

LE DROIT PORTUGAIS DES GROUPES DE SOCIÉTÉS

—

José Engrácia Antunes

I. INTRODUCTION

Le groupe de sociétés est un *phénomène économique et juridique central* de notre temps.¹

Du point de vue économique, le groupe constitue une *forme nouvelle et originale d'organisation de l'entreprise*. Au contraire de l'entreprise individuelle (exploitée par une personne physique) et l'entreprise sociétaire (exploitée par une seule personne morale, la société commerciale), le groupe est une entreprise multi-sociétaire ou pluri-sociétaire composé par un ensemble des sociétés juridiquement autonomes soumises à une direction économique unitaire². Or, le groupe est devenue l'acteur central de l'univers économique contemporain: à la fin du XX siècle, on estime qu'environ 65% des sociétés nord-américaines, 70% des sociétés allemandes, et 88% des sociétés japonais, n'étaient plus des sociétés indépendants, mais était intégrées en quelque sorte

¹ Dans la doctrine en Europe et aux États-Unis, à titre d'exemple, V. P. Blumberg, *The Law of Corporate Groups*, 6 tomes, Little, Boston, depuis 1983; J. Embid, *Introducción al Derecho de los Grupos de Sociedades*, Comares, Valencia, 2003; F. Galgano, *I Gruppi di Società*, Utet, Torino, 2001; V. Emmerich/ M. Habersack, *Konzernrecht*, 8^e éd., Beck, München, 2005; M. Pariente, *Les Groupes de Sociétés*, Litec, Paris, 1993; C. Schmitthoff/ F. Wooldrige, *Groups of Companies*, Sweet & Maxwell, London, 1991.

² Cette forme d'entreprise est parfois appelée «polycorporate enterprise» (G. Teubner, *Unitas Multiplex: Corporate Governance in Group Enterprises*, p. 89, in: D. Sugarman/ G. Teubner (eds.), «Regulating Corporate Groups in Europe», pp. 67 et ss., Nomos, Baden-Baden, 1990). Sur la relation entre groupe et entreprise, V. aussi M. Pariente, *Les Groupes de Sociétés*, pp. 9 et ss., Litec, Paris, 1993.

au sein de groupes³. La globalisation que caractérise le début du XXI siècle, en forçant les entreprises à opérer à l'échelle mondiale, a approfondi encore en plus cette tendance: parmi les majeures puissances économiques du monde, figurent 50 États et 50 groupes multinationaux⁴; et le chiffre d'affaires de quelques-uns de ces groupes («Exxon Mobil», «General Motors», «Citigroup», «General Electric») est même supérieur au produit national brut d'une centaine de pays.⁵

Dans le même temps, le groupe de sociétés demeure juridiquement *un phénomène, sinon ignoré, au moins non réglementé en tant que tel*: comme le signale C. Bolze, «pour la majorité des systèmes juridiques nationaux, la particularité essentielle du groupe de sociétés est son inexistence».⁶ Cette situation de carence⁷, voire même d'indifférence⁸, du droit des sociétés positif à l'égard des groupes est paradoxale: dans les mots de Lord WEDERBURN, «we speak, teach, litigate and legislate about “company law”. But the predominant reality is not today the company: it is the group of companies»⁹. En Europe, jusqu'à présent, seulement deux pays – l'Allemagne et le Portugal – possèdent une réglementation systématique et globale sur les groupes de sociétés. Dans les autres pays européens, les législateurs ont comblé cette lacune moyennant une extension des principes généraux du droit des sociétés et l'application de règles spéciales dans certains domaines spécifiques (notamment, publicité des participations, autocontrôle, consolidation des comptes, entreprises en difficulté). De même s'est développée une jurisprudence riche et varié à propos de certains problèmes

³ Pour une recherche empirique de l'importance du groupe dans les principaux systèmes économiques, cf. J. Antunes, *Le Groupe de Sociétés – La Crise du Modèle Légal Classique de la Société Anonyme*, pp. 7 et ss., Institut Universitaire Européen, Florence, 1992.

⁴ A. Said/ L. Simmons, *The New Sovereigns: Multinational Corporations as World Powers*, Englewood Cliffs, Prentice Hal, 1975. Selon Jean-Phillipe Robé, la mondialisation de l'économie n'est rien d'autre que le résultat de la globalisation des entreprises elles-mêmes (*L'Entreprise et le Droit*, p. 6, PUF, Paris, 1999).

⁵ B. Grossfeld, *Internationales Unternehmensrecht*, p. 6, Müller, Heidelberg, 1986. Pour une liste des principaux groupes américains, V. «Fortune 500», 2008.

⁶ *Groupes de Sociétés et Droit de la Concurrence dans la Communauté Économique Européenne*, p. 61, Diss., Nancy, 1979.

⁷ A. Petit-Pierre Sauvain, *Droit des Sociétés et Groupes de Sociétés*, p. 44, Georg, Genève, 1972.

⁸ B. Jadaud, *La Vaine Recherche d'une Définition du Groupe en Droit Français*, p. 228, in: «Les Groupes de Sociétés – Une Politique Législative», Librairies Techniques, Paris, 1975.

⁹ *Multinationals and the Antiquities of Company Law*, 320, in: *Modern Law Review*, 1983, pp. 320 et ss. V. aussi T. Hadden: «Company lawyers still write and talk as if the single independent company, with its shareholders, directors and employees, was the norm. In reality, the individual company ceased to be the most significant form of organization in the 1920s and 1930s. The commercial world is now dominated both nationally and internationally by complex groups of companies» (*Inside Corporate Groups*, p. 271, in: *International Journal of the Sociology of Law*, 1984, pp. 271 et ss.).

juridiques clefs posés par les groupes (par exemple, en France, l'arrêt «Rozenblum» de la Cour de Cassation à propos de la gestion des groupes¹⁰).

