

7

I

LA CONCENTRACION DE EMPRESAS

DANIEL DESURVIRE

.....

IV CONGRESO DE DERECHO SOCIETARIO
20, 21, 22 Y 23 DE MAYO DE 1986

UNIVERSIDAD DE MENDOZA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y
SOCIALES

.....

(Versions espagnole et française)

INTRODUCCION

La concentración de empresas civiles o comerciales engendra varios aspectos técnicos y psicológicos que no podríamos identificar y catalogar brevemente pero podemos tratar de destacar los modelos más corrientes que siguen las empresas para estructurarse y agruparse. Así, distinguiremos por una parte la expresión de grupo concluida entre empresas jurídicamente distintas y por otra parte, de una manera más sinóptica la fase económica relativa a los grupos de empresas reunidas con fines de cooperación industrial y comercial.

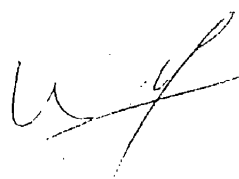
En el primer capítulo de esta análisis jurídicas, estudiaremos en prioridad a través el espíritu de asociación, la noción de compartimiento de intereses que cobra la alianza ; alianza que se subordina a las obligaciones contractuales que impone la reglamentación del autocontrol. Luego, en segundo lugar, discerniremos la naturaleza de los lazos que unen o retienen las empresas entre sí ; los unos teniendo únicamente un valor de contrato como por ejemplo los agrupamientos de intereses, los otros poseyendo además el aspecto patrimonial cuya importancia resulta ser más o menos determinante según que se expresa o no la deriva de los capitales entre las empresas.

La imbricación de empresas lleva al legislador a reglamentar los tipos de osmosis características a través las cuales se ejerceran las distinciones fiscales, sociales, y sobre todo económicas.

En cuanto a la capacidad de grupo, solo la concentración vertical parece ser la más provechosa en términos de explotación industrial y comercial cuando se traduce por el control de la producción y de los circuitos de distribución. En efecto, la concentración conglomeral no tiene como vocación de orientar el imperio financiero del grupo, en la estrategia de una economía competitiva. Tiende esencialmente a diversificar las inversiones. Mientras que la concentración horizontal al contrario hace correr el riesgo de una movilización intensa de una red comercial convirgiendo hacia un producto o hacia un servicio, lo que podría provocar la absorción excesiva de un mercado cerrado a la competencia.

En un plan social, la economía de un país depende del empleo en las empresas, verdadera riqueza humana a la que se subordina el concepto patrimonial de toda potencia democrática en expansión. Ahora bien, la concentración de empresas modifica el panorama del empleo ya que tendrá que adaptarse a un nuevo ideal interempresas en relación directa o indirecta con los empleadores cuyos intereses convergen pero cuya polaridad es diferente.

Daniel DESURVIRE.



- 1 -

LA CONCENTRACION DE EMPRESAS

La noción de alianza interempresas se aplica también a la idea de extensión económica por la presión de mercado. Sin embargo, la concentración de poderes y la dispersión de capitales siguen siendo los vectores más incitativos que, tradicionalmente, jalonan el trayecto algo " abigarrado " del porvenir industrial y comercial de empresas de grupo. Las razones principales por las que empresas llegan a ser dependientes se expresan aislada o simultáneamente ; o para enfrentarse con las dificultades económicas de la competencia, o porque las atraen astucias jurídicas, o también porque quisieran imponerse en el mundo capitalista.

I- La constitución de grupos de empresas o la presunción de grupo en el derecho positivo francés :

A- Tipos de osmosis : La concentración de empresas es distinta de la noción de fusión en el derecho pero en la realidad no es el caso. Ya que se opone la idea de convenio comercial a la de propiedad (1) las concesiones económico-jurídicas no hacen olvidar la identidad social de las empresas ligadas entre sí sino que condicionan la entidad dirigente sobre la empresa detenida. El grado de dependencia patrimonial de empresas subtratadas por una empresa dominante, está expresado en los artículos 354 y 355 del título VIII del Código de comercio en derecho francés. Las nuevas disposiciones de la ley 85-705 del 12 de julio de 1985 que se refieren a las participaciones detenidas en empresas por acciones vienen a confirmar en este sentido la ley n° 66-537 y determinan el lazo de filiación social entre empresas, más allá del 50 % del capital. Si el capital es inferior a 50 % hasta 10 %, la participación es obligatoria pero únicamente si las aportaciones equivalen a este porcentaje como lo indica el artículo 355-2.

a- Participaciones : Excepto la tasa de absorción de las acciones o de las partes, lo que diferencia la participación de la filiación se expresa por la posesión del poder en una empresa. En este caso, la participación no implica obligatoriamente la dirección de la empresa por un detentador de este tipo pero no la excluye. La empresa conserva pues su autonomía y su poder de decisión en asamblea. Sin embargo, esta libertad queda muy frágil cuando los derechos de voto exceden 40 % de los votos y que ninguna otra empresa reivindica una tasa superiora. Se supone entonces que la empresa o el accionista poseen el poder y el control de aquella empresa. Además, se estipula en el artículo 355.2 que toda participación aún inferior a 10 % por una empresa controlada está considerada como estando detentada indirectamente por la empresa que la controla. Así, la transmisión de los votos puede efectuarse gracias a los intereses comunes entre las filiales actuando por la cuenta de una empresa dominante. Dividida cruelmente entre la aportación de partes o de acciones con único objetivo de invertir, y la constitución de capitales mayoritarios que permitirían acceder al control de una empresa, la participación de empresa queda el trampolín ideal para toda especie de combinaciones

- 2 -

posibles al interior de un grupo de empresas. De ahí, conviene distinguir la participación recíproca de la participación mayoritaria o no. (2) Sin embargo, la captación patrimonial de la empresa principal efectuada simultáneamente con sus filiales ya no puede pasar inadvertida conforme a los artículos 356 a 356.3 que tratan de la superación de la tasa de los 10 % del caudal de una empresa. Además de la publicidad hecha por la cámara sindical de los agentes de cambio y bolsa, un informe es presentado a los socios, informe en el que se indican las operaciones del ejercicio así como las modificaciones " in vitro " ocurridas en las empresas detentadas o dominantes. La toma de participación de capitales realizados al interior de varias empresas tanto diversifica como alivia la empresa dominante de la carga de la gestión social, opacando al mismo tiempo a veces voluntariamente la transparencia de la estrategia económica empleada a espaldas de los accionistas, por el intermediario de empresas dominadas. Los capitales instilados con precaución y parsimonia, según las necesidades comerciales e industriales así adquieren más seguridad, lo que no ocurriría si se tratase de la concentración de un patrimonio social o privado invertido en una sola empresa (cf gráfico concentración conglomeral.)

