage des «abhängigen Verwaltungsrates», SJZ/RSJ 51, 1955, pp.321–328.
- PLÜSS, MARTIN. Der Schutz der freien Aktionäre im Konzern, Diss. St. Gallen 1977.
- SCHLUEP, WALTER RENÉ. Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss. St. Gallen 1955 (cit.: Wohlerworbene Rechte).
- Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation, in ZSR/RDS 92 II, 1973, pp.155–557 (cit.: Unternehmenskonzentration).
- SLONGO, BRUNO. Der Begriff der einheitlichen Leitung als Bestandteil des Konzernbegriffes, Diss. Zürich 1980 (in Vorbereitung).
- VON STEIGER, FRITZ. Zur Frage der rechtlichen Stellung des «abhängigen» Verwaltungsrates, SAG/SAS 27, 1954/55, pp.33–40.
- VON STEIGER, WERNER. Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz, Referat zum schweiz. Juristentag, ZSR/RDS 62, 1943, pp.195 a–337 a.
- STUDER, NIKLAUS C. Die Quasifusion, Abhandlungen zum schweizerischen Recht 431, Bern 1974.
- TAPPOLET, KLAUS. Schranken konzernmäßiger Abhängigkeit im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft 414, Zürich 1973.
- TOBLER, ERNST. Die Haftungsverhältnisse in verbundenen Unternehmen, Diss. Bern 1948.
- TSCHÄNI, RUDOLF. Funktionswandel des Gesellschaftsrechts, Schweizer Beiträge zum Europarecht 22, Bern 1968.
- WOERNLE, GÜNTER. Die organähnliche Haftung des machtausübenden Hauptaktionärs gegenüber Gläubigern der abhängigen Aktiengesellschaft, Diss. Lausanne 1970.
- WOHLMANN, HERBERT. Die Treuepflicht des Aktionärs, Diss. Zürich 1968.
- ZOGG, HANS. Der Konzernabschluß in der Schweiz, Diss. St. Gallen, Winterthur 1978.
- ZULAUF, JOST A. Die wechselseitige Beteiligung im schweizerischen Aktienrecht, Diss. St. Gallen, Winterthur 1974.
- ZWEIFEL, MARTIN. Holdinggesellschaft und Konzern, Diss. Zürich, Zürich 1973 (cit.: Holdinggesellschaft).
- Für ein schweizerisches Konzernrecht, in SAG/SAS 45, 1973, pp.24–29.
- Fragen des Minderheitenschutzes in einem schweizerischen Konzernrecht, in SAG/SAS 50, 1978, pp.91–98.
- Die Haftungsverhältnisse im faktischen Konzern infolge Schädigung der abhängigen Gesellschaft durch die herrschende Gesellschaft, Aspekte der Rechtsentwicklung. Zum 50. Geburtstag von Prof. Arthur Meier-Hayoz, Zürich 1972, pp.126–133.

Zwischenbericht der Arbeitsgruppe für die Überprüfung des Aktienrechts, Bern, April 1972 (cit.: Zwischenbericht).

Vorentwurf der Arbeitsgruppe für die Überprüfung des Aktienrechts, in SAG/SAS 48, 1976, pp.17–45.

Deutschland/Allemagne

BACHELIN, H. Der konzernrechtliche Minderheitenschutz, Köln 1969.

BÄLZ, U. Einheit und Vielheit im Konzern, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser, Tübingen 1974, pp.287–338.

BALLERSTEDT, K. Schranken der Weisungsbefugnis aufgrund eines Beherrschungsvertrages, ZHR 1973, pp.388–403.

BAUSCHKE, H.-J. Grenzen der Rechtspersönlichkeit juristischer Personen im englischen Gesellschaftsrecht, Heidelberg 1975.

BEUTHIEN, V. Unternehmenskonzentration und Kleinaktionärsschutz, Juristische Schulung 1970, pp.53 ss.

BIRKENSTOCK, H. Das Recht des konzernfreien Aktionärs auf Umtausch von Aktien, Diss. Frankfurt a.M. 1960.

