

D
Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDIRIO BULGARELLI

Redatores:

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Edição e distribuição da

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Conde do Pinhal, 80 — Caixa Postal 678 — Fax (011) 607-5802
CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

Diretor Presidente:

CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Diretor Superintendente:

ANTONIO BELLINELLO

Diretor Editorial:

JOSÉ ALAYON

Coordenadora Editorial:

MARIÂNGELA PASSARELLI

Diretor de Produção:

ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Diretor:

ROBERTO GALVANE

Gerente de Marketing: MELISSA TREVIZAN CHIBANE

Gerente de Administração de Vendas: KUNJI TANAKA

CENTRO DE ATENDIMENTO AO LEITOR: Tel. (011) 607-2433

Digitização e diagramação eletrônica: CHC INFORMÁTICA S/C LTDA., Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 2 — Tel. (011) 607-2297 — Fax (011) 606-3772 — CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil. — *Impressão:* EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 — Tel. (011) 912-7822 — CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

SUMÁRIO

DOCTRINA

- Les groupements dans la vie économique — Arnaldo Wald 5
- Conversão de ações e relação de substituição diferenciada - Luiz Gastão Paes de Barros Leães 18
- Empréstimos ou adiantamentos a pessoas ligadas. Emissão de carta de crédito a favor de exportador estrangeiro, relacionada com importação feita por empresa de *Leasing* ligada — Renato A. Gomes de Souza 24
- As sociedades limitadas e o Projeto do Código Civil — Egberto Lacerda Teixeira .. 67
- A fraude no negócio jurídico subjacente e seus efeitos quanto ao crédito documentário — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa 75
- Inexistência de “participação recíproca indireta” entre sociedades coligadas — Nelson Eizirik 83
- O moderno direito concursal — Jorge Lobo 87
- Aspectos constitucionais do sigilo bancário — Régis de Oliveira 98

ATUALIDADES

- Algumas considerações a respeito da utilização do “Trust” no direito brasileiro — Arnaldo Wald 105
- Cédula de procutu rural — CPR — Novo título circulatório (Lei 8.929/94) — Paulo Salvador Frontini 121

JURISPRUDÊNCIA

- Arguição de inconstitucionalidade — Tributário — Imposto de Renda — Lei 7.713/88 — Art. 35 — Acionista — Lucro não distribuído — Inconstitucionalidade — Eduardo Salomão Neto 127

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- A sociedade unipessoal — Waldfrío Bulgarelli 142

NOTICIÁRIO

- Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli ... 143

- ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO 144

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ARNOLDO WALD

Advogado em São Paulo e Paris; Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ; Presidente do grupo brasileiro da Association Henri Capitant; Ex-Presidente da Comissão de Valores Mobiliários — CVM; Ex-Membro do Conselho Monetário Nacional

EDUARDO SALOMÃO NETO

Advogado em São Paulo; Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

EGBERTO LACERDA TEIXEIRA

Advogado em São Paulo

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Prof. Doutor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP

JORGE LOBO

Mestre em Direito Econômico pela UFRJ; Doutor e Livre Docente em Direito Comercial pela UERJ; Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; Professor de Direito Comercial da Escola da Magistratura — EMERJ e da Escola Superior do Ministério Público do Rio de Janeiro — FEMPERJ e advogado

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

NELSON EIZIRIK

Advogado no Rio de Janeiro

PAULO SALVADOR FRONTINI

Advogado em São Paulo; Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Membro do Instituto Jurídico da Associação Comercial de São Paulo

RÉGIS DE OLIVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP

RENATO A. GOMES DE SOUZA

Advogado em São Paulo

WALDIRIO BULGARELLI

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da USP; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e "Biblioteca Tulio Ascarelli"; Instituto Paulista de Direito Agrário; Instituto dos Advogados de São Paulo e Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Paulista de Direito

DOCTRINA

LES GROUPEMENTS DANS LA VIE ÉCONOMIQUE¹

ARNOLDO WALD

Professor de droit, Président du groupe brésilien de l'Association Henri Capitant.

1. Ces derniers temps, une importante littérature s'est fait l'écho de l'opposition existant entre le modèle capitaliste anglo-saxon et le modèle germano-nippon,² de sorte que ce n'est peut-être pas par hasard, mais grâce au travail constructif d'une main invisible, que nous sommes réunis, au sein de l'Université de Tokyo, pour examiner, sous un prisme juridique, l'importance des groupements dans la vie des affaires.

2. Depuis 1980, les économistes, les sociologues et mêmes les gestionnaires discutent de l'avenir du capitalisme, du rôle de l'entreprise face à la crise mondiale, de la redéfinition de la fonction de l'Etat dans le domaine économique et de la reformulation du "welfare state", de l'État Providence.³

1. Rapport présenté aux Journées Japonaises.

2. Michel Albert, *Capitalisme contre Capitalisme*, Paris, Éditions du Seuil, 1991, passim et Lester Thurow, *Head to head*, New York, Warner Books, 1992, traduit en français sous le titre *La maison europe*, avec préface de Jacques Delors, Paris, édition de la Fondation Saind-Simon- et de Calmann-Levy, 1992, passim.

3. Guy Sorman, *L'État minimum*, Paris, Albin Michel, 1985; Jean François Revel, *Le rejet de l'État*, Paris, Bernard Grasset, 1984; Edouard Balladur, *Je crois en l'Homme plus qu'en l'État*, Paris, Flammarion, 1987 et *Genèse et déclin de l'État*, Archives de Philosophie du Droit, n. 21, 1976; Michel Crozier, *Etat modeste, Etat moderne*, Paris, Fayard, 1987.

Il est donc certainement de très bon aloi que les juristes d'une dizaine de pays puissent réunir ici l'expérience nationale de chacun d'entre eux, pour apporter leur contribution, à la lumière des leçons de la culture juridique française, en ce qui concerne l'évolution des groupements dans la vie des affaires, en s'inspirant de l'environnement japonais, dans lequel nous travaillons, dans cette très hospitalière Université de Tokyo, qui nous reçoit avec tant d'intérêt et d'enthousiasme.