Este procedimiento de autocontrol parcelario resulta de un gran interés desde el punto de vista de la organización del grupo así constituido. Pero, a contrario, la asociación dirigida bajo una sola férula puede llevar por el efecto de Esope, a la busca incontrolada y así al abuso de provechos que no hubieran vuelto a ser investidos. Podemos notar a este propósito que la ley de finanzas de 1986 se ha fijado en esto mayorando de 5 % el impuesto sobre las empresas, los provechos no vueltos a ser investidos. En fin numerosos observadores llamaron la atención de los servicios públicos el peligro que constituye las participaciones recíprocas entre varias empresas. En este caso, por el sistema de circulación rápida de acciones de una empresa a otra, ese movimiento financiero confuso desembocaba a veces en la fictividad de capitales a costa de los intereses de los accionistas, procedimiento perjudicial también a los acreedores en ausencia de toda garantía de patrimonio social. Gracias a la ley n° 85-705 del 12 de Julio de 1985 ya resulta imposible a una empresa por acción títulos de valor en otra empresa, si ésta posee ya una fracción de su capital superior a los 10 % (artículo 358 del código de comercio,) la rectitud de esta ley ha acabado con toda posibilidad de deformarla, previendo en el artículo 359 que : " si una empresa que no fuese una empresa por acción cuenta entre sus socios una empresa por acción poseyendo una fracción de su capital superiora a los 10 %, no puede poseer acciones emitidas por ésta." (3)

b- Filiaciones : Si el capital poseído por una empresa sobre una empresa filial corresponde a la mayoría absoluta de ésta, hay mayoría de derecho. Mas si la asamblea reunida solo cuenta con una representación a mayoría relativa, en la medida en que los estatutos lo preven, la decisión de gestión puede corresponderla a la minoría presente. Así, la evocación de la filiación oculta por la práctica del absentismo o de la procuración de poderes en blanco,

- 3 -

no es vana en cuanto al principio discutible de mayorías truncadas. El espíritu de grupo aunque mayoritario de derecho puede ser afectado en su poder de decisión cuando la dirección de las asambleas se le va de las manos y por consiguiente la nominación de los órganos de gestión y de control. Aunque la constitución jurídica de las empresas filiales es más "transparente" que la de las participaciones en la empresa, la filiación mayoritaria comanditada por la empresa dominante permite a veces en el enredo de combinaciones astutas entre la empresa secundaria y la o las empresas intercaladas, la toma de poderes indirecta, con ayuda de una minoría efectiva de capitales venidos a ser mayoritarios de hecho. Así es por lo que, tras el aislamiento ficticio de empresas ligadas al nivel económico, los magistrados tienen a menudo que buscar el lazo jurídico con arreglo al procedimiento de las quiebras. Ipso facto, la liquidación judicial puede extenderse al grupo, una vez probada su unidad y su correlación en la responsabilidad de un fallo del sistema. Este fenómeno adicional del consenso de grupo puede provocar ostensiblemente la atracción de beneficios de una empresa hacia otra empresa. Los tribunales tendrán pues que demostrar la solidaridad que pesa sobre el grupo por la abnegación de las libertades de las empresas a las que está conferida la autoridad de la empresa dominante.

B- Modos de adquisición de partes o acciones : La adquisición de una parte del capital de una empresa por otro se puede de realizar sin el intermediario de un agente de cambio y bolsa, únicamente cuando la empresa compradora ya posee más de 20 % del capital de la otra. De la simple inversión a la toma de poderes, la penetración de una empresa por otra se puede efectuar simultáneamente a la creación de una empresa o por la suscripción en aumento del capital de la empresa mentada o también por la compra de una gran parte de acciones que deben formar parte del procedimiento de las ofertas públicas de compra. Sin embargo, subsisten ciertos tipos de acciones a dividendo prioritario relativas a la orientación del ahorro hacia la inversión de empresa (ley n° 78-741 del 13 de julio de 1978,) cuya compra no constituye un derecho de voto ni tampoco permite que estas acciones se inscriban en el cálculo de la tasa que permite determinar la participación o la filiación.

C- La consolidación de las cuentas : Confirmada por la ley n° 85-11 del 3 de enero de 1983, la séptima directiva del Consejo de las comunidades europeas tiende a flexibilizar el procedimiento de consolidación de las cuentas y concomitantemente a mejor garantizar los intereses de los socios de empresas que ejercen sus actividades al interior de un grupo. Mientras que la reglamentación francesa se aplica a todos los tipos de empresas comerciales perteneciendo a un grupo, el artículo 54.3.9 del convenio de Rome, se aplica únicamente en este sentido a las empresas de capitales. En el eje de los criterios de consolidación, (artículo primero y 357.1) tres formulas determinan los tipos de relaciones entre las empresas :

- La integración global se aplica a las empresas colocadas bajo el control exclusivo de la empresa dominante.

- 4 -

- La puesta en equivalencia resulta de la influencia presunta de una empresa que dispondría por lo menos de 20 % de los derechos de voto.

- La integración proporcional se ejerce de una manera igual entre la empresa dominante y los socios.

Pero a través del enredo de las características constituyendo la trama de las relaciones de patrimonio entre empresas imbricadas unas con otras el conjunto de reglas ponderadas en armonía con los aspectos supuestos se adoptará siempre aunque sean dudosas su sinceridad y su regularidad. Así, con una idea de información y de aclaración las cuentas reforzadas edificadas sobre los informes de gestión, están simultáneamente comunicadas a los interventores de cuentas, a las empresas consolidantes con socios sin olvidar las empresas satélites que gravitan en el campo de aplicación de esta ley.