II. LE DROIT DES «SOCIÉTÉS LIÉES» AU PORTUGAL

Après l'Allemagne en 1965¹¹ et le Brésil en 1976¹², le Portugal est devenu le troisième pays dans le monde à établir un régime global, unitaire et systématique en matière des groupes de sociétés¹³. En effet, le «Code des Sociétés Commerciales» portugais (CSC) de 1986¹⁴ contient un ensemble de normes légales spécifiquement conçues pour la régulation du phénomène des groupes et, encore plus largement, des relations entre sociétés: il s'agit du Titre VI de ce Code (articles 481-508), intitulé «Sociétés Liées» («sociedades coligadas»)¹⁵.

1. Le Concept de Société Liée

La notion centrale de la loi portugaise est celle de «*société liée*» («sociedade coligada»). Selon l'article 482 du CSC, une société devient «liée» lorsque qu'elle possède avec une autre société un des liens ou relations suivants: relation de participation simple, relation de participations réciproques, relation de domination, ou relation de groupe.

Avant de les décrire, on doit indiquer les principales caractéristiques du concept même de «société liée», en tant que «*summum genus*» de la loi portugaise. Tout

¹⁰ Cass. Soc., 3 avril 1990, in: Revue des Sociétés, 1990, p. 625 (note Guyon). Cf. aussi C. Hannoun, *Le Droit et Les Groupes de Sociétés*, pp. 92 et ss., LGDJ, Paris, 1991.

¹¹ §§15-22 et 291-338 du «Aktiengesetz». Cf. V. Emmerich/ M. Habersack, *Konzernrecht*, 8^e éd., Beck, München, 2005.

¹² Articles 243-277 de la Loi n° 6404 du 1976. Cf. F. Comparato, *Les Groupes de Sociétés dans la Nouvelle Loi Brésilienne des Sociétés par Actions*, in: Revue des Sociétés, 1978, pp. 845 et ss.

¹³ Plus récemment, il y a aussi d'autres pays qui ont prévu un ensemble de normes légales particulières en matière de groupes, tel que la Hongrie, la Slovénie et Taiwan: cf. M. Brus, *Das slowenische Konzernrecht in seiner Herkunft aus dem deutschen Recht der verbundenen Unternehmen*, Berlin Verlag, 1999; H. Kaló, *Das Recht der verbundenen Unternehmen in Ungarn*, in: Wirtschaft und Recht in Osteuropa, 1994, pp. 452 et ss.; H. Yeh, *Das taiwanische Konzernrecht von 1997*, in: Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2000, pp. 287 et ss.

¹⁴ «Código das Sociedades Comerciais», dorénavant abrégé CSC.

¹⁵ Sur le droit portugais des sociétés liées, V. J. Antunes, *Os Grupos de Sociedades*, 2^e éd., Almedina, Coimbra, 2002. En autres langues, cf. J. Antunes, *The Law of Corporate Groups in Portugal*, Institute for Law and Finance, Frankfurt, 2008; M. Lutter, *Das portugiesische Konzernrecht von 1986*, in: Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 1991, pp. 394 et ss.

d'abord, il s'agit d'un *concept légal stricte*. Ceci signifie qu'une société est censé être juridiquement liée à une autre uniquement en application de l'un des quatre cas prévues par la loi. Du fait que le «*numerus clausus*» légal n'embrasse ou n'épuise pas toutes les modalités concrètes possibles des liens économiques entre sociétés, la réglementation peut se révéler lacuneux dans son application pratique. En second lieu, il s'agit d'un *concept général de référence*: le législateur l'a explicitement reconnu comme une notion capitale au sein du CSC portugais¹⁶, à laquelle renvoient une dizaine d'articles de la loi (par exemple, les articles 6-3, 104-2, 290-1, 397-3, 510-2). Et en troisième lieu, il s'agit d'un *concept de droit des sociétés*. Comme nous le verrons plus loin¹⁷, le phénomène des relations entre sociétés et des groupes est aussi régi aujourd'hui par d'autres branches du droit (par exemple, le droit fiscal, le droit de la concurrence, le droit du travail, le droit des entreprises en difficulté). La notion de société liée, consacrée par le CSC, est exclusivement applicable dans le domaine droit des sociétés sauf quand le législateur, de façon expresse ou implicite, en a autrement disposé (ainsi, par exemple, dans le cas de l'article 21-3 du «Code des Valeurs Mobilières»).

2. Les Types de Sociétés Liées

Comme nous l'avons indiqué, la loi prévoit quatre *types* fondamentaux de sociétés liées, c'est-à-dire, de relations entre sociétés: les relations de participation simple, de participations réciproques, de domination, et de groupe.

Une *relation de participation simple* (articles 483 et 484 du CSC) existe lorsqu'une société détient une fraction égale ou supérieure à 10% du capital social d'une autre société: dans un tel cas, la société détentrice doit informer la société participée de l'acquisition de la participation, aussi bien que de toutes autres acquisitions ou aliénations éventuelles et futures de fractions de son capital. Une *relation de participations réciproques* (article 485 du CSC) existe lorsque deux sociétés détient mutuellement une fraction de capital égale ou supérieure à 10%: en principe, la société qui a accompli en dernier place son devoir d'information est interdit de acquérir des nouvelles fractions du capital de l'autre société; comme nous le verrons en avant, les types et les conséquences du croisement de participations de capital sont toutefois plus

¹⁶ Cf. Préambule de la loi 262/86, du 2 septembre 1986, qui a approuvé le CSC.

¹⁷ Cf. infra III.

variés et complexes. Une *relation de domination* (articles 486 et 497 du CSC) existe dès lors qu'une société a le pouvoir d'exercer une influence dominante sur une autre société: ce pouvoir d'influence dominante est présumé lorsque la société détient directe ou indirectement plus de la moitié du capital social, la majorité des droits de vote, ou la possibilité de nommer la majorité des membres de l'organe de gestion ou de contrôle de l'autre. Finalement, il peut exister la *relation de groupe* (articles 488-508 du CSC) – le cœur ou la «joyaux de la couronne» du régime portugais des sociétés liées. Contrairement à d'autres législations similaires (notamment, le droit allemand), la loi portugaise ne contient pas une définition générale du groupe mais prévoit seulement trois types de mécanismes concrets pour sa constitution: ce sont la «participation intégrale» (articles 488-491 du CSC), le «contrat de groupe horizontal» (article 492 du CSC) et le «contrat de domination» (articles 493-508 du CSC).