3. Qu'il me soit ici permis d'évoquer la dernière réunion des Journées Henri Capitant à l'occasion de laquelle le sujet d'aujourd'hui a été traité. Je rappellerai les conclusions présentées, il y a plus de trente ans, par le Doyen Roger Houin, qui fut rapporteur général du thème "L'évolution des sociétés commerciales" lors du Congrès de 1963, qui s'est tenu à Rio de Janeiro. A cette occasion, après avoir signalé "le bouleversement des notions classiques causé par les transformations du droit des sociétés et les hésitations du législateur", le rapporteur général a considéré, avec l'acuité qui le caractérise, comme des questions fondamentales méritant d'être approfondies, la légitimité des dirigeants sociaux, la protection des actionnaires et le régime légal des groupes de sociétés.

4. En effet, M. le Doyen Houin, terminant son rapport général, prit soin d'ajouter:

“Ainsi, l'évolution des sociétés anonymes et de leur droit met ou remet en question des notions fondamentales du droit: celles de l'entreprise, de la personnalité juridique, des équilibres à établir entre les actionnaires capitalistes, les dirigeants, les salariés et même l'État qui, avec la planification, aide et surveille les grandes entreprises. Il s'agit d'un droit en pleine évolution au gré des crises et des scandales. Des réformes plus profondes sont certainement souhaitables, mais elles ne sont pas sans danger pour l'indépendance et le dynamisme des entreprises privées”.⁴

5. Trente ans plus tard, ce sont encore les mêmes problèmes essentiels qui se posent au juriste, avec de nouvelles dimensions et dans un contexte plus difficile caractérisé par sa complexité et sa sophistication.

6. Il est certain que l'entreprise a grandi dans tous les pays et que les groupements économiques se sont multipliés, prenant de nouvelles formes et ayant des dimensions beaucoup plus importantes. D'autre part, après la chute du Mur de Berlin et l'avènement de la “Perestroïka”, l'importance de l'esprit d'entreprise et de la société commerciale, du marché libre et du rôle pertinent du profit, a été reconnue dans le monde entier, que ce soit par le Souverain Pontife Jean-Paul II⁵ ou même par Mikhaïl Gorbatchev.⁶ On peut donc

même considérer cette unanimité relative comme fermant un cycle de l'Histoire, pour utiliser l'expression d'un écrivain américain.⁷

7. En effet, les grandes sociétés commerciales sont devenues, dans certains cas, de vrais États; on pense en particulier aux grandes multinationales dont le capital et le mouvement d'affaires dépassent les chiffres des budgets de certains petits pays.⁸ D'autre part, le mouvement des OPA hostiles et les émissions des “junk bonds”, qui les ont en grande partie financées, ont atteint des valeurs considérables. Enfin, les privatisations ont réellement démocratisé la composition actionnaire de nombreuses sociétés, dépassant même parfois le million de titulaires d'actions et donnant ainsi toute sa dimension au groupement économique.

8. Parallèlement, les diverses formes de participation se sont multipliées, que ce soit en ce qui concerne la structure des groupements ou la nature des instruments de participation actionnaire. La présence et le renforcement des pouvoirs, surtout aux États-Unis, en Europe et en Amérique Latine, des Commissions des Opérations de Bourse a contribué d'une façon significative à une plus grande transparence des activités des sociétés et à une meilleure information des actionnaires. Le pouvoir

4. *Travaux de l'Association Henri Capitant*, tome XV, 1963, Paris, Librairie Dalloz, 1967, p. 329.

5. Jean Paul II, *Centesimus Annus — lettre encyclique du Souverain Pontife*, Paris, Éditions Mediaspaul, 1991, n. 35, p. 55.

6. Mikhaïl Gorbatchev, *Perestroïka-vues neuves sur notre pays et le monde*, traduction française, Paris, Flammarion, 1987, p. 41 in fine. Dans le même sens, Peter Drucker, *L'entreprise face à la crise mondiale*, traduction française, Paris, InterEditions, p. 213 et suivantes; Georges Gilders, *The spirit*

of enterprise, New York, Simon and Schuster, 1984, passim. Sur les transformations plus récentes de l'entreprise, Michael Hammer & James Champy, *Reengineering the corporation*, New York, Harper Business, 1993, passim et William H. Davidow & Michael S. Malone, *The virtual corporation*, New York, Edward Burlingame Books/Harper Business, 1992, passim.

7. Francis Fukuyama, *La fin de l'histoire*, traduction française, Paris, Flammarion, 1992.

8. C'est le cas d'ITT, comme le souligne Anthony Sampson, dans son livre *The Sovereign State of ITT*, Greenwich, Fawcett Publications Inc, 1974.

judiciaire, de son côté, a dû accepter de trouver des solutions aux problèmes des sociétés qui, pendant un certain temps, avaient été considérés comme des conflits purement organisationnels, on domestiques, sur lesquels les juges ne devaient pas se prononcer.⁹

9. On peut, toutefois, affirmer que les grands problèmes des sociétés et des groupes de sociétés sont aujourd'hui encore des problèmes d'équilibre. Si quelques uns de ceux dont nous parlait le Doyen Houin se sont atténués, comme l'a montré l'expérience de certains pays en ce qui concerne la protection des actionnaires minoritaires auxquels ont été assurés, d'une façon ou d'une autre, le droit au dividende et même, dans des situations spécifiques, le droit au retrait, d'autres questions assument aujourd'hui une plus grande importance. Tel est le cas des OPA hostiles et des mesures de protection auxquelles les dirigeants et les actionnaires, peuvent, ou ne peuvent pas, prétendre, dans certaines hypothèses, et qui ont été examinées dans les divers rapports nationaux. D'autre part, une définition adéquate de la relation d'équilibre entre les droits et les intérêts de l'actionnaire et ceux de la société mérite d'être analysée, comme l'ont fait les rapports, qui ont étudié en profondeur le sens qu'il faut donner à la notion d'"intérêt social". Finalement, la question des rapports entre l'entreprise et l'État est aussi d'une incontestable actualité.