Gracias a las aclaraciones proporcionadas por la legislación francesa en materia de derecho de las empresas, no cabe duda que el ejemplo que suscita provoca el interés europeo con objeto de ensanchar la experiencia adquirida en este sector. Sin embargo, si por su peso el régimen fiscal francés es menos competente y sin comparación con el de la comunidad, los unos tendrán que inspirarse de los otros para realizar juntos los fundamentos económicos de la Europa de hoy, de su industria y de su comercio.

II- Los proyectos de empresas anónimas europeas, sus aspectos económicos, jurídicos y sociales :

A- Los límites : Con la proposición de un estatuto de empresas anónimas europeas formulada en Bruselas el 24 de junio de 1970, la unicidad de un régimen jurídico de empresa con dimensiones internacionales, reanuda el tema de un informe preliminar establecido en 1952 en la conferencia de la International Law Association y que conviene con dos proyectos de " empresas europeas. No obstante, la experiencia de un cierto número de empresas que ya han puesto en práctica este proyecto por medio de convenciones en materia de derecho internacional público ; (S.A. del Monte Blanco, Eurofina, Eurochimic etc.) El atractivo de unos privilegios fiscales, de un contexto social y psicológico favorable, y de regímenes monetarios favorables también a ejemplo de la logística oportunista de los trusts multinacionales, queda una de las características esenciales dentro del marco de las concesiones susceptibles de desarrollar la pluralidad cosmopolita al interior de la empresa. Sin embargo, la cooperación de empresas no competidoras sino complementarias obrando en el espacio europeo y cuya formación de grupo no tiene nada que ver con cierto tipo de dependencia patrimonial de derecho no se puede comparar con el sistema rigiendo ciertos diplodocos de tipo holding o cártel cuyo imperio constituye a veces un estado dentro del estado. Esos monstruos financieros, por la importancia y la complejidad de su implantación capaz de trastornar los mercados de cambio y la política internacional no tienen por vocación de someterse a un sistema jurídico sino de crear obligaciones que pueden ir hasta influir en la soberanía nacional de los países así

- 5 -

implantados. En contraste, con el fin de unir y de concordar, la " sociedades europeas " sólo quiere satisfacer las exigencias por el respeto de las instituciones comunitarias en las que se ejerce esta asociación industrial y comercial.

B- Disposiciones : El primer obstáculo jurídico es el instrumento de cohesión para permitir la movilidad y el traslado de las sedes de las empresas para operaciones de fusión o de concentración. La obligación de optar por una legislación internacional prueba hasta qué punto la busca de reglas comunes depende de lo que habrá escogido un quorum político, elección que deberá aparecer como la expresión de un consenso político promocional. También, es importante el factor fiscal, de allí el riesgo de implantación masiva de sedes sociales en territorios que ofrecen el régimen más favorable como por ejemplo el del principado de Monaco. Además, hace falta considerar la representación de los asalariados por la creación de comités europeos de empresas y la ratificación de convenciones colectivas del trabajo a escala de la importancia de la implantación de las empresas en conformidad con la legislación del trabajo vigente en el territorio. En fin, el papel económico y monetario de cada uno de los miembros de la comunidad podrá determinar el grado de "proliferación" y de incremento dinámico de la empresa anónima europea.

C- Grupo de empresas europeas : La nueva entidad económica del grupo en conformidad con el espíritu de la empresa europea debe respetar el criterio ya admitido para toda forma de proyecto de empresa en Francia,(4) se trata del principio de unicidad y de solidaridad de la dirección de los compromisos a los que se subordina la responsabilidad contractual de los dirigentes y esto para asegurar la protección de los accionistas. Fortaleciendo el lazo jurídico de las empresas en un estado de concentración europea, menor es el riesgo de ver al grupo dirigido por otra empresa dominante que no fuese dotada de una reglamentación antinómica a sus intereses. Así pues, cuando se trata de las proposiciones hechas para el establecimiento de un estatuto común, cuando se presume que una empresa domina a otra o que la unidad de decisión compete a una empresa dominante, hay presunción de grupo. La empresa anónima europea tuviera pues el derecho de exigir que el Tribunal declare si es o no es una empresa dependiente en el seno de un grupo y eso en conformidad con los estatutos europeos. De hecho, la concentración de empresa, que se establezca de un modo vertical o horizontal, (véase el gráfico ; tipos de concentraciones,) necesita el reconocimiento en materia de derecho positivo, el estatuto de grupo. En el terreno nacional, la República Federal Alemana fue la primera en haber renovado su derecho de las empresas anónimas por el ; " Aktiengesetz " de 1965 y así gracias a esta innovación, se ha dotado de un derecho completo de grupos.

III- Algunos aspectos contemporáneos de la empresa de grupo en un plan europeo :

A- Sicología : Para la realización de la misión fundamental de los órganos de dirección, de administración o de vigilancia, el control por

- 6 -

la empresa dominante no debe aniquilar la potencialidad social individual de las empresas dominadas porque esto no correspondería a los intereses económicos del grupo.(5) Cabe notar además que el lazo de dependencia requiere una autonomía jurídica distinta contra los abusos de la empresa dominante provocados por la intromisión exterior de una dirección única. La legalización de una situación de hecho preexistente sólo tuviera como consecuencia de proteger las inversiones y de favorecerlas gracias a la ampliación de las garantías, la consolidación mutua de las cuentas y el fortalecimiento de la solidaridad presupuestaria común contra un fallo eventual del sistema. Sin embargo, el aniquilamiento del interés inicial de los socios colocados en posición minoritaria por el sistema de absorción de los poderes, merecería en este caso una justa compensación por la pérdida de sus derechos sociales en la empresa.

Además, la intangibilidad del patrimonio de las empresas afiliadas, garantizada por un "traspaso compensador" evitaría una huida excesiva de capitales incluso la desaparición del activo de empresas intercalarias, sin compensación para los accionistas así desposeídos de las garantías que les hubiera proporcionado una fusión franca.