3. Conditions d'Application

Le régime légal sur les sociétés liées n'est pas applicable à quelque relation ou situation de liaison établie entre deux ou plusieurs sociétés, configurable dans la vie économique. Au contraire, l'application de ce régime est subordonnée à la vérification de certaines conditions: ces conditions sont de trois ordres.

Premièrement, il y a une condition relative à la *forme* des sujets intervenants à la relation: aux termes de l'article 481-1 du CSC, les normes légales sur les sociétés liées sont exclusivement applicables aux sociétés anonymes («*sociedades anónimas*»), aux sociétés à responsabilité limitée («*sociedades por quotas*»), et aux sociétés en commandite par actions («*sociedades em comandita por acções*»). Par conséquent, ce droit n'est pas applicable aux relations établies entre autres sociétés commerciales (sociétés en nom collectif, sociétés en commandite simple), ou entre autres types de sociétés (sociétés civiles, coopératives, en participation), non plus qu'entre d'autres formes juridiques d'organisation de l'entreprise, soit collectives (par exemple, groupements d'intérêt économique) ou individuelles (notamment, le commerçant individuel)¹⁸.

¹⁸ À l'inverse, on remarque une tendance dans la législation et la doctrine d'autres pays européens pour considérer comme indifférent la forme juridique des sujets liés: tel est le cas du droit allemand, qui règle

Deuxièmement, la loi prévoit une condition relative à la *nationalité* de sociétés intervenantes: selon l'article 481-2 du CSC, le régime légal est applicable seulement aux relations établies entre sociétés dont le siège est situé en territoire portugais. Cette condition est problématique et paradoxale: tout en discriminant les groupes nationaux en face des groupes étrangers¹⁹, elle semble incompatible, tant avec le but fondamental des lois sur les groupements sociétaires²⁰, qu'avec l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité, consacrée par l'article 12 du Traité de Rome²¹.

Enfin, on doit remarquer une troisième et dernière condition relative à la *nature du lien* ou du rapport lui-même: comme l'on a déjà souligné ci-dessus, dans l'univers des rapports économiques entre sociétés, les règles des articles 481 et suivants du CSC sont seulement applicables aux opérations qui correspondent à un des quatre types de rapports juridiques prévus par la loi (participation simple, réciproque, domination, groupe). Ces rapports sont, en principe, directs et bilatéraux: c'est-à-dire, si, par exemple, une société A détient 60% du capital d'une société B et d'une société C, on aura une relation de domination entre A-B et une autre entre A-C, mais il n'existe aucune relation capitalistique entre B-C. Toutefois, à titre exceptionnel, la loi a reconnue l'existence de relations indirectes et multilatérales. D'une part, la loi a consacré l'existence de la détention par voie indirecte: selon l'article 483-1, sont considérées comme participations appartenant à une société les fractions de capital qui sont détenues par des sociétés dominées, des sociétés groupées ou par un tiers qui les possède pour le compte de cette société²². D'autre part, la loi a aussi admis l'existence

plus largement «entreprises liées» («Verbundenen Unternehmen»). Cf. Emmerich/ M. Habersack, *Konzernrecht*, pp. 22 et ss., 8^e éd., Beck, München, 2005.

¹⁹ Par exemple, si une société anonyme portugaise détient une fraction de 20% du capital social d'une autre société anonyme portugaise, la société détentrice est soumise à une obligation spéciale d'information envers la dernière société, sous peine d'une interdiction d'acquérir des nouvelles actions et d'une suspension du droit de vote attaché à sa participation de capital (articles 484 et 485 du CSC). Tout au contraire, si la société détentrice est étrangère («rectius», son siège se localise en dehors du territoire national portugais), elle n'est pas subordonnée à des telles obligations et sanctions.

²⁰ Comme il est bien souligné par K. Hopt, «the general rules of private international law applicable to groups shall be derived from the purpose of the law to protect the creditors and outside shareholders of the subsidiary in the group. Thus, in principle, the law of groups follows the system applicable to the subsidiary» (*Legal Elements and Policy Decisions in Regulating Groups of Companies*, p. 109, in: C. Schmitthoff/ F. Wooldrige, «Groups of Companies», pp. 81 et ss., Sweet & Maxwell, London, 1991).

²¹ Critiquement, J. Antunes, *O Âmbito de Aplicação do Sistema das Sociedades Coligadas*, in: «Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço», vol. II, pp. 953 et ss., Almedina, Coimbra, 2002; B. Gause, *Europäisches Konzernrecht im Vergleich – Eine Untersuchung auf der Grundlage des portugiesischen Rechts*, pp. 66 et ss., Berlin Verlag/ Nomos, Berlin, 2000.

²² La loi portugaise a ainsi adoptée une sorte de *notion matérielle*, et non purement formelle, de la détention de capital. Sur cette tendance, aujourd'hui universelle, V. aussi les articles L.233-3, I, 1^o et II,

des relations multilatérales: par exemple, dans le cadre des relations de groupe, le régime légal est applicable, non seulement entre la société-mère et ses filiales, mais aussi entre les filiales elles-mêmes (cf. articles 503-2 et 508-1 du CSC).

4. La Relation de Participation Simple

Le premier type de relation entre sociétés est celui de la *relation de participations simples* («relação de simples participação»): lorsqu'une société détient une fraction égale ou supérieure à 10% du capital social d'une autre société, la société détentrice doit informer la société participée de l'acquisition de la participation, aussi bien que de toutes autres acquisitions ou aliénations éventuelles et futures de fractions de son capital (articles 483 et 484 du CSC).