BIRLENBACH, W. Die Begriffe des herrschenden und abhängigen Unternehmens im Recht des Unterordnungskonzerns des Aktiengesetzes 1965, Diss. Mainz 1973.

BOCK, RICHARD. Besprechung EMMERICH/SONNENSCHNEIDER, 2. Aufl., ZHR 1978, pp.388–393.

BODEWIG, G. Zur Sicherung der Minderheitsrechte außenstehender Aktionäre durch die Vorschriften der §§ 304, 305, 306 AktG, Diss. Köln 1974.

BODEWIG, T. Abfindungsergänzungsanspruch bereits abgefundenen Aktionäre aufgrund einer Gerichtsentscheidung nach § 305 Abs. 5 Satz 2 AktG, BB 1978, Heft 34, pp.1694–1697.

BRACHVOGEL, GERRIT. Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im Konzern, Diss. München 1967 (cit.: Leitungsmacht).

BUCHE, H. Der Schutz der freien Aktionäre im Konzern, Diss. Kiel. 1960.

CLEMM, H. Die Grenzen der Weisungsfolgepflicht des Vorstands der beherrschten AG bei bestehendem Beherrschungsvertrag, ZHR 1977, pp.197–208.

DIERDORF, J. Herrschaft und Abhängigkeit einer Aktiengesellschaft auf schuldvertraglicher und tatsächlicher Grundlage, Köln 1978.

EBENROTH, C.T. Das Auskunftsrecht des Aktionärs und seine Durchsetzung im Prozess unter besonderer Berücksichtigung des Rechtes der verbundenen Unternehmen, Bielefeld 1970.

EMMERICH, V./SONNENSCHNEIDER, J. Konzernrecht, 2. Aufl., München 1977.

FILBINGER, H. Die Schranken der Mehrheitsherrschaft im Aktien- und Konzernrecht, Freiburg 1942.

FISCHER, F. Haftung der Verwaltung der Aktiengesellschaft im Subordinationskonzern, Diss. Würzburg 1968.

FLECHTHEIM, J. Die Strukturwandlungen der Wirtschaft und das Aktienrecht, Berlin 1926.

FRIEDLÄNDER, H. Konzernrecht, 1. Aufl., Mannheim 1927. – 2. Aufl., Berlin/Frankfurt a.M. 1954.

GESSLER, E. Bestandsschutz der beherrschten Gesellschaft im Vertragskonzern, ZHR 1976, pp.433–441.

– Les groupes de sociétés en droit allemand, Rev. prat. des soc. 1972, pp.41 ss.