B- Fiscalidad : Para que no sea estorbado el funcionamiento de los grupos, que actúan en el plan internacional, un sistema de imposición dice que se puede aplicar un "provecho mundial." Según la ley francesa del 12 de julio de 1965, esta derogación hace caso omiso de la noción de personalidad distinta para cada una de las empresas cuando constituye una masa global de sus resultados. Además, el artículo primero de la ley n° 71-1025 del 24 de diciembre de 1971 extiende el régimen del beneficio consolidado en favor de grupos exclusivamente nacionales.

C- Social : La dominación de una empresa nunca debe llevarla a inmiscuirse en la gestión interna de la plantilla de sus filiales a riesgo de reducir a nada el dispositivo de organización que elaboraron. La nueva estructuración interna de la explotación que puede efectuarse gracias a la unidad de decisión del grupo con sus filiales también ocasiona a veces consecuencias que puedan modificar el panorama del empleo. En este orden y a reserva de aplicar la legislación del trabajo, sería ilusorio tratar de modificar los antiguos principios patrimoniales de la libre empresa que llevan consigo los riesgos inherentes al mercado del empleo.

D- Directivas : Las empresas anónimas de vuelo internacional no pueden aumentar su potencia industrial sin aumentar su dominación plutocrática y por consiguiente su influencia política y comercial. Esta penetración económica es una de las preocupaciones de los poderes públicos. Ahora bien, ni siquiera conviene el sistema monetario europeo (European Currency Unit,) ni tampoco puede el obstáculo fronterizo estigmatizar el entorpecimiento tribal resultante de un precepto anticuado e impregnado de proteccionismo larvado.

- 7 -

Para que la expansión económica sea adaptada a las pretensiones geo-ideológicas del estrategia macro-europeo, originado por el mercado común agrícola el 25 de marzo de 1957, es preciso ofrecer a la industria nuevos horizontes jurídicos en el marco del derecho de las empresas. Y esto por la ratificación de un estatuto fiable para todos los partners y con una cuerda dominación exhaustiva al interior de los grupos de empresas.

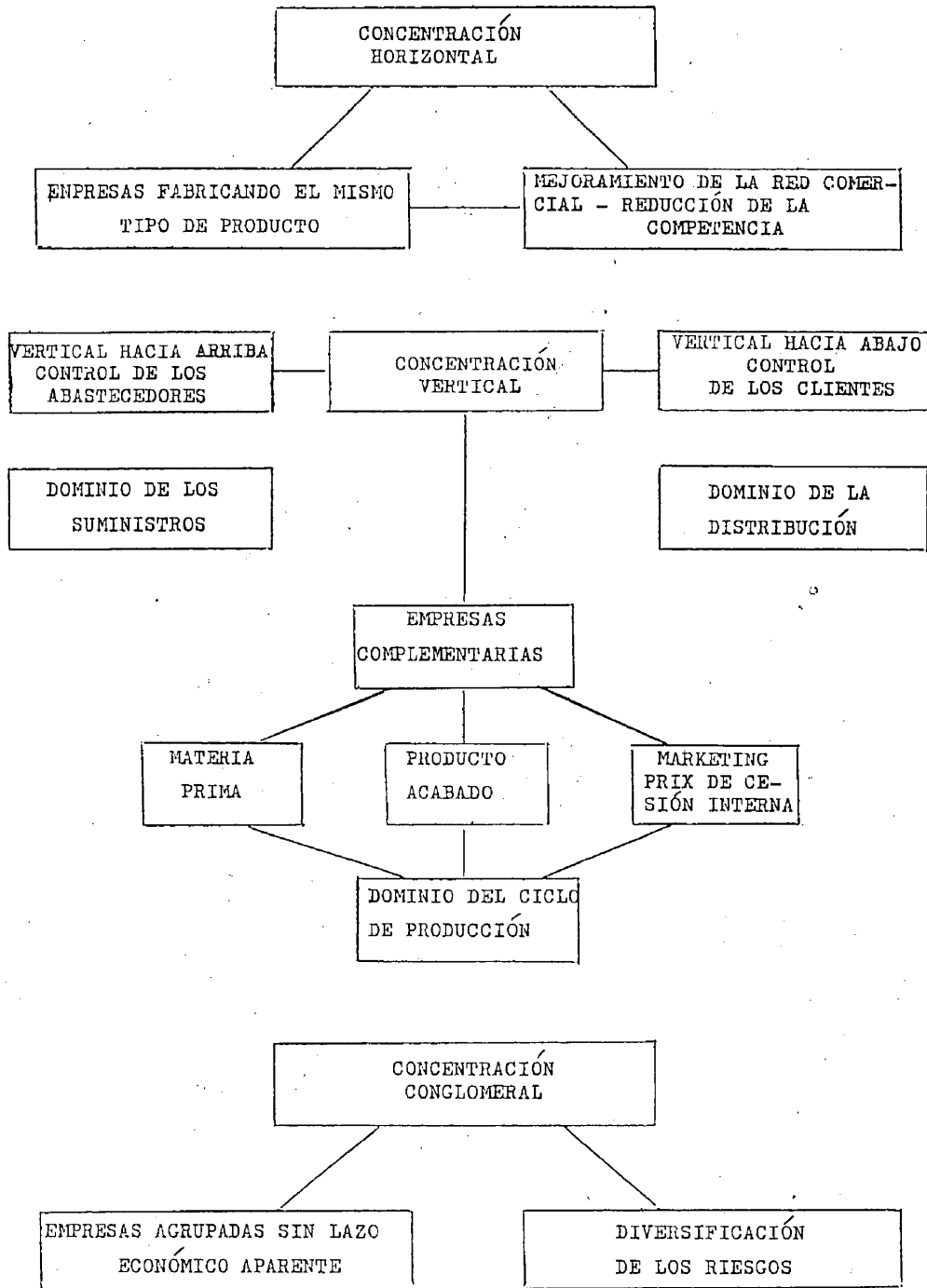
Con deseo de garantizar las libertades de las empresas, y de preservar el sistema económico de la asfixia social por culpa de algún mercantilismo maltusiano, el exorcismo del poder de control de las administraciones sobre las empresas no podrá efectuarse bien sin que sea afirmada la no ingerencia de consorcios económicos para los asuntos públicos competentes de la soberanía del Estado.