10. L'importance que les OPA hostiles revêtent dans la société contemporaine est évoquée dans un ouvrage de Peter Drucker¹⁰ et l'affaire

Nabisco e été considérée comme une véritable invasion de barbares.¹¹ Les auteurs expliquent les dangers qu'elles peuvent représenter pour l'économie nationale, puisqu'elles obligent les entreprises à travailler exclusivement sur le court term.¹²

11. Le développement de toute une législation portant sur les marchés de capitaux a créé, à côté du droit commercial traditionnel et même du droit des affaires, un véritable nouveau droit des sociétés faisant appel à l'épargne publique, qui contient des règles qui modifient les formules classiques du droit des sociétés.

12. D'autre part, sur le plan international, les entreprises multinationales présentent des risques de conflits éventuels entre les intérêts des différentes filiales et succursales dans un monde commercial et industriel caractérisé par la diminution croissante de l'importance de la nationalité des sociétés.¹³

13. L'essor de la participation effective des particuliers dans les sociétés d'économie mixte, qui font appel au public et sont, donc, cotées en Bourse, représente un autre phénomène relativement récent et qui provoque un certain nombre de conflits d'intérêts, conflits que l'on retrouve dans les sociétés privatisées dans lesquelles l'Etat se réserve une action spéciale ou "goldem share". Cette question a également fait l'objet de remarques dans divers rapports.

14. Enfin, la création de la société européenne, des sociétés binationales en

9. André Guengant, Paul Troussière et Sylvic de Vendeuil. *Le rôle des juges dans la vie des sociétés*, Paris, Nouvelles Éditions Fiduciaires, 1993, passim.

10. Peter Drucker, *Façonner l'avenir*, traduction française de *The Frontiers of Management*, Paris, Les Éditions d'organisation, 1988, chapitre 28, p. 237 et suivantes.

11. Bryan Burrough and John Heylar, *Barbarians at the gate-The Fall of RJR Nabisco*, New York, Harper and Row, 1990.

12. Peter Drucker, livre et chapitre à la note 9 supra.

13. Cf. à ce sujet, Robert B. Reich, *The work of nations, preparing ourselves for 21 sth Century Capitalism*, New York, Vintage Book, 1992, chapitre, 12, p. 136.

Amérique du Sud et les effets juridiques de l'organisation des marchés communs sur le droit des sociétés constituent des aspects nouveaux et significatifs pour une discussion de notre sujet.

15. Pour conclure, ce premier tour d'horizon des problèmes, il est certain que les groupes de sociétés ont acquis, portout, une telle importance qu'il paraît, de plus en plus difficile au juriste et au législateur de ne pas les prendre en considération, en maintenant une vision "atomistique".

16. En réalité, tous les rapports ont des points communs, non seulement dans leurs aspects descriptifs des divers systèmes juridiques, mais également du fait de l'importance qu'ils donnent à la protection croissante des minorités, à l'intervention des pouvoirs publics pour la défense de l'épargne et à la crise de la légitimité du pouvoir dans les sociétés anonymes.

17. En effet, surtout dans les grandes sociétés cotées en Bourse, dont la spécificité est reconnue par de nombreux rapporteurs, nous avons connu une première phase pendant laquelle de législateur, la jurisprudence et la doctrine s'étaient inspirés du modèle de droit public organisant les pouvoirs au sein d'une société structurée autour d'une assemblée générale souveraine, d'un exécutif et d'un organe de surveillance. Cette formule un peu théorique n'a toutefois pas résisté à l'épreuve du temps et, dès les années trente, aux États-Unis, Adolph Berle et Gardiner Means dans leur livre "The Modern Corporation and Private Property" (*L'entreprise moderne et la propriété privée*) reconnaissent qu'une véritable scission s'était opérée entre la propriété et la gestion, dans les sociétés anonymes, et démontraient que les actionnaires des grandes entreprises n'avaient plus ni le pouvoir réel, ni la possibilité, ni même l'envie de contrôler les administrateurs, devenus "managers" professionnels.

Ainsi, la propriété des actions étant considérée un simple investissement, les administrateurs n'avaient plus à qui rendre des comptes.

18. Vingt ans plus tard, dans les années cinquante, le droit américain a développé la théorie du devoir fiduciaire des administrateurs, devenus mandataires, ou "trustees" (agents fiduciaires) dans l'intérêt non seulement des actionnaires, mais également des salariés, des fournisseurs, des autorités locales, enfin, de la société dans son ensemble. Or, non seulement cet intérêt social défini comme devant être "le mieux équilibré possible" n'était pas conçu très clairement, mais encore les mandats n'exerçant pas effectivement de contrôle, les dimensions de la responsabilité des administrateurs sont devenues très floues.