La *notion légale* de ce type de relation est construite sur des conditions positives et négatives. Positivement, la société détentrice doit posséder une fraction du capital d'un montant égal ou supérieur à 10%. La détention peut être directe ou indirecte (article 483-2 du CSC)²³, la loi n'attribuant aucune importance aux droits de votes attachés ou non aux actions ou parts sociales (par exemple, actions sans droit de vote, parts avec vote double, etc.). Négativement, la société détentrice doit avoir aucun autre type légal de rapport ou liaison (article 483-1 du CSC). Ainsi, par exemple, si la société anonyme A acquiert 51% du capital de la société à responsabilité limitée B, ou si les sociétés anonymes C et D détiennent mutuellement une fraction de 15% de leur capital, on aura, respectivement, une relation de domination entre A et B (article 486 du CSC) et des participations réciproques entre C et D (article 485 du CSC), mais en aucun cas une relation de participation simple²⁴.

La *conséquence légale* consiste dans un *devoir d'information* de la société détentrice. Cette obligation légale – comparable à des devoirs analogues prévues dans

L.233-4, L.233-9, L.233-10 du «Code de Commerce» français, le §16, IV du «Aktengesetz» allemande, les articles 82 et 88 de la «Ley de las Sociedades Anónimas» espagnole, l'article 2359-2 du «Codice Civile» italien, ou les "sections" 93 (4) and 400 (3) du «Companies Act» anglais.

²³ Sur la détention indirecte, V. supra II. 3.

²⁴ Tout court, seules les participations unilatérales entre 10% e 50% du capital peuvent ainsi donner origine à une relation de participation simple entre deux sociétés, car des participations supérieures à 50% correspondent déjà à une présomption de domination (article 486-2-a du CSC). Cette condition négative conduit donc à des résultats pratiques assez paradoxaux: elle impose un devoir légale d'information sur les sociétés qui possèdent participation majoritaires, en même temps qu'en dispensent celles qui détiennent participations majoritaires.

autres lois européennes, telle que la «déclaration de franchissement de seuil» en France (article L. 233-7 du «Code de Commerce»), le «Mitteilungspflicht» en Allemagne (§20 du «Aktiengesetz») ou l'«obbligo di comunicazione dei partecipazione rilevanti» (article 120 du «Testo Unico della Finanza»)²⁵ – a comme finalité fondamentale de donner transparence et publicité à la répartition effective du capital des sociétés. La société détentrice de la participation simple doit informer la société dans laquelle est détenue une participation, non seulement du montant de la participation détenue dans leur capital, mais aussi de toutes les variations ultérieures de ce montant (par exemple, par voie de nouvelles acquisitions ou aliénations) et ceci tant que la participation demeure au delà du seuil légal de 10%. Paradoxalement, la loi n'a pas prévu de sanction en cas de défaut d'accomplissement du devoir d'information²⁶. Cette omission légale menace naturellement l'efficacité, du régime concernant les sociétés liées par des participations simples, mais aussi de celui relatif aux participations croisées. En effet, comme on le verra tout de suite, ce dernier régime se fonde sur la présupposition qu'au moins une des sociétés aura communiqué à l'autre la participation détenue, car la loi impose ses effets sur celle société «qui a accompli son devoir d'information en dernier lieu» (article 485-2 du CSC); aussi, l'absence de sanction permet aux sociétés impliquées dans un croisement de capitaux de paralyser la loi, par leur propre initiative, en se mettant d'accord pour ne pas communiquer entre elles les participations acquises.²⁷

5. La Relation de Participations Réciproques

²⁵ Au contraire des lois française ou italienne, le devoir d'information prévu à l'article 484 du CSC s'applique indistinctement à des sociétés cotées et non cotées, si bien que les premières sont encore soumises, en plus, à des *devoirs spéciaux* en matière de participations importantes ou qualifiées (articles 16 et ss. du «Code des Valeurs Mobilières»: cf. J. Antunes, *Participações Qualificadas e Domínio Conjunto*, pp. 45 et ss., UCP, Porto, 2000). V. U. Burgard, *Die Offenlegung von Beteiligungen, Abhängigkeits- und Konzernlagen bei der Aktiengesellschaft*, pp. 44 et ss., Duncker & Humblot, Berlin, 1990; M. Germain, *La Déclaration de Franchissement de Seuil*, in: *Revue de Droit Bancaire et de la Bourse*, 1990, pp. 26 et ss.; P.-H. Conac, *Franchissements de Seuils*, in: *Encyclopédie Dalloz des Sociétés*, éd. Dalloz, 2007.

²⁶ Les sanctions prévues dans les autres lois européennes sont vigoureuses. Par exemple, en droit français, la société fautive est privée des droits de vote attachés aux titres excédant la fraction de capital qui aurait dû être déclarée (article L. 233-14 du «Code de Commerce»).

²⁷ Afin de combler cette lacune légale, la doctrine propose l'application par analogie de la sanction prévue à l'article 485-3 du CSC: la société détentrice ne pourrait pas exercer les votes attachés aux actions ou parts détenues jusqu'à elle ait accompli finalement son devoir d'information (cf. J. Antunes, *Os Grupos de Sociedades*, op. cit., pp. 368 et s.).

Un second type de liaison sociétaire consiste dans l'existence de *participations réciproques* («relação de participações recíprocas»). En termes généraux, cette relation existera lorsque deux sociétés (anonyme, à responsabilité limitée ou en commandite par actions) possèdent mutuellement une fraction de leur capital. Toutefois, la loi portugaise prévoit *deux modalités* possibles de participations croisées, auxquelles on attache différentes conséquences légales: les participations réciproques simples (article 485 du CSC) et les participations réciproques qualifiées (articles 325-A et 325-B du CSC).²⁸