Daniel DESURVIRE.

NOTAS

- (1) Los agrupamientos de intereses económicos (G.I.E.) los contratos de franquicia, los convenios, son unas cuantas formas jurídicas que el aspecto patrimonial de la concentración de empresa no tiene en cuenta.
- (2) Aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprise ; ed. CUJAS página 87 y siguientes. Filiales et participations, Jean Guyénot.
- (3) Véase Gilles Flores & Jacques Mestre, " La réglementation de l'auto-contrôle," comentario de la ley n° 85-705 del 12 de julio de 1985, Revue des Sociétés 1985-775.
- (4) Comisión presidida por M. René Pleven, proyecto de ley n° 1 003, proposición de ley n° 1 055 y 1211 sobre los grupos de empresas y la protección de los accionistas, de terceros y de la plantilla. Revue des sociétés n° 1 enero-marzo de 1972 ; el estatuto de las empresas anónimas europeas, Karl Gleichmann et Thierry Catzala.
- (5) Artículo 86, alinea primero del tratado de la CEE. Se admite generalmente que empresas pueden tener una posición dominante si se encuentran en situación de " oligopole, " en el contexto de un mercado potencial. Por analogía, la política de desarrollo interno de una empresa detenida se ve proscrita en cuanto no corresponde a los criterios de competencia impuestos por los intereses de la dirección de grupo.

TIPOS DE CONCENTRACIÓN DINÁMICAS



INTRODUCTION

La concentration de sociétés civiles ou commerciales engendre plusieurs aspects techniques et psychologiques que nous ne saurions succinctement identifier et répertorier, sinon mettre en exergue les profils les plus courants derrière lesquels se structurent et se regroupent les entreprises. Nous distinguerons donc d'une part, l'expression de groupe conclue entre sociétés juridiquement distinctes, et d'autre part, de manière plus synoptique, la phase économique relative au groupement de sociétés réunies à des fins de coopération industrielles et commerciales.

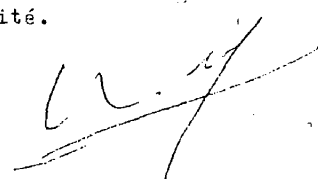
Vu au chapitre premier de l'analyse juridique, nous apprécierons en priorité à travers l'esprit d'association, la notion de partage d'intérêts que revêt l'alliance ; celle-ci se subordonnant aux obligations contractuelles en avant de la réglementation de l'autocontrôle. Puis en second lieu, nous discernons la nature des liens, qui unit ou retient les sociétés entre-elles ; les uns ayant uniquement valeur de contrat tels que les groupements d'intérêt économique par exemple, les autres ajoutant l'aspect patrimonial dont l'importance revêt aussi des degrés plus ou moins déterminants selon que s'exprime la dérive des capitaux entre sociétés.

L'enchaînement, voire l'imbrication de sociétés dans leurs assises et applications, conduit le législateur à devoir réglementer les types d'osmoses caractéristiques à travers lesquels s'exerceront les discernements fiscaux, sociaux et plus particulièrement économiques.

S'agissant de la capacité de groupe, seule la concentration verticale paraît être la plus profitable en termes d'exploitation industrielle et commerciale, lorsqu'elle se traduit en amont comme en aval, par la maîtrise de la production et des circuits de distribution. En effet, la concentration conglomérale n'a pas pour vocation d'orienter l'empire financier du groupe, dans le faisceau stratégique d'une économie compétitive. Elle vise essentiellement à diversifier les placements au mieux, investir. Tandis que la concentration horizontale fait naître à l'inverse, le risque de mobilisation intense d'un réseau commercial convergeant sur un produit ou un service, ce qui peut déboucher sur l'absorption excessive d'un marché fermé sur la concurrence.

Sur un plan social, la substance de l'économie d'un pays, passe inéluctablement par l'emploi dans les entreprises ; véritable richesse humaine dont se subordonne dorénavant le concept patrimonial de toute puissance démocratique en expansion. Or, la concentration d'entreprises modifie d'autant le panorama du travail, puisque celui-ci sera conduit à devoir s'adapter à un nouvel idéal interentreprises, en relation directe ou indirecte avec des employeurs en convergence d'intérêts mais en divergence de polarité.

Daniel DESURVIRE.



FALTA PÁGINA

- 1 -

LA CONCENTRATION D'ENTREPRISES

La notion d'alliance interentreprises recouvre l'idée générique d'extension économique par la préhension des marchés. Néanmoins, la concentration des pouvoirs et la dispersion des capitaux restent les vecteurs les plus incitatifs qui, de tradition séculaire, jalonnent le parcours quelque peu bigarré du devenir industriel et commercial des sociétés de groupes. Les raisons essentielles pour lesquelles plusieurs sociétés deviennent dépendantes les unes aux autres, s'expriment isolément ou simultanément ; soit pour parer aux difficultés économiques de la concurrence et de l'investissement, soit par l'attrait de commodités usant d'astuces juridiques appropriées à l'affût d'une législation quelquefois défailante, ou encore par la volonté d'abonder puissamment dans le monde capitaliste.

I- La constitution de groupes de sociétés ou la présomption de groupe en droit positif français :

A- Types d'osmose : La concentration d'entreprises est différente de la notion de fusion en droit, mais pas en fait. Comme s'oppose l'idée de contrat commercial à celle de propriété, (1) les concessions économique-juridiques n'effacent pas l'identité sociale des entreprises liées entre-elles, mais conditionnent l'entité dirigeante sur la société détenue. Le degré de dépendance patrimoniale des sociétés sous-traitées par une société dominante, s'articule autour des articles 354 et 355 du titre VIII du Code de commerce en droit français. Les nouveaux aménagements de la loi n° 85-705 du 12 juillet 1985 relative aux participations détenues dans les sociétés par actions, renforçant en cela la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, déterminent le lien de filiation sociale entre sociétés au-delà de 50 % du capital. En-dessous et jusqu'à 10 %, il y a participation étant entendu que ce taux plafonne les apports en placement sous réserve de l'article 355-2.