- Probleme des neuen Konzernrechts, DB 1965, pp.1691 ss., 1729 ss.
- Faktische Konzerne? in: Festgabe für Otto Kunze, Berlin 1969, pp.159–177.
- Der Schutz der abhängigen Gesellschaft, in: Festschrift für Walter Schmidt, Berlin 1959, pp.247–278.
- Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im faktischen Konzern, in: Festschrift für Harry Westermann, Karlsruhe 1974, pp.145–165.
- GIESE, R. Die Widerlegung der aktienrechtlichen Konzernvermutung, in: Die Wirtschaftsprüfung 1974, pp.464–469.
- GROSSFELD, B. Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, Tübingen 1968.
- GÜNTHER. Konzernverschmelzung und Schutz außenstehender Aktionäre, in: Die AG 1968, pp.98 ff.
- GUTJAHR, H.-J. Der Begriff der Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung im Konzerngesellschaftsrecht, Diss. Hamburg 1972.
- HAESSEN, W. Der Abhängigkeitsbericht im faktischen Konzern, in: Abhandlungen zum deutschen und europäischen Handels- und Wirtschaftsrecht, Heft 1, München 1970.
- HAGGNEY, W. Grundbegriffe der verbundenen Unternehmen, der Mehrheitsbeteiligung und der Abhängigkeit, Diss. Köln 1970.
- HALTER, R. Der Begriff der einheitlichen Leitung im Konzern, Diss. Heidelberg 1974.
- HARMS, W. Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, FIW-Schriftenreihe 45, Köln 1968.
- VON HOYNINGEN-HUENE, G. Der Konzern im Konzern, ZGR 7, 1978, pp.515–541.
- HÜCHTING, H.-J. Abfindung und Ausgleich im aktienrechtlichen Beherrschungsvertrag, Köln 1972.
- IHL, G. Der Vertragskonzern, Diss. München 1969.
- IMMENGA, U. Bestandsschutz der beherrschten Gesellschaft im Vertragskonzern, ZHR 1976, pp.301 ss.
- Der Preis der Konzernierung, in: Festschrift für Franz Böhm, Tübingen 1975, pp.253–267.
- Schutz abhängiger Gesellschaften durch Bindung oder Unterbindung beherrschenden Einflusses? ZGR 1978, pp.269–285 (cit.: Schutz).
- JOST, H.-G. Die Bildung von Konzernen durch Eingliederung von Aktiengesellschaften nach dem Aktiengesetz von 1965, Diss. Göttingen 1970.
- KARGER, H. Die aktienrechtliche Abhängigkeitsprüfung, Diss. Hamburg 1968.
- KELLMANN, CH. Schadensersatz und Ausgleich im Faktischen Konzern, Auslegungsfragen und Reformüberlegungen, BB 1969, pp.1509–1518.
- KLEHNE, H.-E. Konzernwirkungen und aktienrechtlicher Minderheitenschutz im faktischen Konzern, DB 1974, pp.321–324.
- KLUG, O. Das Wesen der Kartell-, Konzern- und Trustbewegung, Jena 1930.
- KOPPENSTEINER, H.-G. Zur Anwendung konzerngesellschaftsrechtlicher Normen in der BRD, Besprechung der Entscheidung BGHZ 69 334, ZGR 8, 1979, pp.91–101.
- KRÄHE/HARDACH, F. W. Konzernorganisation, Arbeitskreis Krähe der Schmalenbach-Gesellschaft, Köln/Opladen 1964.
- KRONSTEIN, H. Die abhängige juristische Person, München 1931.
- KROPFF, B. Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965, BB 1965, pp.1281–1289.
- Begründung des Regierungsentwurfes eines Aktiengesetzes und eines Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz, BDS IV/171, wiedergegeben in der Textausgabe des AktG vom 6.9.1965, Düsseldorf 1965.