19. Ce que Peter Drucker a appelé le "despotisme éclairé" des administrateurs des grandes entreprises a parfois consisté, pour ceux-ci, à utiliser la société dans leur propre intérêt, ce qui est évidemment aberrant. La médiocrité des résultats obtenus, les manipulations financières et l'introduction d'intérêts politiques dans l'entreprise ont provoqué, surtout à partir des années 70, la revanche des actionnaires, dans un climat d'âpreté au gain dans lequel les "raiders" ont dominé la scène financière américaine, souvent au détriment du développement industriel.¹⁴

20. En réalité ce phénomène, américain à l'origine, est devenu mondial et révèle le conflit existant entre le financier, qui ne voit que le court terme, et l'entrepreneur, ou l'industriel, qui pense au moyen et au long terme. D'une certaine façon, le "raider" oblige l'administration à maximiser rapidement les revenus actuels des actionnaires, en oubliant parfois que la répétition du

14. Peter Drucker, livre et chapitre cités (note 9 supra).

succès à court terme n'est pas nécessairement, pour la société, la source de résultats à long terme. D'autre part, cette formule peut sacrifier l'existence de l'entreprise elle-même, de ses collaborateurs et de ses fournisseurs. Finalement, on ne peut oublier que le groupement dans la vie des affaires doit assurer, d'une façon continue et rationnelle, à ses actionnaires, un certain dividende afin que l'investissement en actions garantisse globalement à son titulaire la rentabilité espérée, laquelle doit être compatible avec le rendement général des titres sur le marché financier.

21. Toute la difficulté consiste à trouver cet équilibre ou cette série d'équilibres auxquels faisait allusion M. le Doyen Houin. Ceux-ci, en réalité, sont des équilibres dynamiques, fruits des modifications que subit continuellement le monde des affaires.

22. Une nouvelle donnée du problème est liée au changement de la personnalité des actionnaires durant ces dernières décennies. Jadis commerçants, industriels, banquiers ou même particuliers, les principaux actionnaires sont aujourd'hui, dans la majorité des pays, des caisses de retraite et des fonds de placement. C'est le cas aux États-Unis mais également, de plus en plus, en Amérique Latine en Europe. Or, ces institutions ont une organisation et une vision à moyen et à long terme, qui les obligent et leur permet de donner une nouvelle structure et de créer une autre distribution des forces dans le domaine des sociétés. Dans la mesure où les caisses de retraite et les fonds de placement tissent, entre eux, des relations de collaboration, ils peuvent établir des objectifs et des obligations pour les administrateurs des sociétés. Ceci d'autant plus que ces fonds et caisses ne peuvent pas, d'un moment à l'autre, liquider leurs portefeuilles et ont, eux-mêmes, des obligations à long terme pour lesquelles ils ont besoin d'une

contrepartie. Ils ne peuvent pas, comme faisaient leur prédécesseurs, "voter avec les pieds", c'est-à-dire s'en aller et vendre leurs actions. Ils s'organisent donc pour exercer leur pouvoir dans certaines limites, en créant non seulement un audit des résultats financiers sur le plan formel, mais, également une sorte d'audit de performance, en examinant les résultats obtenus d'une façon dynamique qui n'est pas nécessairement liée, d'une façon exclusive, à l'appréciation des résultats financiers obtenus et des dividendes reçus pendant les derniers mois ou les derniers trimestres.¹⁵

23. Dans son ouvrage intitulé "Pour un capitalisme intelligent", Jean Peyrelevalde analyse l'évolution des sociétés, durant les dernières années, et soutient qu'il est possible de caractériser les économies de marché par la relation qu'elles entretiennent avec le long terme. Et il ajoute:

"là où le Japon épargne, accumule, investit, les États-Unis consomment, versent des dividendes et se plient par une inutile sophistication financière aux appétits de rentabilité immédiate de l'actionnaire".¹⁶

24. En conclusion, il définit les divers types de sociétés qui existent dans le monde actuel, en reconnaissant, comme ligne de partage, la priorité donnée soit au développement industriel, soit au capitalisme financier, l'un permettant le progrès des nations et l'autre devant être un instrument complémentaire pour que l'entreprise puisse obtenir les ressources dont elle a besoin.

25. Dans un même ordre d'idées, certains analystes du capitalisme font la

15. Andre Tunc, *Le gouvernement des sociétés anonymes*, conférence, in *Revue internationale de Droit Comparé*, janvier-mars, 1994, pages 65 et suivantes.

16. Jean Peyrelevalde, *Pour un capitalisme intelligent*, Paris, Grasset, 1993.

distinction adéquate entre la logique du marché liée au court terme et la logique d'entreprise, qui préssuppose la stabilisation de l'actionnariat, la fidélité des actionnaires et une situation sectorielle de façon à s'assurer une certaine position sur le marché.

26. Il n'y a aucun doute que la fin du capitalisme familial et traditionnel est une révolution non seulement quantitative, mais aussi qualitative pour la composition de l'actionnariat des sociétés.

27. D'autre part, les relations entre l'entreprise et l'Etat ont changé. L'Etat moderne, défini comme État modeste, ne commande plus et ne subventionne plus les sociétés. On a déjà dit qu'il faut passer "d'un modèle d'Etat-Nation dirigiste et bureaucratique à un modèle d'État coordinateur, incitateur et stratège, qui soit le support d'un capitalisme national offensif" basé sur l'action des entreprises, qui devient "la colonne vertébrale d'une société civile adulte et responsabilisée".

28. Cette transformation justifie une modification de la position du droit, qui ne peut plus avoir une vision statique mais doit devenir un instrument fécond de l'ingénierie non seulement financière et industrielle, mais également du "reengineering" de la société elle-même, pour assurer son développement continu, une certaine participation dans le marché et tout cela en ne sacrifiant ni l'efficacité, ni la qualité de vie, sur le plan social, ni — et surtout pas — les valeurs morales.

29. Si nous passons à l'examen de ces questions sur le plan juridique, nous vérifions que cette évolution économique commence à avoir des répercussions sur le droit des pays anglo-saxons, qui ont compris que Wall Street ne peut pas s'identifier à Las Vegas.¹⁷

30. Dans une récente conférence organisée par la Société de législation comparée, M. le Professeur André Tunc¹⁸ souligne cette nouvelle évolution des "Principles of Corporate Governance". Le rapport Gilson-Kraakman, aux Etats-Unis, et le rapport Cadbury, en Angleterre, prouvent l'existence de ces nouvelles orientations dont le but est de créer un autre équilibre dans la direction et administration des grandes sociétés anonymes, une nouvelle formule pour limiter l'éventuelle tyrannie ou même la légèreté de l'exécutif grâce à ce que M. Tunc définit comme étant "un triumvirat où collaborent une équipe, des directeurs à qui on demande d'être indépendants de l'équipe et (des représentants de) l'épargne collective".