a- Participations : Hormis le taux d'absorption des actions ou des parts, ce qui différencie la participation de la filiation s'exprime par la possession du pouvoir dans une société. Dans ce premier cas de figure, la participation ne désigne pas d'office la direction de la société à un détenteur de ce type, mais ne l'exclut pas. La société dans cette hypothèse, conserve son autonomie et son pouvoir de décision en assemblée. Mais cette liberté reste bien fragile au demeurant, lorsque les droits de vote excèdent 40 % des voix et qu'aucune autre société ou actionnaire n'en revendique un taux supérieur. La société ou l'actionnaire participant est alors présumé avoir le pouvoir et le contrôle de ladite société. De plus, il est stipulé à l'article 355.2, que toute participation même inférieure à 10 % par une société contrôlée, est considérée détenue indirectement par la société qui contrôle cette dernière. Ainsi, le transfert des voix peut s'opérer par simple glissement des intérêts communs de filiales

(1) Les groupements d'intérêt économiques (G.I.E.,) les contrats de franchise, les ententes, louages de brevets etc. sont autant de formes juridiques qui échappent à l'aspect patrimonial de la concentration d'entreprise.

- 2 -

agissant pour le compte d'une société dominante. Partagé entre l'apport de parts ou d'actions dans le seul but d'investir, et la constitution avoué de capitaux majoritaires propres à accéder au contrôle d'une société ; la participation d'entreprise reste le tremplin idéal à toutes sortes de combinaisons possibles à l'intérieur d'un groupe de sociétés, d'où il conviendra de distinguer la participation réciproque de la participation majoritaire ou non. (1) Néanmoins, la captation patrimoniale de la société-mère opérée de concert avec ses filiales, ne peut plus désormais passer inaperçue en vertu des articles 356 à 356.3 s'agissant du franchissement du seuil des 10 % des capitaux d'une société. En plus de la publicité faite par la chambre syndicale des agents de change, un rapport est présenté aux associés sur les opérations de l'exercice ainsi que des modifications in vitro intervenues dans les sociétés détenues ou dominantes. La prise de participation en chaîne de capitaux réalisés à l'intérieur de plusieurs sociétés, diversifie autant qu'elle déleste la société dominante de la charge de gestion sociale, tout en opacifiant parfois volontairement, la transparence de la stratégie économique employée à l'insu des actionnaires, par sociétés dominées interposées. Les capitaux instillés avec précaution et parcimonie au gré des besoins commerciaux et industriels, gagnent en sécurité, par opposition à la concentration d'un patrimoine social ou privé investi dans une seule société (voir graphique ; concentration conglomerale.)

Ce procédé d'autocontrôle parcellaire dégage un grand intérêt du point de vue de l'organisation du groupe ainsi constitué. Mais à contrario, l'association conduite sous la férule d'une main unique, peut conduire par l'effet d'Esape, à la recherche incontrôlée donc l'abus de profits non réinvestis. Nous noteront au passage que la loi des finances 1986 a parfaitement entendu le message en majorant de 5 % de l'impôt sur les sociétés, les profits non réinvestis. Enfin de nombreux observateurs ont retenu l'attention des pouvoirs publics sur le danger que constitue les participations réciproques entre plusieurs entreprises. En l'occurrence, par le jeu croisé des actions circulant rapidement d'une société à l'autre, cette rotation financière dans la confusion, conduisait parfois à la fictivité des capitaux au dépend des intérêts des actionnaires, procédé préjudiciable aussi aux créanciers en l'absence de garantie de patrimoine social. Par la loi n° 85-705 du 12 juillet 1985, il n'est plus rendu possible à une société par action de posséder des titres de valeur auprès d'une autre société, si cette dernière détient déjà une fraction de son capital supérieur à 10 % (article 358 du Code de commerce.) La justesse de cette loi a épuisé toute possibilité la contournant en prévoyant à l'article 359 que : " si une société autre qu'une société par actions compte parmi ses associés une société par action détenant une fraction de son capital supérieur à 10 %, elle ne peut détenir d'actions émises par cette dernière. (2)

(1) Aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprise ; édition CUJAS page 87 et s. Filiales et participations, par Jean GUYENOT.

(2) cf Gilles FLORES et Jacques MESTRE, " La réglementation de l'autocontrôle " commentaire de la loi n° 85-705 du 12 juillet 1985, Revue des sociétés, 1985-775.

- 3 -

b- Filiactions : Si le capital détenu par une société dominante sur une société filiale correspond à la majorité absolue de celle-ci, il y a majorité de droit. Mais si l'assemblée réunie ne comprend qu'une représentation à majorité relative, dans la mesure où les statuts le prévoit, la décision de gestion peut revenir à la minorité présente. Ainsi l'évocation de filiation occulte par la pratique de l'absentéisme ou de la procuration de pouvoirs en blanc, n'est pas vaine sur le principe discutable de majorités tronquées. L'esprit de groupe bien que majoritaire de droit, peut être affecté dans son pouvoir de décision lorsque la direction des assemblées lui échappe et par suite, la nomination des organes de gestion et de contrôle. Bien que la constitution juridique des sociétés filiales soit plus transparente que celle des participations dans l'entreprise, la filiation majoritaire commanditée par la société dominante permet parfois dans l'écheveau de combinaisons astucieuses entre l'établissement secondaire et la ou les sociétés intercalaires, la prise de pouvoir indirect, à l'aide d'une minorité effective de voies ou de capitaux devenus majoritaires de fait. C'est pourquoi, derrière l'isolement fictif de sociétés économiquement liées, les magistrats sont souvent amenés à rechercher le lien juridique dans le cadre de la procédure des faillites. Ipso facto, la liquidation judiciaire peut s'étendre au groupe, une fois prouvé son unité et sa corrélation dans la responsabilité de la défaillance d'un maillon du système. Ce phénomène additionnel du consensus de groupe peut provoquer ostensiblement le glissement de bénéfices d'une société à l'autre. Les tribunaux auront alors à démontrer la solidarité qui pèse sur le groupe par l'abnégation des libertés de sociétés investies de l'autorité de la société dominante.