- LANDESBERGER, J. Welche Maßregeln empfehlen sich für die rechtliche Behandlung der Industrie-Kartelle? Gutachten zum 26. deutschen Juristentag, Verhandlungen II, Berlin 1902.
- LANGEN, A. Zur Haftung des herrschenden Unternehmens aus erteilter Weisung, DB 1977, pp.151–154.
- LUTTER, M. Das Konzernrecht der Bundesrepublik Deutschland: Ziel, Wirklichkeit und Bewährung, SAG 1976, pp.152–162 (cit.: Konzernrecht BRD).
- Die Binnenstruktur des Konzerns, in: Festschrift für Harry Westermann, Karlsruhe 1974, pp.347–368.
 - Die Europäische Aktiengesellschaft, AHW 15, Köln/Berlin u. a. 1976.
 - Empfehlen sich für die Zusammenfassung europäischer Unternehmen neben oder statt der europäischen Handelsgesellschaft und der internationalen Fusion weitere Möglichkeiten der Gestaltung auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts? Gutachten zum 48. deutschen Juristentag, München 1970.
- MARTENS, K.-P. Mehrheits- Minderheits-Konflikte innerhalb abhängiger Unternehmen, in: Die AG 1974, pp.9–16.
- MEILICKE, W. Die Berechnung der Ausgleichszahlung nach § 304 II 1 AktG, DB 1974, pp.417–422.
- MESTMÄCKER, E.-J. Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, Karlsruhe 1958.
- MEULENBERGH, CL. Die rechtlichen Möglichkeiten der Einflußnahme auf den Vorstand der Aktiengesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des mitgliedschaftlichen Beteiligungsrechts, Bad Schwartau 1971.
- MIELERT, G.B. Grenzen der Leitungsbefugnis des herrschenden Unternehmens im faktischen Konzern, Diss. Frankfurt 1969.
- MOEHRING, PH. Vertraglicher Ausschluß von Abhängigkeit und Konzernvermutung, in: Festschrift für Harry Westermann, Karlsruhe 1974, pp.427–441.
- Zur Systematik der §§ 311, 317 AktG, in: Festschrift für Wolfgang Schilling, Berlin 1973, pp.253–269.
- NEUHAUS, J. Die Grenzen der Konzernleitungsgewalt im faktischen Konzern und der Nachteilsbegriff des § 311 AktG 1965, DB 1970, pp.1913 ss.
- OTT, C. Recht und Realität der Unternehmenskorporation – Ein Beitrag zur Theorie der juristischen Person, Tübingen 1977.
- PAEHLER, O.H. Die Zulässigkeit des faktischen Konzerns, Nachteilsfeststellung gemäß § 311 AktG, Diss. Bielefeld 1972.
- PASSOW, R. Betrieb, Unternehmung, Konzern, Jena 1930.
- POHMER, D. Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft dargestellt am Beispiel der Konzerngestaltungen, in: Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, hrsg. von L. RAISER u. a., Berlin 1964, pp.57–66.
- PÖPPL, F. Aktienrechtlicher Minderheitenschutz durch den «Abhängigkeitsbericht», Diss. Stuttgart 1972.
- RAISCH, P. Unternehmensrecht, Bd. 2: Aktien- und Konzernrecht, Reinbek 1974.
- RAISER, L. Die Konzernbildung als Gegenstand rechts- und wirtschaftswissenschaftlicher Untersuchung, in: Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, hrsg. von L. RAISER u. a., Berlin 1964, pp.51–56 (cit.: Konzernbildung).
- RASCH, H. Deutsches Konzernrecht, 5. Aufl., Köln 1974 (cit.: Konzernrecht).
- Aktuelle Probleme des Konzernrechts und der Konzerngesetzgebung, Berlin 1970.
 - Neuere Entwicklungen im Konzernrecht, BB 1976, pp.1104–1107.
 - Sind auf dem Gebiete des Konzernrechts gesetzgeberische Maßnahmen gesell-