Dans le premier cas (*participations réciproques simples ou pures*), deux sociétés indépendantes détiennent réciproquement une fraction égale ou supérieure à 10% de leur capital. Par exemple, une société possède 15% du capital d'une autre société et cette dernière possède 20% du capital de la première. On doit souligner, à ce propos, que la loi s'applique quelles que soient les caractéristiques de la propriété du capital. Notamment, il est indifférent que les actions ou parts détenues par les sociétés intéressés aient ou non le droit de vote, si elles ont été acquises avec des fonds propres ou non, ou si elles sont détenues directement ou de façon indirecte (par voie de participations circulaires²⁹). La réglementation de cette modalité entraîne un ensemble de conséquences légales qui sont applicables seulement à celle des sociétés intéressées «qui a accompli son devoir d'information en dernier lieu» (article 485-2 du CSC). Parmi les conséquences les plus importantes, on doit mentionner la prohibition de nouvelles acquisitions d'actions ou parts sociales dans le capital de l'autre société (article 485-2 du CSC), la suspension des droits de vote attachés aux actions ou parts qui excèdent le seuil légal de 10% (article 485-3 du CSC), la publicité de l'existence du montant des participations croisées dans les comptes annuels (article 485-5 du CSC), et

²⁸ La réglementation des participations réciproques est devenue pratiquement universelle, même dans les pays que ne prévoient aucun droit des groupes: tel est le cas de la France («participations réciproques»: articles L.233-29 jusqu'à L.233-31 du «Code de Commerce»), de l'Italie («partecipazioni incrociate»: article 2359-bis et ss. du «Codice Civile»), de l'Espagne («participaciones recíprocas»: articles 82 jusqu'à 89 de la «Ley de Sociedades Anónimas»), or du Royaume-Uni («cross-shareholdings»: sections 136 et ss. du «Companies Act»).

²⁹ Les participations circulaires – aussi connues en plusieurs législations comme «ringbeteiligungen» (V. Emmerich) ou «indirect cross-shareholdings» (D. Prentice) – sont des participations croisées où les sociétés détentrices possèdent leurs participations moyennant des sociétés tierces (si, par exemple, la société A possède 55% du capital de la société B, laquelle possède 15% du capital de la société C, laquelle, à son tour, possède 15% du capital de A, on aura une participation croisée entre A et C). À ce sujet, V. R. Korch, *Ringbeteiligungen von Aktiengesellschaften Gesellschafts- und kartellrechtliche Aspekte*, C. Heymanns, Köln, 2002.

la responsabilité civile et pénale des membres de l'organe d'administration en cas de non respect de ces dispositions (articles 485-4 et 510-2 du CSC).

Dans le second cas (*participations réciproques qualifiées ou autocontrôle*), les sociétés qui détiennent les participations réciproques sont simultanément des sociétés dominante et dominée: ainsi, par exemple, la société A possède la majorité du capital de la société B (ou, tout en possédant une fraction minoritaire, est considérée comme dominante de celle-ci), et la société B acquiert une fraction du capital de A. Les risques de cette modalité de croisement de participations sont bien connues. D'une part, des risques patrimoniaux qui consistent dans la «dilution» du valeur de garantie du capital sociale des sociétés intéressées, puisque l'actif de chacune d'elles se trouve indirectement représenté par ses propres actions³⁰. D'autre part, des risques en termes d'organisation qui se traduisent par un danger d'autocontrôle sociétaire, entraînant une sorte d'autoperpétuation des administrateurs des sociétés au détriment du pouvoir souverain des actionnaires³¹. La réglementation de cette modalité de participations réciproques est soumise aux règles générales des autoparticipations (articles 316 et ss. du CSC). Les actions détenues par une société dominée dans le capital de la société anonyme dominante sont considérées comme des actions propres de cette société (article 325-A du CSC)³². Parmi d'autres conséquences, on doit mentionner un principe d'interdiction absolue de souscription par une société dominée des actions de la société dominante, notamment, lors d'une augmentation de capital de cette société (article 316-1 du CSC), un principe de permission conditionnée d'acquisition par la société dominée des actions de la société dominante, dès lors que l'acquisition a été autorisée par l'assemblée générale de la celle-ci (article 325-B-2 du CSC) et reste inférieure à 10% de son capital social (article 317-2 du CSC), et enfin un principe de suspension des droits

³⁰ On parle alors de «anacquamento» (G. Colombo, *Per una Disciplina "Comune" delle Partecipazioni Reciproche*, in: *Giurisprudenza Commerciale*, 2000, p. 813), de «Verwässerung» (V. Emmerich, *Zur Problematik der wechselseitige Beteiligungen*, in: *Juristische Schulung*, 1975, p. 294), or même de «irréalité» (M. Vanhaeke, *Les Groupes de Sociétés*, p. 90, LGDJ, Paris, 1962) du capital sociale. Par exemple, si une société A souscrit 1 million du capital émis par la société B et celle-ci, à l'aide de ces fonds, souscrit 1 million lors d'une augmentation de capital de A, il n'y a qu'un pur jeu d'écritures, le capital étant complètement fictif.

³¹ On parle alors de la pratique de «verrouillage» (Y. Guyon, *Droit des Affaires*, tome I, p. 636, 12^e éd., Economica, Paris, 2003).

³² Ce régime s'applique uniquement dans le cas où la société dominante est une société anonyme ou en commandite par actions. Comme on le verra plus en avant (infra II, 6), le cas des sociétés à responsabilité limitée dominantes est réglé par l'article 487 du CSC.

de vote et certains droits patrimoniaux (notamment, droits aux dividendes) attachés aux actions détenues par la société dominée (article 325-B-3 du CSC).

6. La Relation de Domination

Le troisième type de rapport sociétaire organisé par la loi portugaise est celui de la *relation de domination* («relação de domínio»). Il existe une relation de domination lorsqu'une société, dite «dominante», peut exercer une influence dominante sur une autre société, dite «dominée» (art. 486-1 du CSC).