B- Modes d'acquisition des parts ou actions : L'acquisition d'une quotité du capital d'une société par une autre est réalisable sans l'intermédiaire d'un agent de change, seulement lorsque la société acheteuse possède déjà plus de 20 % du capital de l'autre. Du simple placement à la prise de pouvoir, la pénétration d'une entreprise par une autre peut s'opérer simultanément à la création d'une société ou par la souscription en augmentation du capital de la société subvisée, ou encore par l'achat d'une importante fraction des actions lesquelles doivent s'inscrire dans la procédure des offres publiques d'achat. Néanmoins, il subsiste certains types d'actions à dividende prioritaire relatives à l'orientation de l'épargne vers le placement d'entreprise (loi n° 78-741 du 13 juillet 1978,) dont l'achat ne constitue pas un droit de vote pas plus qu'elles ne s'inscrivent dans le calcul du taux déterminant la participation ou la filiation.

C- La consolidation des comptes : Renforcée par la loi n° 85-11 du 3 janvier 1985, la septième directive du Conseil des communautés européennes (CEE du 13 juin 1983,) vise à assouplir la procédure de consolidation des comptes et concomitamment de mieux garantir les intérêts des associés de

- 4 -

sociétés exerçant leurs activités à l'intérieur d'un groupe. Tandis que la réglementation française s'applique à toutes les formes de sociétés commerciales appartenant à un groupe, l'article 54.3.9 du traité de Rome, ne légifère en ce sens que les sociétés de capitaux. Dans l'axe des critères de consolidation (article 1er et 357.1,) trois formules désignent par concordance, les types de rapports entre sociétés :

- L'intégration globale s'applique aux entreprises placées sous le contrôle exclusif de la société dominante.

- La mise en équivalence résulte de l'influence présumée d'une entreprise qui disposerait au moins de 20 % des droits de vote.

- L'intégration proportionnelle s'exerce en partage de la société dominante et des associés.

Mais dans l'amalgame des caractéristiques constituant la trame des rapports de patrimoine entre sociétés imbriquées les unes aux autres, l'assortiment de règles pondérées en harmonie avec les aspects supposés, seront toujours adoptés dans le doute de la sincérité et de la régularité. Aussi, dans un esprit d'information et de clarté, les comptes consolidés bâtis sur les rapports de gestion, sont simultanément communiqués aux commissaires aux comptes, aux sociétés consolidantes à associés sans oublier les sociétés satellites gravitant dans le champ d'application de cette loi.

Par la transparence et l'affinement de la législation française en matière de droit des sociétés, nulle doute que l'exemple qu'elle suscite, retient l'intérêt européen, en vue d'un élargissement de l'expérience acquise en ce domaine. Toutefois, si par son poids le régime fiscal en France est moins performant et de loin comparable à celui de la communauté, les uns devront s'inspirer des autres pour réaliser ensemble, les fondements économiques de l'Europe, que sont l'industrie et le commerce.

II- Les projets de sociétés anonymes européennes dans leurs aspects économiques, juridiques et sociaux :

A- Les limites : Par la proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes intervenue en date du 24 juin 1970 à Bruxelles, l'unicité d'un régime juridique d'entreprise à dimension internationale, reprend le thème d'un rapport préliminaire établi en 1952 à la conférence de l'International Law Association, souscrivant à deux projets de " compagnies européennes. " Nonobstant l'expérience d'un certain nombre de sociétés ayant déjà réalisé cette expérience par le biais de dispositions conventionnelles en matière de droit international public ; (S.A. du tunnel sous le Mont-Blanc, Eurofina, Eurochemic etc.,) l'attrait de privilèges fiscaux, du contexte psycho-social, et de régimes monétaires plus favorables à l'instar de la logistique opportuniste des trusts multinationaux, reste une des caractéristiques essentielles dans le cadre des concessions de nature à développer la pluralité cosmopolite à l'intérieur de l'entreprise.

- 5 -

Demeure que la coopération de sociétés non concurrentes mais complémentaires œuvrant dans l'espace européen, et dont la formation de groupe ne relève pas nécessairement d'une dépendance patrimoniale de droit, n'est en rien comparable au système régissant certains diplotocus de type holding ou cartel dont l'empire constitue parfois un état dans les états. Ces monstres financiers par l'importance et la complexité de leur implantation propre à bouleverser les marchés d'échange et la politique internationale, n'ont pas pour vocation de se plier à un système juridique, mais de créer des contraintes économiques allant jusqu'à infléchir la souveraineté nationale des pays ainsi implantés. Par opposition, dans un but de rapprochement et d'unification, la " societas europaea " ne fait que répondre aux exigences idoines de règles par l'observance des institutions communautaires dans lesquelles s'exerce cette association industrielle et commerciale.

B- Dispositions : Au premier rang des obstacles juridiques, figure l'instrument de cohésion dans la mobilité et le transfert des sièges de sociétés pour des opérations de fusion ou de concentration. Les obligations d'opter pour une législation internationale expriment ô combien, la recherche de règles communes relève du choix d'un quorum politique sur le devant de la scène européenne, par l'expression d'un consensus politique promotionnel. Au second rang, nous trouvons l'aspect fiscal d'où le risque d'implantation massive des sièges sociaux des entreprises préférant s'établir de façon concentrationnaire sur le territoire offrant le régime le plus favorable à l'image de la Principauté de Monaco. Au troisième rang, il est nécessaire d'envisager la représentation des salariés par la création de comités européens d'entreprises, et la ratification de conventions collectives du travail à l'échelle de l'implantation des sociétés, mais en conformité avec la législation du travail existant sur le territoire. Enfin au quatrième rang, ce qui ne constitue pas un ordre décroissant des priorités, le rôle économique et monétaire de chacun des membres de la communauté, pourra déterminer la prolifération et la croissance dynamique de la société anonyme européenne.

C- Groupes de sociétés européenne : L'entité économique nouvelle du groupe dans l'esprit de la société européenne n'échappe pas au critère déjà reconnu pour toute forme de constitution d'entreprise en France, (1) s'agissant du principe de l'unicité et de la solidarité de la direction des engagements, auxquels se subordonne la responsabilité contractuelle des dirigeants et cela, pour assurer une large protection des actionnaires.