- schaftsrechtlicher Art erforderlich? Gutachten zum 42. deutschen Juristentag 1957, Verhandlungen I, Tübingen 1957 (cit.: Gutachten).
- REHBINDER, E. Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, Bad Homburg 1969.
- RISSE, H. Was bedeutet Einfluß auf die Geschäftsführung, BB 1977, pp.286–287.
- RITTNER, F. Die Beteiligung als Grund der Abhängigkeit einer Aktiengesellschaft, DB 1976, pp.1465–1470, 1513–1515.
- ROMMELSPACHER, W. Der Konzernbegriff, Diss. Köln 1964.
- ROSENDORFF, R. Die rechtliche Organisation der Konzerne, Berlin/Wien 1927.
- RÜBSAAMEN, H.-D. Minderheitenrechte in einer konzernfreien Aktiengesellschaft, Diss. Würzburg 1971.
- SCHAUSS, B. Das Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages (§ 308 AktG), Diss. Frankfurt 1973.
- SCHILLING, W. Gesellschaftstreue und Konzernrecht, in: Festschrift für Hans Hengeler, Berlin 1972, pp.226–240.
- SCHMIDBAUER, A. Der Konzernbegriff im Aktien- und Betriebsverfassungsrecht, Diss. Regensburg 1976.
- SIEBEN, G. Angemessener Ausgleich und angemessene Abfindung beim Abschluß von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen, in: Festschrift für Münstermann, Wiesbaden 1969, pp.401–418.
- SONNENSCHNEIN, J. Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht, Baden-Baden 1976.
- STAHL, K.E. Das Verbot der Benachteiligung abhängiger Aktiengesellschaften, Diss. Freiburg 1972.
- STROHN, L. Die Verfassung der Aktiengesellschaft im faktischen Konzern: zur Harmonisierung der Art. 311 ff. AktG mit den allgemeinen Bestimmungen des Aktienrechts, Köln 1977.
- TOEPLITZ, H.T. Begriff und Wesen der abhängigen Aktiengesellschaft, Diss. Breslau 1937.
- ULMER, P. Aktienrechtliche Beherrschung durch Leistungsaustauschbeziehungen? ZGR 1978, pp.457–475.
- UNTERSUCHUNGEN zur Reform des Konzernrechts, Bericht der Studienkommission des deutschen Juristentages, Tübingen 1967.
- VEIT, K.-R. Unternehmensverträge und Eingliederung als aktienrechtliche Instrumente der Unternehmensverbindungen, Düsseldorf 1974.
- WERNER, H.S. Der aktienrechtliche Abhängigkeitstatbestand: eine Untersuchung der Herrschaftsmöglichkeiten von Unternehmen über Unternehmen in den faktischen Konzernverbindungen, Diss. Göttingen 1979 (cit.: Abhängigkeitstatbestand).
- Die Grundbegriffe der Unternehmensverbindungen des Konzerngesellschaftsrechts, Juristische Schulung 1977, pp.141–149.
- WERNER, W. Probleme des neuen Konzernrechts, Neue Betriebswirtschaft 1967, Heft 4, pp.1–18.
- WIEDEMANN, H. Die Bedeutung der ITT-Entscheidung, JZ 1976, pp.392–397.
- WILHELM, H. Die Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages, Köln 1976.
- WINDBICHLER, CH. Unternehmensverträge und Zusammenschlußkontrolle: aktienrechtliche Probleme der Auflösung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages, Köln 1977.
- WÜRDINGER, H. Aktien- und Konzernrecht, 3. Aufl., Karlsruhe 1973.
- Les groupes de sociétés en Allemagne. L'expérience allemande constitue-t-elle

- un procédé pour l'Europe?, in: Cahiers de l'Institut Jupiter, Droit et Affaires, N° 177 du 15 juin 1970, Doc. 18/70.
- Zur Reform des Konzernrechts, in: Festschrift für Walter Schmidt, Berlin 1959, pp.279–293.
 - Betrachtungen zum faktischen Konzern, DB 1973, pp.45–48.
- ZÖLLNER, W. Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München/Berlin 1963.

Vorarbeiten:

- Deutscher Juristentag 1957, 3. Abt.: Sind auf dem Gebiet des Konzernrechts gesetzgeberische Maßnahmen gesellschaftsrechtlicher Art erforderlich? Referat von HANS WÜRDINGER und Sitzungsbericht in: Verhandlungen II F 1–F 128, Tübingen 1959.
- Referentenentwurf eines Aktiengesetzes (1958), veröffentlicht vom Bundesjustizministerium.
- Entwurf eines Aktiengesetzes. Begründung zum Entwurf eines AktG, Deutscher Bundestag – 3. Wahlperiode, DS 1915.
- Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses über die von der Bundesregierung eingebrachten Entwürfe eines Aktiengesetzes und eines Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz, Bundestagsdrucksache IV/3296.
- Begründung des RegE eines Aktiengesetzes und eines Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz, Deutscher Bundestag – 4. Wahlperiode, Drucksache IV/171.
- Wandlungen in den wirtschaftlichen Organisationsformen, Verhandlungen und Berichte des Unterausschusses für allgemeine Wirtschaftsstruktur des Ausschusses zur Untersuchung der Erzeugungs- und Absatzbedingungen der deutschen Wirtschaft, 3. Arbeitsgruppe, 1. Teil: Wandlungen in den Rechtsformen der Einzelunternehmungen und Konzerne, Berlin 1928.
- Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz, Köln 1980 (nach Drucklegung erschienen).