Etant donné que la notion d'«influence dominante» est une notion assez vague et n'est pas aisée à définir, la loi a consacré un ensemble de *présomptions* de son existence. L'influence dominante est présumée lorsque la société détient directement ou indirectement plus de la moitié du capital social, la majorité des droits de vote, ou dispose de la possibilité de nommer la majorité des membres de l'organe de gestion ou de contrôle de l'autre (article 486-2 du CSC)³³. En application de ces présomptions, les relations de domination entre sociétés peuvent être ainsi créées et établies à travers d'un ensemble vaste de mécanismes de nature légale (v.g., majorité des parts ou voix), de nature contractuelle (v.g., contrat de domination), de nature personnelle (coïncidence de la composition des organes de gestion), de nature organisationnelle (v.g., conventions de vote et pactes d'actionnaires), ou même de nature factuelle (notamment, majorité «de facto» en raison d'un flottant significatif, de clauses spéciales des statuts sociaux), ou revêtir des modalités pratiques très variées, tels que la domination directe et indirecte, la domination positive ou négative (notamment, en certains cas de simple «minorité de blocage»), la domination solitaire ou conjointe (surtout, dans les cas de filiales communes)³⁴.

³³ Au contraire des droits français (article L.233-3 du «Code de Commerce») ou italien (article 2359 du «Code Civile»), bien aussi que le droit communautaire en matière des sociétés (article 1 de la septième directive sur le bilan consolidé), qui ont adopté le terme «contrôle», le législateur portugais a ainsi choisi le concept allemand de «domination» (§ 17 du «Aktiengesetz»). Toutefois, en raison des présomptions légales mentionnées, on peut considérer que les notions coïncident largement.

³⁴ Sur le concept portugais de domination, v. J. Antunes, *Os Grupos de Sociedades*, op. cit., pp. 451 et ss. Pour des concepts identiques ou parallèles dans autres ordres juridiques européennes, V. H. Werner, *Der aktienrechtliche Abhängigkeitstatbestand*, WiRe Verlag, Göttingen, 1979; M. Storck, *Définition Légale du Contrôle d'une Société en Droit Français*, in: *Revue des Sociétés*, 1986, pp. 385 et ss.; M. Lamandini, *Il "Controllo" – Nozioni e Tipo nella Legislazione Economica*, Giuffrè, Milano, 1995; F. Comparato/ C. Salomão, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 4^e éd., Rio de Janeiro, 2005.

Paradoxalement, le droit portugais *n'a pas associé un régime légal propre* à ce type de relation entre sociétés. Son principal effet est de nature purement indirecte. L'article 486 du CSC est une disposition dont la vocation fondamentale est d'appuyer l'interprétation et l'application d'autres normes légales qui font référence à la notion de société dominante et dominée, telles que les normes sur la détention de fractions de capital ou droits de vote (ex., articles 104-2, 447-1, 483-2, 490-1 du CSC, article 20 du «Code des Valeurs Mobilières»), sur les participations réciproques (ex., articles 325-A et 325-B du CSC), ou sur les incompatibilités des membres des organes de administration et contrôle (ex., articles 28-2, 414-A, 446 du CSC). D'autres conséquences secondaires s'appliquent aux participations réciproques qualifiées (article 487 du CSC) et aux devoirs de publicité de la relation de domination dans les comptes annuels des sociétés dominante et dominée (article 486-3 du CSC). Au contraire d'autres ordres juridiques européennes qui ont prévu un régime global et unitaire en matière des groupes de société (notamment, l'Allemagne), le législateur portugais n'a pas donc établi des normes spéciales relatives à la protection de la société dominée, de ses actionnaires minoritaires ou de ses créanciers. De toute façon, une telle protection peut être obtenue, dans une certaine mesure, au travers des normes générales du droit des sociétés qui imposent aux dirigeants le devoir de respecter l'intérêt social propre de chaque société (article 64 du CSC), qui sanctionnent l'actionnaire de contrôle avec une responsabilité solidaire pour l'exercice dommageable de son influence (article 83-4 du CSC) et qui prévoient l'annulation des délibérations de l'assemblée générale qui constituent un abus de majorité (article 58-2-a du CSC).

7. La Relation de Groupe

La *relation de groupe* («relação de grupo») représente le dernier mais aussi le plus important type de relations entre sociétés (articles 488-508 du CSC). Comme l'on a déjà souligné, le but fondamentale de loi portugaise est d'établir un régime global pour des groupes, tout en donnant une traduction dans le droit positif à ce que René Rodière baptisait, il ya a déjà 40 ans, comme la passage des sociétés de l'âge atomisé à l'ère moléculaire³⁵. Or, le groupe de sociétés constitue à présent, non seulement la plus

³⁵ R. Rodière, *La Protection des Minorités dans les Groupes de Sociétés*, in: *Revue des Sociétés*, 1970, p.

sophistiquée des relations entre sociétés, mais surtout une nouvelle et complexe forme d'organisation de l'entreprise qui s'est imposée comme paradigme réel du système économique contemporain.

Contrairement à d'autres législations qui ont suivie un approche similaire (notamment, l'allemande ou le soi-disant «modèle organique» du projet de 9^{ème} directive en matière de groupes), la loi portugaise ne contient aucune définition générale et abstraite de groupe, mais se borne à prévoir *trois types de mécanismes pour sa constitution*: ces mécanismes sont la «participation intégrale» (articles 488-491 du CSC), le «contrat de groupe horizontal» (article 492 du CSC) et le «contrat de domination» (articles 493-508 du CSC). Le «*contrat de domination*» est un contrat par lequel la gestion d'une société, dite société filiale ou subordonnée, est soumise au pouvoir de direction d'une autre société, dite société-mère ou directeur (article 493 du CSC). La conclusion de ce contrat spécial n'est valable que si les assemblées générales des deux sociétés l'approuvent à la majorité qualifiée (article 496 du CSC). Le régime d'un groupe contractuel ainsi formé entraîne deux types de conséquences fondamentales. D'une part, *la légitimation du pouvoir de direction de la société-mère et de l'entreprise de groupe elle-même dans le cadre du droit des sociétés*. La société-mère a un pouvoir légal, non seulement «de facto», de donner des instructions contraignantes aux dirigeants des filiales en ce qui concerne sa gestion, qu'elles soient d'ordre général (par ex., stratégie économique commune) ou spécifiques (par ex., ne pas dépasser un certain plafond d'investissements). Ces dirigeants sont obligés de suivre ses instructions, même lorsque son exécution entraînera des préjudices économiques ou patrimoniaux pour la filiale, dès lors que se préjudice peut être justifié par un bénéfice apporté à la société-mère ou à une autre filiale du même groupe (par ex., transfert d'un secteur de production lucrative, concession des excédents de trésorerie au sein du groupe, etc.) (articles 493-1 et 503 du CSC)³⁶. D'autre part, *la protection de la société filiale, de ses actionnaires minoritaires et de ses créanciers*, dont le statut juridique originaire à été bouleversé à cause de cette «légalisation» du pouvoir de direction: cette

243.