31. A une époque où la globalisation de l'économie rapproche les formes de gestion des sociétés dans les divers pays, tant pour des raisons politiques — cas des marchés communs et des communautés économiques — que pour des raisons financières — dans la mesure où l'investissement étranger devient important et exige certaines garanties des entreprises où il est investi —, les positions de la législation, de la réglementation et de la pratique se rapprochent partout. Parfois, les mêmes règles traduisent des différences importantes dans la vie des affaires, mais ces différences s'atténuent. Dans d'autres cas, en revanche, des législations très éloignées, les unes des autres, dans leurs textes finissent par se rapprocher dans la pratique. C'est ce que nous verrons dans l'analyse des différents rapports nationaux.

32. Il me faut reconnaître que, quoique comblé par les excellents rapports des divers pays que j'ai reçus, j'ai regretté de ne pas avoir les collaborations qui pourraient nous venir de nos amis suisses, canadiens, louisia-

17. Peter Drucker, livre et chapitre cités, page 250.

18. Andre Tunc, op. cit. (note 14), page 72.

nais, parmi lesquels se distinguent des éminents maîtres du droit commercial et même de ne pas disposer d'un rapport allemand, qui m'eût été précieux du fait de la législation spécifique existant dans ce pays sur les groupes de sociétés et de la tradition du capitalisme germanique qui a connu ses grandeurs et ses misères.

33. Je dois, toutefois, dire que l'éventail des nationalités que l'on retrouve dans les rapports est très riche et représentatif. Outre la France, l'Italie et la Belgique, qui sont membres fondateurs de l'Association, j'ai reçu des rapports nationaux du Japon, des Pays-Bas, de la Pologne, de la Turquie, de la Syrie et du Brésil.

34. Je vais résumer rapidement la vision de chacun des rapporteurs pour demander ensuite à ceux qui sont présents ou à leur remplaçant de développer les questions les plus importantes ou originales de leurs travaux, afin de discuter chacun de ces aspects.

35. Outre le rapport japonais, qui reflète l'existence d'une société capitaliste dont les importantes caractéristiques lui sont propres, nous disposons de quatre rapports d'Europe occidentale qui, dans leurs grandes lignes, se rapprochent les uns des autres, bien que l'on doive souligner la situation particulière des Pays Bas du fait de la structure particulière de la société anonyme de grande dimension. Deux rapports représentent des pays qui ont eu une économie fortement dirigée et qui évoluent vers le libéralisme: ceux de la Pologne et de la Syrie. Deux autres sont originaires de la Turquie et du Brésil, marchés émergents, qui se sont transformés très rapidement durant ces dernières années.

36. L'excellent rapport français de M. le Président Pierre Bézard, de la Chambre commerciale et financière de la Cour de Cassation, après une introduction descriptive où sont examinés les divers groupements pouvant avoir

une activité économique, comprend deux parties. La première traite du droit des sociétés assurant l'équilibre des intérêts dans les groupements sociaux où l'auteur analyse les rôles et les responsabilités des dirigeants et des associés, ainsi que la prise en compte des intérêts des tiers. Le rapport définit l'importance des principes fondamentaux, tels que le respect de l'objet social, de l'intérêt social, de l'égalité et de l'obligation de loyauté incombant aux associés. Il examine également la question des abus de majorité et de minorité et la prise en compte des intérêts des salariés et des créanciers. Le Président Bézard nous signale, ensuite, l'approche nouvelle du législateur qui se traduit par un allègement de la réglementation, la compétence accrue des dirigeants, les réformes, parmi lesquelles la récente loi du 3 janvier 1994 créant la société par actions simplifiée (SAS), société offrant une très grande flexibilité, ainsi que les mesures prises pour une meilleure protection des actionnaires grâce au contrôle croissant des dirigeants par des organes spécialisés, tels que les commissaires aux comptes, le COB et les procureurs financiers.

37. Dans la deuxième partie de son rapport, le Président Bézard analyse de marché boursier comme source d'une nouvelle réglementation et de nouveaux équilibres. Nous aurons le plaisir de l'entendre à ce sujet et il nous dira lui-même, avec l'autorité et la compétence qui sont les siennes, combien et comment les nouvelles règles du marché des capitaux ont transformé le droit des sociétés, de telle façon que l'on pourrait même dire qu'il y a eu une espèce d'éclatement de ce droit.

38. Je tiens à souligner également les observations finales du rapport français qui, après avoir affirmé que "l'importance de la réussite économique est prioritaire, car elle conditionne le succès de toutes les autres politiques", reconnaît

que "les groupements sont les moteurs de l'économie", et ajoute que "si leurs valeurs de référence sont l'efficacité et la rentabilité, le développement et même la domination, il importe que d'autres valeurs morales soient prises en compte: transparence, équité, loyauté, respect de l'individu". "Le juriste", conclut M. le Président Bézard, "a donc un rôle essentiel à jouer au sein des organismes de l'Etat, des juridictions et des entreprises".

39. Ces conclusions sur le rôle de l'éthique et de la bonne foi, de la loyauté et du respect de l'individu, sous tous leurs aspects, mériteront également un débat spécifique lors de notre discussion.

40. Le rapport japonais de M. de Professeur Kyoichi Toriyama, de l'Université Waseda, est de la plus grande importance du fait de l'analyse réaliste qu'il fait du droit japonais. Il nous indique non seulement l'importance de l'entreprise comme corps intermédiaire, mais encore le fait qu'au Japon ce sont les dirigeants et les salariés qui sont considérés comme les plus étroitement liés à la société. Plus que dans d'autres pays, la primauté formellement reconnue aux actionnaires et la souveraineté apparente de l'assemblée générale ne correspondent pas à la réalité. En effet, cette souveraineté ne s'applique pas à toutes les matières relatives au fonctionnement de la société et la principe de l'égalité ne concerne pas tous les actionnaires, comme nous l'explique le rapporteur.