Kommentare:

- BIEDENKOPF/KOPPENSTEINER und weitere. Kölner Kommentar zum AktG, Köln/Berlin u. a. 1970/71.
- GESSLER/HEFERMEHL/ECKARDT/KROPFF. Kommentar zum AktG, München 1973/74.
- WÜRDINGER. Aktiengesetz, Großkommentar, 3. Aufl., Berlin/New York 1973.
- GODIN/WILHELMI. Aktiengesetz, Kommentar, 4. Aufl., Berlin/New York 1971.
- BAUMBACH/HUECK. Kommentar zum AktG, 13. Aufl., München 1968.
- ADLER/DÜRING/SCHMALTZ. Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft, Bd. I, II, III, 4. Aufl., Stuttgart 1968–1972.

Frankreich/France

- BÉJOT, MICHEL. La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés en France et en Allemagne, Bruxelles 1976.

- BÉZARD/DABIN/ECHARD/JADAUD/SAYAG. Les groupes de sociétés – Une politique législative, Librairies techniques, Paris 1975.
- BRACHVOGEL, GERRIT. Aktiengesellschaft und Gesellschaftsgruppe im französischen Recht, Stuttgart 1971 (cit.: *Französisches Recht*).
- France sur le chemin d'un droit des sociétés. Die Gesetzesvorlage COUSTÉ, ZGR 1, 1972, H. 1, pp. 87–97.
- CHAMPAUD, C. Le pouvoir de concentration de la société par actions, Paris 1962 (spéc. pp. 196ss) (cit.: *Le pouvoir*).
- Les méthodes de groupement des sociétés, Rev. trim. dr. comm. 1967, pp. 1003ss (cit.: *Les méthodes*).
- CONTIN, R./HOVASSE, H. L'autonomie patrimoniale des sociétés – Réflexions sur les finalités d'une organisation juridique des groupes, Recueil Dalloz 1971, Chron., pp. 197ss.
- COUSTÉ, P.B. Vers un nouveau statut des groupes de sociétés, Gaz. Pal. 25–27 mai 1975.
- DELAISI, P. Les groupes de sociétés dans le droit français, Gaz. Pal. 8–10 août 1971.
- L'affaire Agache-Willot et le problème général des groupes de sociétés, Gaz. Pal. 11–12 juin 1975.
- GERMAIN, MICHEL. Sociétés dominantes et sociétés dominées en droit français et en droit allemand, thèse Nancy 1974.
- GOLDMAN, B. (ed.) voir LAZARUS, etc.
- VAN HAECKE, M. Les groupes de sociétés, Paris 1959.
- HOUIN, R. Les groupes de sociétés en droit français, Rev. prat. des soc. 1972, pp. 14ss.
- JACQUEMIN, A. Le groupe de sociétés: décentralisation dans la concentration, in: LIÈGE, pp. 27–53.
- KRSJAK, P. Groupes de sociétés en droit français et allemand: évolution, Gaz. Pal. 1975, 2, Doct., pp. 485ss.
- LAZARUS/LEBEN/LYON-CAEN/VERDIER. L'entreprise multinationale face au droit, Librairies techniques, Paris 1977.
- LEBLOND, J. Une lacune importante dans la proposition de loi COUSTÉ sur les groupes de sociétés et la protection des actionnaires, Gaz. Pal. 21–23 avril 1971.
- MAZEAUD, L. Die rechtliche Behandlung der Unternehmenszusammenfassungen in Frankreich; Kartell- und Konzernrecht des Auslandes, H. 1, Berlin 1927.
- NAACKE, H. Le droit français des groupes de sociétés, thèse de la Faculté de droit Jean Moulin, Lyon III, 1977.
- OPPETIT, B./SAYAG, A. Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés, Rev. soc. 1973, pp. 577ss.
- PAILLUSSEAU, J. Les groupes de sociétés – Analyse du droit positif français et perspectives de réforme, Rev. trim. dr. comm. 1972, pp. 813ss.
- Faut-il, en France, un droit des groupes de sociétés (à propos de la proposition de loi COUSTÉ)? J.C.P. 1971, I, N° 2401^{bis}.
- RODIÈRE, R. La protection des minorités dans les groupes de sociétés (sur la proposition de loi N° 1055 du 9 avril 1970), Rev. soc. 1970, pp. 243ss.
- ROUSSEAU, P. Groupes de sociétés et actionnaires externes, thèse Poitiers 1972.
- SINAY, R. Vers un droit des groupes de sociétés, Gaz. Pal. 1967, I, pp. 70–86.
- Droit des groupes de sociétés. Analyse et propositions. Centre de droit des affaires de Rennes et Association française des juristes d'entreprises; Librairies techniques, Paris 1972.
- Propositions de loi N° 1055 (9 avril 1970) et N° 1211 (1974): propositions COUSTÉ.