³⁶ Si les dirigeants de la filiale ne suivaient pas ces instructions, ils manqueraient à leurs obligations, en risquant d'être révoqués (article 504-2 du CSC). En plus, la loi permet aux groupes de renforcer leur intégration financière moyennant la conclusion d'un contrat accessoire: le *contrat de transfert de bénéfices* (article 508 du CSC), par lequel la filiale s'oblige à transférer annuellement à la société-mère ou autre filiale du même groupe une part ou l'intégralité de leur revenu.

protection se traduit par un devoir de comblement par la société-mère de toutes les pertes annuelles enregistrées au bilan de la filiale (article 502 du CSC), par une responsabilité directe et illimitée pour les dettes de la filiale (article 501 du CSC), bien qu'un devoir de offrir aux actionnaires minoritaires ou externes de la filiale, à leur choix, la possibilité d'acheter leurs titres ou de leur assurer un dividende garanti (articles 494, 497, 499 et 500 du CSC)³⁷.

Un autre mécanisme important de constitution d'un groupe est celui de la «*participation intégrale*», c'est-à-dire, la détention directe ou indirecte par une société, dite totalement dominante, de tout le capital d'une autre société, dite totalement dominée. La participation de 100% peut revêtir deux modalités: elle peut être de nature originaire – découlant de la souscription intégrale du capital d'une nouvelle société («*domination total initiale*» : cf. articles 270-A et 488 du CSC)³⁸ – ou dérivé – résultant de l'acquisition de toutes les actions ou parts d'une société déjà existante («*domination total survenant*» : cf. article 489 du CSC). Le régime applicable à ce type de groupe fondé sur des liens financiers est le même que celui qui s'applique aux groupes fondés sur une base contractuelle (article 491 du CSC). Une procédure importante prévue dans la loi, qui favorise la formation de ce type de groupe et qui assure en même temps une protection des associés des futures filiales à 100%, est celle de l'achat des participations minoritaires (article 490 du CSC)³⁹. Lorsqu'une société possède 90% ou plus des actions ou parts d'une autre société, elle a le droit d'achat intégral envers les actionnaires ou associés minoritaires (droit d'exclusion ou «*squeeze-out*»), et ceux-ci

³⁷ Ce système de protection s'avère assez lourde du point de vue pratique pour les sociétés-mères, tout en combinant une protection directe (article 501 du CSC) et indirecte (article 502 du CSC) à faveur des créanciers des filiales. En outre, la nature presque automatique de la responsabilité de la société-mère pour les dettes des filiales – similaire à celle qui était prévue dans le projet de 9^{ème} directive (*Proposition d'une neuvième directive fondée sur l'article 54, par. 4, lettre g) du Traité CEE relative aux liens entre entreprises, et en particulier aux groupes*, in: CEE Doc. XI 215/77) – est une solution trop rigide et garantiste, car elle impose à cette société-là une responsabilité même par les dettes sociales qui n'ont pas eu leur origine dans l'exercice de son pouvoir de direction. À ce sujet, voire J. Antunes, *Liability of Corporate Groups*, pp. 277 et ss., Kluwer, Boston/ Deventer, 1994.

³⁸ Le droit portugais reconnaît donc la possibilité de création de sociétés par un acte unilatéral d'une seule personne, non seulement dans le cas de la société à responsabilité limitée (articles 270-A et ss. du CSC) – c'est le cas en droit français, avec le modèle de l'«*entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*» –, mais aussi dans le cas des sociétés anonymes dont l'actionnaire unique est une autre société anonyme, une SARL, ou une commandite par actions (article 488 du CSC).

³⁹ Pour les sociétés cotées, la loi prévoit encore une procédure similaire, dont le fonctionnement dépend de la détention de 90% des droits de vote, et non du capital, à la suite d'une offre publique d'achat (article 194 du «*Code des Valeurs Mobilières*»). Sur cette procédure, V. J. Antunes, *A Aquisição Tendente ao Domínio Total*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

ont un droit d'exiger de celle-ci l'acquisition de leurs titres (droit de retrait)⁴⁰. La Cour Suprême de Justice portugaise a considérée cette procédure de retrait obligatoire ou forcé comme contraire aux principes généraux de la protection de la propriété privé (notamment, l'interdiction d'une expropriation pour cause d'utilité privée) et de l'égalité consacrés dans la Constitution de la République Portugaise⁴¹. Toutefois, la Cour Constitutionnelle, qui avait le dernier mot a ce sujet, a renverser cette décision dans un arrêt devenu célèbre (arrêt n° 491/92, du 26 novembre 2002), en considérant que la procédure de retrait de l'article 490 du CSC se justifie par le besoin de permettre aux sociétés l'adoption de la structure de groupe, n'heurtant pas les principes de la propriété et de l'égalité des actionnaires.⁴²

III. LES GROUPES DANS LES AUTRES DOMAINES DU DROIT

Le droit des groupes de sociétés est devenu, de plus en plus, un droit *multidisciplinaire*. Et peut-être les plus importantes innovations de la réglementation de ce phénomène juridique et économique proviennent aujourd'hui, non du droit des sociétés, mais d'autres branches du Droit.