41. Selon le rapport nippon, en 1991 plus d'un million de sociétés anonymes et presque un million de sociétés à responsabilité limitée existaient au Japon. Les organes de la société anonyme, en droit japonais, sont l'assemblée générale, les administrateurs, les administrateurs représentants et le conseil de surveillance, dont le rôle dépend des dimensions de l'entreprise et qui a pour

fonction de contrôler les comptes, et, dans les grandes sociétés, également, celle de contrôler la gestion.

42. Divers chapitres du rapport japonais traitent des pouvoirs circonscrits de l'assemblée et de la faible importance accordée aux droits des minoritaires, matières au sujet desquelles M. de Professeur Toriyama développera ses informations et ses idées. Il analyse ensuite les prérogatives de l'entreprise, en soulignant l'autonomie des administrateurs face aux actionnaires. Il nous indique, enfin, qu'en droit japonais, l'entreprise étant considérée comme une communauté des dirigeants et des salariés, les administrateurs agissent au profit de cette communauté et même, parfois, au détriment des actionnaires quand il existe un conflit d'intérêt entre ceux-ci et celle-là. D'autre part, la politique de fidélisation des actionnaires et les conditions locales empêchent, en fait, toute prise de contrôle inamicale.

43. Le rapport belge de Mme Valérie Simonart, maître d'enseignement et assistant à l'Université Libre de Bruxelles, est d'une grande richesse, tant du point de vue des informations qu'il contient que sous l'angle des considérations et opinions qui y sont développées. Après une introduction dans laquelle l'auteur analyse les groupements et considère l'entreprise considérée comme la pierre angulaire du droit commercial, le rapport examine la personnalité morale, les garanties constitutionnelles, la levée du voile social, les personnes morales incomplètes, la responsabilité civile personnelle aggravée et la responsabilité pénale des administrateurs.

44. Dans une deuxième partie, le rapport s'occupe de la réglementation des groupes et dissèque, avec beaucoup d'acuité, la notion d'intérêt social conçue comme un concept de gestion au moment où la vision institutionnelle, qui avait déjà remplacé la théorie contrac-

tuelle de la société, est, à son tour, abandonnée en faveur de l'appréhension de la société en tant que "structure", formulation que nous retrouverons, puisqu'elle a été adoptée par le législateur néerlandais. Finalement, le rapport, après avoir procédé à un tour d'horizon sur la protection des actionnaires minoritaires, en cas de transfert de contrôle, et sur l'offre publique obligatoire de retrait, examine la situation spéciale des entreprises publiques. Ses conclusions mettent en relief les points suivants:

- a) le déclin des droits individuels;
- b) l'élargissement de la notion d'intérêt social;
- c) le nouvel équilibre qui semble se rétablir;
- d) l'importance croissante des principes de la moralité et de l'éthique qui se reflètent dans l'auto-régulation et qui peuvent s'exprimer dans les Codes de conduite ou sous d'autres formes.

45. Nous devons à M. le Professeur Pier Giusto Jaeger de l'Université de Milan une excellente monographie sur les groupes de sociétés, tant dans le secteur public que dans le secteur privé. Le rapport italien nous décrit minutieusement l'évolution du droit italien, en examinant la législation et la jurisprudence, ainsi que le droit comparé, pour nous signaler, cependant, que, dans son pays, pour certaines des questions soulevées, "malheureusement à l'élaboration approfondie effectuée par la doctrine correspond un silence total de la jurisprudence".

46. Après avoir expliqué quels avaient été les diverses normes ponctuelles sur les groupes des sociétés en Italie, plusieurs d'entre elles inspirées par les directives CEE, M. le Professeur Jaeger nous indique l'importance de la récente loi sur les groupes bancaires en date du 1er Janvier 1994. Cette loi contient une

définition des entreprises qui peuvent intégrer le groupe bancaire, une société *leader* ou dominante devant représenter l'ensemble du système auprès de la Banque d'Italie, dans l'intérêt de la stabilité du groupe.

47. M. le Professeur Jaeger nous présente également une étude de la jurisprudence italienne qui, sur les questions des conflits d'intérêts, réaffirme toujours l'approche dite "atomistique" de la société au sein des groupes de sociétés.

48. Dans ses conclusions, le rapport évoque le dilemme cornélien du droit italien, partagé entre une interdiction absolue frappant les relations entre les sociétés d'une même groupe et l'acceptation de la primauté de l'intérêt social du groupe sur celui des filiales "avec la fâcheuse conséquence d'endommager les actionnaires sans aucune possibilité de compensation". C'est vers les solutions du droit allemand que se penche M. le Professeur Jaeger, en nous proposant "d'accepter la primauté de l'intérêt du groupe à la condition que le sacrifice trouve une contrepartie économique" et en recommandant de reprendre le projet de la neuvième directive de la Commission de la CEE à la lumière de la récente jurisprudence allemande.

49. Le Professeur de l'Université de Milan nous parlera de l'évolution du droit italien et tout particulièrement de la jurisprudence en ce qui concerne les groupes de société.

50. Le rapport néerlandais de Mme. Schoonbrood-Wessels, avocat à La Haye, constitue une contribution importante à nos Journées non seulement par la forme précise et la richesse d'information que nous devons à l'auteur mais également du fait de certaines particularités du droit des Pays-Bas qui y sont décrites.