EWG/CEE

- BAYER, WILHELM F. Europäische Vertragskonzerne und europäisches Gesellschaftsrecht, in: Festschrift für Ernst Gessler zum 65. Geburtstag, München 1971, pp.227–243.
- BURCHARD, F./HÜPPE, U. Das Konzernrecht der Europäischen Aktiengesellschaft – Vergleich und Auswirkungen auf deutsches Aktienrecht, in: Freundesgabe für Hans Hengeler zum 70. Geburtstag, Berlin 1972, pp.46–63.
- DABIN, L. Faut-il réglementer les groupes de sociétés dans le statut des sociétés anonymes européennes? in: Quo vadis, jus societatum? Liber amicorum Pieter Sanders, 21. September 1912–1972, Deventer 1972, pp.27–35.
- GESSLER, E. Das Konzernrecht der S.E., in: Die Europäische Aktiengesellschaft, Berlin 1976, pp.275–311.
- GLEICHMANN, K. Überlegungen zur Gestaltung eines Konzernrechts in den Europäischen Gemeinschaften, in: Quo vadis, jus societatum? Liber amicorum Pieter Sanders, 21. September 1912–1972, Deventer 1972, pp.49–57.
- GLEICHMANN, K./CATHALA, T. Le Statut des sociétés anonymes européennes selon la proposition de la Commission des Communautés européennes, Rev. soc. 1972, pp.7 ss (spéc. 64–72).
- GOERDELER, R. Überlegungen zum europäischen Konzernrecht, ZGR 1973, H. 4, pp.389–409.
- IMMENGA, U. Konzernverfassung ipso facto oder durch Vertrag? Zum Stand der Konzernrechtsdiskussion in der Europäischen Gemeinschaft, Europarecht 1978, H. 3, pp.242–258 (cit.: Konzernverfassung).
- KEUTGEN, G. Le droit des groupes de sociétés dans la CEE, Bruxelles 1973.
– Vers un droit européen des groupes de sociétés, in: Rev. de droit international et de droit comparé, N° 3–4, 1972, pp.122–150.
- LUTTER, M. Vers un Konzern contractuel européen, Rev. trim. dr. comm. 25, 1972, N° 1, pp.1–20.
- NETTA, F. Das Recht der verbundenen Unternehmen im Vorschlag eines Statuts für die Societas Europaea, Diss. Bochum 1974.
- VAN OMMESLAGHE, P. Rapport introductif sur la coordination des garanties exigées des sociétés pour protéger les intérêts des associés et des tiers en matière de groupes de sociétés, in: Revue pratique des sociétés civiles et commerciales 1965, pp.153 ss.
- REICHARD, D. Entwicklungen im europäischen Konzernrecht, DB 25, 1972, N° 1, pp.27–31.
- RODIÈRE, R. Réflexions sur les avant-projets d'une directive de la Commission des Communautés européennes concernant les groupes de sociétés, Recueil Dalloz 1977, Chron., pp.137 ss.
- SANDERS, P. Projet de statut d'une société anonyme européenne, in: Publication de la CEE, Série concurrence N° 6, 1967.
– Les groupes de sociétés européens et le projet d'une société anonyme européenne, in: Cahiers de l'Institut Jupiter, Droit et Affaires, N° 177, Doc. 19/70 du 15 juin 1970.
- SCHILLING, W. Bemerkungen zum europäischen Konzernrecht, ZGR 1978, pp.415–423 (cit.: ZGR 1978).
- SINAY, R. Le droit des groupes dans le projet de statut des sociétés anonymes européennes, Gaz. Pal. 27 avril et 3 mai 1968.
– Vers un droit des groupes de sociétés. L'initiative allemande et le Marché Commun, Gaz. Pal. 1967, 1, Doct., pp.70 ss.
- WÜRDINGER, H. Eingliederung und Beherrschungsvertrag – Zwei Instrumente der Unternehmenszusammenfassung, in: Quo vadis jus societatum? Liber ami-