(1) Commission présidée par M. René Pleven, projet de loi n° 1003, propositions de loi n° 1055 & 1211 sur les groupes de sociétés et la protection des actionnaires et personnel et des tiers. Revue des sociétés n° 1 janvier-mars 1972 ; le statut des sociétés anonymes européennes par Karl GLEICHMANN et Thierry CATHALA

- 6 -

En renforçant le lien juridique des entreprises dans un état de concentration européenne, le risque est moins grand de voir le groupe dirigé de loin ou de près, par une autre société dominante non investie d'une réglementation antinomique à ses intérêts. Ainsi, au chapitre des propositions pour l'établissement d'un statut commun, lorsqu'une société est présumée dominée par une autre ou que l'unité de décision relève d'une société dominante, il y a présomption de groupe. La société anonyme européenne serait alors en droit de demander auprès de la Cour de justice, de déclarer si elle est une entreprise dépendante au sein d'un groupe au sens des statuts européens. De facto, la concentration d'entreprise, qu'elle s'établisse sur un mode horizontal ou vertical, (voir graphique ; types de concentrations) réclame spécifiquement la reconnaissance en droit positif, du statut de groupe. Sur un plan national, la République Fédérale Allemande a été la première à avoir rénové son droit des sociétés anonymes par l' " Aktiengesetz " de 1965 qui, par cette innovation, s'est dotée d'un droit complet des groupes.

III- Quelques aspects contemporains de la société de groupe sur un plan européen :

A- Psychologie : Dans l'accomplissement de la mission fondamentale des organes de direction, d'administration ou de surveillance, le contrôle de la société dominante ne doit pas anéantir la potentialité sociale individuelle des sociétés détenues ; ce qui ne répondrait nullement aux intérêts économiques du groupe.(1) Notons par ailleurs, que le lien de dépendance requiert un cadre d'autonomie juridique distinct contre les abus de position dominante, provoqués par l'immixtion extérieure d'une direction unique. La légalisation d'une situation de fait préexistante n'aurait d'autres conséquences que protéger les placements et favoriser les investissements incités en cela par l'élargissement des garanties, la consolidation mutuelle des comptes et le renforcement de la solidarité budgétaire commune, face à la défaillance éventuelle d'un rouage du corps. Subsiste néanmoins que l'anéantissement de l'intérêt initial des associés placés en position minoritaire par le jeu de l'absorption des pouvoirs, mériterait dans cette conjoncture, une juste compensation de la perte de leurs droits sociaux dans l'entreprise.

De plus l'intangibilité du patrimoine des sociétés affiliées, garantie par un " transfert compensateur " éviterait des glissements excessifs de capitaux, voire la disparition de l'actif des sociétés intercalaires, sans dédommagement pour les actionnaires ainsi dépossédés des garanties que leur aurait apporté une franche fusion.

B- Fiscalité : Afin que ne soit pas entravé le fonctionnement des

(1) Article 86 alinéa premier du traité de la C.E.E. On admet généralement qu'une position dominante peut être détenue par un certain nombre d'entreprises en situation d'oligopole dans le contexte d'un marché potentiel. Par analogie, la politique de développement interne d'une société détenue est frappée d'interdiction dès lors qu'elle ne répond pas aux critères de concurrence imposés par les intérêts de la direction de groupe.

- 7 -

groupes agissant sur un plan international, un système d'imposition dit : " du bénéfice mondial, " peut être appliqué. Par la loi française du 12 juillet 1965, cette dérogation fait abstraction à la notion de personnalité distincte de chacune des entreprises en constituant une masse globale de leurs résultats. De plus, l'article premier de la loi n° 71-1025 du 24 décembre 1971 porte extension du régime du bénéfice consolidé en faveur des groupes purement nationaux.

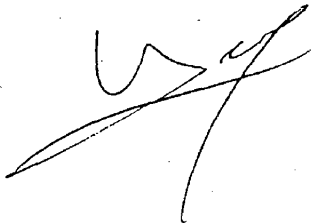
C- Social : La domination d'une société ne doit jamais conduire cette dernière à s'immiscer dans la gestion interne du personnel de ses filiales au risque de réduire " ex nihilo " le dispositif d'organisation élaboré par celles-ci. La restructuration interne de l'exploitation qui peut s'engager par l'unité de décision du groupe auprès de ses filiales, entraîne aussi parfois des conséquences de nature à modifier le panorama de l'emploi. Dans ce domaine, et sous réserve de l'application ad hoc de la législation du travail, il serait illusoire de chercher à émonder les vieux principes patrimoniaux de la libre entreprise, à laquelle sont attachés les risques inhérents au marché du travail.

D- Directives : Les sociétés anonymes d'envergure internationale, ne peuvent accroître leur puissance industrielle sans renforcer leur domination ploutocratique, ce qui par euphémisme, laisse entendre leur rayonnement sur un plan politico-commercial. Cette pénétration économique figure au premier plan des préoccupations des pouvoirs publics ; véritable poumon du devenir social à l'intérieur de notre vieux continent. Or, ni le système monétaire européen (European Currency Unit) ne convient encore, pas plus l'obstacle frontalier que stigmatise une torpeur tribale, issue d'un précepte suranné et empreint de protectionnisme larvé.

Pour que l'expansion économique soit à la mesure des prétentions géo-idéologiques du stratège macro-européen, né du marché commun agricole le 25 mars 1957, il faut ouvrir à l'industrie de nouveaux horizons juridiques dans le cadre du droit des sociétés ; et cela par la ratification d'un statut fiable à tous les partenaires, dans la sagesse d'une domination exhaustive à l'intérieur des groupements de sociétés.

Dans le vœu de garantir les libertés d'entreprise, et préserver le système économique de l'asphyxie sociale par le jeu d'un quelque mercantilisme malthusien, l'exorcisme du pouvoir de contrôle des administrations sur les sociétés, ne pourra valablement s'opérer sans que soit affirmé la non-ingérence de consortium économiques, dans les affaires publiques relevant de la souveraineté de l'Etat.

Daniel DESURVIRE.



TYPES DE CONCENTRATIONS DYNAMIQUES