51. En effet, comme nous le signale de rapporteur dès le début de son travail, le Royaume des Pays-Bas est un

pays à économie de marché, qui valorise l'initiative privée et où les entreprises sont considérées comme le pivot de l'économie nationale. Cependant, les droits des actionnaires ont été considérablement restreints en vertu des règles sur la co-gestion, qui ont valeur constitutionnelle depuis 1983.

52. Le rapport néerlandais comporte, outre une introduction, l'étude de l'intérêt social, l'examen de l'autonomie de gestion et du "régime de structure" des grandes entreprises, la défense anti-OPA, ainsi que des considérations sur la protection de l'actionnaire minoritaire, des salariés et des créanciers et l'analyse de la situation des groupes de sociétés.

53. L'aspect original le plus important du droit néerlandais concerne la grande société anonyme, qui obéit au "régime de structure", dans lequel les pouvoirs de l'assemblée générale ont été érodés en faveur du Conseil de Surveillance lequel nomme et révoque les membres du Conseil d'Administration. D'autre part, les membres du Conseil de Surveillance sont indépendants et élus par cooptation, sous réserve des possibilités de recommandation et d'objection tant de l'assemblée générale que du Comité d'entreprise. Mme. Schoonbrood-Wessels nous expliquera en détail le fonctionnement de ce système, ainsi que la position libérale du droit de son pays en ce qui concerne les structures anti-OPA.

54. Dans ses conclusions, le rapport néerlandais reconnaît qu'il est possible que certains aspects "trop accentués de l'approche institutionnelle soient polis dans l'avenir" mais nous avertit qu'il est impensable que cette approche disparaisse complètement "sans faire basculer la conception même de la société dans le droit des Pays-Bas".

55. Les professeurs émérites Lufti Duran et Mahmut T. Birsnel, des Facultés de Droit des Universités d'Istanbul et d'Izmir, nous ont présenté un très

intéressant et opportun rapport sur le droit turc. Les auteurs nous indiquent les dispositions de la Constitution de 1982 ainsi que la législation sur les sociétés commerciales, que l'on retrouve tant dans le Code de Commerce turc que dans les lois spéciales de 1981 et 1992 portant sur le marché des capitaux. Ils étudient également le régime des entreprises publiques et de la privatisation.

56. Dans les chapitres suivants, le rapport turc s'occupe du rôle attribué à l'intérêt social, de la protection des minoritaires en cas de transfert de contrôle, des mécanismes de protection dans le cas d'OPA hostile, de la responsabilité de l'actionnaire et des problèmes relatifs aux sociétés mixtes.

57. La levée du voile de la personnalité morale, les groupes économiques sans personnalité, tels que les entreprises conjointes ("joint-ventures" et les fonds de placements, la réglementation des groupes et, en particulier, celle des coopératives, des banques et des compagnies d'assurance sont d'autres thèmes que nous retrouvons dans le rapport turc. Ses conclusions soulignent l'influence des principes éthiques sur le droit des sociétés, en particulier en ce qui concerne les garanties de transparence, d'information du public, d'égalité des chances des actionnaires et des épargnants et la lutte contre les délits d'initiés (*insider trading*).

58. Le rapport brésilien, très minutieux et riche en informations, présenté par M. le Professeur Luiz Olavo Baptista, titulaire de la chaire de droit du commerce international à la Faculté de Droit de l'Université de São Paulo, reflète également la position d'un pays dont le marché des capitaux s'est créé, dans son aspect moderne, il y a un quart de siècle, et qui s'est surtout développé durant cette dernière décennie. L'auteur décrit brillamment le système

du droit brésilien, en passant par la Constitution, la législation commerciale, depuis le vétuste Code de commerce de 1850 jusqu'aux lois des années 1964 à 1976, qui ont remodelé les institutions financières, établi un nouveau régime pour les sociétés anonymes, reorganisé le marché des capitaux et créé la Commission des Valeurs Mobilières, qui correspond à la SEC et à la COB.

59. L'illustre rapporteur nous offre un panorama de la protection des actionnaires minoritaires, en soulignant les cas de transfert de contrôle et les autres hypothèses dans lesquelles la loi établit des obligations et des responsabilités à la charge de l'actionnaire principal ou dominant de la société. Le rapport rappelle que la société anonyme exerce une fonction sociale en droit brésilien et que la loi garantit la distribution d'un dividende minimum, qui, selon les status, doit être proportionnel soit au bénéficiaire, soit au capital de la société.

60. D'autre part, il existe, en droit brésilien, une obligation légale, tant pour l'actionnaire principal que pour les administrateurs, d'agir loyalement dans l'intérêt de la société, obligation qui s'oppose à ce que l'intérêt personnel prime sur ceux de la société. Dans les groupes sociétaires et dans le cas de la société d'économie mixte, le droit brésilien admet la primauté de l'intérêt de la "holdign" ou de l'Etat, mais établit, en contrepartie, l'obligation de payer une indemnité à la filiale ou aux actionnaires minoritaires, présentant ainsi une solution que défend *de lege ferenda*, dans son pays, le rapport italien.

61. En droit brésilien, il existe un régime spécial de responsabilité pour les banques, qui bien qu'organisées sous la forme de sociétés anonymes, suivent, en cas de liquidation extrajudiciaire (qui correspond à la faillite), un régime proche de celui des sociétés en commandite par actions, les administrateurs étant alors considérés comme

solidairement responsables pour les dommages causés au tiers.¹⁹

62. Le rapport brésilien reconnaît, en conclusion, que le droit de la faillite exige une nouvelle formulation. En effet, celui-ci est aujourd'hui obsolète par rapport à la plupart des législations en vigueur dans d'autres pays. Finalement, le rapporteur nous informe que le droit brésilien admet que le voile de la personnalité morale de la société soit levé, dans des situations exceptionnelles de fraude ou d'illégalité, surtout en matière fiscale ainsi que dans les cas d'insolvabilité. Il faut signaler que la législation brésilienne a souffert, en ce domaine, la double influence du droit nord-américain et du droit allemand, de telle façon qu'il consacre plusieurs dispositions au droit des groupes, en s'inspirant de la loi germanique des sociétés anonymes et de la jurisprudence anglo-saxonne qui admet que le voile de la société soit levé (*piercing the veil*). Cependant, ces règles juridiques n'ont pas provoqué la formation concrète, des groupes de droit, dans la vie pratique des affaires. La jurisprudence quant à elle, a fait usage, dans certains cas, de la théorie des groupes sociétaires de fait, sans que ceux-ci ne soient assimilés nécessairement aux groupes de droit.