- corum Pieter Sanders, 21. September 1912–1972, Deventer 1972, pp. 259–267.
- Das Konzernrecht des Statuts für Europäische Aktiengesellschaften, DB 1975, pp. 1733 ss.
 - Die Konzernregelung im Statut der «Societas Europaea» und die Harmonisierung der nationalen Rechte in den Europäischen Gemeinschaften, Europarecht 1974, H. 1, pp. 25–35.
 - Rapport sur les sociétés liées, Doc. 15.524/XIV/70.
- Proposition d'un règlement du Conseil portant statut des sociétés anonymes européennes, du 24 juin 1970. Supplément au Bulletin 8/1970 des Communautés européennes.
- Proposition modifiée d'un règlement du Conseil portant statut des sociétés anonymes européennes, présentée par la Commission au Conseil le 13 mai 1975. Bulletin des Communautés européennes, Supplément 4/75.
- Avant-projets d'une directive de la Commission concernant les groupes de sociétés. Doc. XI/328/74 (partie I) et Doc. XI/593/75 (partie II).

Andere Länder und allgemein/Autres pays et divers

- BAUSCHKE, H.-J. Grenzen der Rechtspersönlichkeit juristischer Personen im englischen Gesellschaftsrecht, Heidelberg 1975.
- CONARD, A.F. Corporations in Perspective, Mineola N.Y. 1976.
- FLORENCE. Multinational Corporations in European Corporate and Antitrust Laws, Colloquium at the European University Institute, ed. KLAUS J. HOPT (in Vorbereitung).
- GENÈVE. Colloque international sur le droit international privé des groupes de sociétés, Etudes suisses de droit européen, Vol. 14, Genève 1975.
- HADDEN, T. Company Law and Capitalism, London 1972 (spéc. pp. 287–299).
- HÖLZLER, H. Der Einfluß des Gesellschaftsrechts auf die Konzentration in den USA, Schriften zur Konzentrationsforschung 6, Tübingen 1974.
- KEUTGEN, G. Les groupes au regard du droit belge des sociétés, Liège, pp. 89–138.
- KONDER COMPARATO, F. Les groupes de sociétés dans la nouvelle loi brésilienne des sociétés par actions, in: Revue internationale de droit comparé 30, 1978, pp. 791–810. – Derselbe Aufsatz deutsch in ZGR 8, 1979, pp. 583–607; anschließend pp. 608–635 Abdruck der neuen Bestimmungen portugiesisch/deutsch.
- LIÈGE. Les groupes de sociétés, XXV^e séminaire de la Commission Droit et Vie des Affaires, organisé à Liège les 19, 20 et 21 octobre 1972, Faculté de droit de Liège, La Haye 1973.
- MORERA, R. Les formes juridiques adoptées par les groupes en Italie, in: Cahiers de l'Institut Jupiter, Droit et Affaires, N° 190 du 1.2.1971, Doc. 3/71.
- RENNES. Droit des groupes de sociétés – Analyse et propositions, Centre de droit des affaires de Rennes et Association française des juristes d'entreprises, Librairies techniques, Paris 1972.