63. En passant du Brésil à la Pologne, j'ai le plaisir de reconnaître que M. le Professeur Jozek Okolski, doyen de la Faculté de droit de Varsovie a fait un très remarquable rapport, qui nous révèle l'évolution du droit polonais vers le libéralisme et la création d'un nouveau droit des sociétés, à partir de la réforme constitutionnelle de 1989. La législation polonaise traditionnelle existait à ce

19. Voir à ce propos Arnaldo Wald, *La responsabilité personnelle du directeur de banque en droit brésilien*, in *Etudes offertes à Roger Houin*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, page 151.

sujet et fut incorporée dans le Code du commerce de 1934. Cependant les lois spéciales récentes portent également sur les participations étrangères, la privatisation et le régime des sociétés dont l'État est actionnaire. L'importance croissante des "consortiums" d'investissement et des entreprises conjointes ("joints-ventures"), fondés sur la liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté, nous révèle un droit en pleine évolution, tandis que les règles du Code de commerce polonais étaient et sont encore assez classiques.

64. Le rapport polonais nous signale l'existence d'une jurisprudence créative qui admet sans restriction, dans le cas des SARL, les contrats entre la société représentée par son associé-gérant et la même personne physique en son nom personnel. Des règles spéciales accentuent, d'une part, la responsabilité civile des administrateurs en cas de faillite, celle-ci pouvant justifier l'intervention de l'État, et, d'autre part, leur responsabilité pénale.

65. Finalement, en ce qui concerne les groupes économiques, le rapport invoque également l'article 5 du Code Civil polonais qui condamne l'albus de droit.

66. Selon le rapport, la candidature polonaise d'adhésion à l'Union européenne doit s'accompagner d'un effort d'harmonisation du droit polonais avec le droit communautaire, effort qui justifie l'introduction de nouvelles formules dans le droit local, comme celle du GIE.

67. Monsieur le Professeur Josef Okolski nous parlera des effets de la libéralisation et de la privatisation sur le droit des sociétés en Pologne.

68. Finalement, nous devons à M. le Professeur Jacques El-Hakim, Président du Groupe syrien de notre Association, une analyse très féconde de la position du droit de son pays qui, en vertu de la Constitution de 1973, a accepté certains principes socialistes, tout en

maintenant, pour les sociétés commerciales, une législation qui date de 1949 et qui s'est inspirée du droit français (par l'intermédiaire du Code Libanais) et de la jurisprudence française en vigueur à l'époque.

69. Le rapport signale les difficultés fiscales qui ne facilitent pas la création des sociétés et qui font obstacle à la formation du capital et de l'investissement.

70. L'auteur nous révèle également les cas où la jurisprudence syrienne admet que soit levé le voile de la personnalité morale, comme la fraude, l'abus de droit, la simulation et la théorie de l'apparence.

71. Dans ses conclusions, le rapport syrien considère que le législateur devrait renforcer le caractère communautaire des groupements en matière économique.

72. S'il faut conclure, je dirai que le dénominateur commun des rapports peut se résumer à la reconnaissance des grandes transformations qu'ont récemment souffert les groupements économiques dans la vie des affaires, transformations qui se sont réalisées dans le sens de leur plus grande intégration dans la cité et sous l'inspiration d'une renaissance ou d'un renforcement de l'autonomie de la volonté et de l'éthique dans les droit des sociétés.

73. Intégration des sociétés dans la cité le monde financier, qui ne signifie plus l'obéissance aveugle à la politique du Prince, ni à la loi du marché, mais la collaboration entre l'État démocratique et l'initiative privée dans le climat du capitalisme "intelligent", stratégique, actif, dynamique, avec une vision simultanée du court, du moyen et du long terme, dans l'intérêt de tous ceux qui participent, d'une façon ou d'une autre, à l'entreprise et à la société.²⁰

20. Jean Peyrelade, op. cit. (note 15), passim.

74. Inspiration éthique car on abandonne le capitalisme sauvage et prédateur, en donnant un nouveau sens élargi à des concepts du vieux droit civil, comme la bonne foi et la loyauté, qui se développent, sous de nouvelles formes en droit commercial, en dépassant la phase dans laquelle on considérait que "les affaires sont les affaires". Ce retour à l'éthique se fait sentir dans le domaine juridique car, comme l'enseignait un des grands maîtres du droit italien, la fonction principale du droit consiste justement à soumettre l'économie à la morale.

75. Finalement, s'il y a une révolution silencieuse et un éclatement qui sont en train de se réaliser dans le droit des sociétés et dans celui des groupements économiques, nous pouvons conclure

avec Charles Péguy que, également dans ce domaine, "la révolution sera morale ou ne sera pas".

76. D'autre part, elle devra soumettre les choses et les intérêts matériels, en général, à la dimension humaine, en se rappelant que selon la philosophie grecque "l'homme et la mesure de toutes les choses" (Protagoras). En ce sens, dans une des plus récentes monographies sur Le Droit et les Groupes de Sociétés, Charley Hannoun évoque dans son Introduction un poème de D. Ponge:

"...Ce ne sont pas les choses qui parlent entre elles, mais les hommes entre eux qui parlent des choses et l'on ne peut aucunement sortir de l'homme".²¹

21. LGDJ, 1991, p. 3.