Ainsi, en *droit fiscal* et en *droit comptable*, les groupes sociétaires sont traités par le législateur portugais en tant que sujet ou entité unitaire, pas seulement du point de vue économique, mais aussi juridique. Tel est le cas des régimes spéciaux d'imposition sur le bénéfice consolidé du groupe (articles 63 et ss. du «Code de l'Impôt sur le Personnes Morales » de 1989) et de la présentation des comptes annuels consolidées (articles 508-A et ss. du CSC, Loi n° 239/91, du 2 juillet)⁴³. Aussi le *droit du travail* envisage le groupe en tant qu'une entreprise unitaire, en tirant les conséquences juridiques soit au niveau des relations individuelles (par ex., en cas de mutation ou

⁴⁰ Des procédures identiques ou semblables sont aujourd'hui répandues dans les ordres juridiques mondiales, notamment en France, avec l'«offre de retrait obligatoire» (articles 237-1 et ss. du «Règlement Général de l'Autorité des Marchés Financiers»: cf. C. Baj, *Le Retrait Obligatoire des Actionnaires Minoritaires des Sociétés Cotées*, in: *Revue de Droit Bancaire*, 1994, pp. 154 et ss.).

⁴¹ Arrêt du 2 octobre 1997, in: *Boletim do Ministério da Justiça*, 1997, 619 e ss.

⁴² À ce propos, V. J. Antunes, *O Artigo 490.º CSC e a Lei Fundamental – “Propriedade Corporativa”, Propriedade Privada, Igualdade de Tratamento*, in: «Estudos em Comemoração dos Cinco Anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto», 147 e ss., Coimbra Editora, 2001; A. Cordeiro, *Da Constitucionalidade das Aquisições Tendentes ao Domínio Total (Artigo 490.º, n° 3 do Código das Sociedades Comerciais)*, in: *Boletim do Ministério da Justiça*, 1998, 5 e ss.

⁴³ NUNES. G. Avelãs, *Tributação dos Grupos de Sociedades pelo Lucro Consolidado em Sede de IRC*, Almedina, Coimbra, 2001.

transfert des salariés au sein du groupe : cf. articles 92 et 324 du «Code du Travail» de 2003) ou des relations collectives de travail (notamment, a l'effet de la création d'un comité de groupe: cf. article 461-3 du «Code du Travail»)⁴⁴. Le *droit bancaire* prescrit un régime de supervision globale et consolidé pour les groupes ou «conglomérats» financiers, tout en soumettant l'ensemble des sociétés groupées au contrôle commune de la Banque du Portugal et au respect des règles générales en matière de ratios de solvabilité, de contrôle des grandes risques, etc. (articles 130 et ss. de la «Loi des Établissements de Crédit et Sociétés Financières» de 1992)⁴⁵. Et beaucoup d'autres branches du droit pourraient être aussi mentionnées, telles que le *droit des marchés financiers* (qui prévoit des importants devoirs de transparence et information sur la propriété du capital des sociétés liées qui sont cotées en bourse : cf. articles 16 et ss. du «Code des Valeurs Mobilières» de 1999⁴⁶), le *droit de la concurrence* (qui qualifie expressément le groupe comme d'entité unique pour l'application des normes légales sur les pratiques restrictives, les ententes, les concentrations et les abus de position dominante (article 2-2 de la «Loi de la Concurrence» de 2003)⁴⁷, du *droit des entreprises en difficultés* (qui subordonne les crédits des sociétés-mères en cas de liquidation de la filiale: cf. articles 48-a et 49-2-b du «Code de la Liquidation et Redressement Judiciaires des Entreprises»)⁴⁸, etc.

IV. CONCLUSION

Les liens entre sociétés sont devenus, partout le monde et depuis longtemps, une réalité inéludable: en particulier, sa manifestation plus achevée et sophistiquée – le groupe de sociétés – s'est imposé même comme l'acteur central de l'univers économique contemporain.

Quelques dizaines d'années après son instauration, il est déjà possible faire un bilan du droit portugais des relations entre sociétés consacré dans le CSC de 1986. Il est

⁴⁴ C. Carvalho, *Da Mobilidade dos Trabalhadores no Âmbito dos Grupos de Empresas Nacionais*, UCP Editora, Porto, 2001.

⁴⁵ J. Antunes, *A Supervisão Consolidada dos Grupos Financeiros*, UCP Editora, Porto, 2000.

⁴⁶ C. Castro, *A Imputação dos Direitos de Voto no Código dos Valores Mobiliários*, in: *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, 2000, pp. 163 et ss.

⁴⁷ A. Cordeiro, *As Coligações de Empresas e os Direitos Português e Comunitário da Concorrência*, in: *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1987, pp. 81 et ss.

⁴⁸ L. Fernandes/ J. Labareda, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, pp. 226 et ss., *Quid Juris*, Lisboa, 2008.

certainement remarquable que le droit des sociétés portugais *a pris en compte cette réalité*, en devenant le troisième pays en tout le monde à établir un régime global, unitaire et systématique sur les relations entre sociétés (après l'Allemagne en 1965 et le Brésil en 1976): avec cette réglementation, le législateur portugais a adapté son droit des sociétés à la réalité des sociétés, en essayant de combler l'énorme lacune entre fait et norme qui le caractérisait auparavant. Toutefois, il n'est pas sûr que cette réglementation a accompli parfaitement tous ses objectifs. Dès lors, on peut se demander si la *méthodologie* législative adoptée – consistant dans une codification sociétaire globale dans la matière – ne s'est pas avéré trop rigide ou même ambitieuse: de plus en plus, il semble que la réalité toujours changeante et caméléonesque des groupes de sociétés, bien que son but fondamental d'équilibre entre les divers intérêts impliqués (actionnaires, créanciers, investisseurs, travailleurs, gestion), seront plutôt réglés davantage à l'aide de normes aussi bien flexibles, multidisciplinaires (qui proviennent d'autres branches au-delà du droit des sociétés), destinées à résoudre des questions spécifiques. En plus, la *réglementation elle-même* présente quelques aspects qui en diminuent l'efficacité: c'est notamment le cas de l'omission d'une sanction légale pour la violation du régime des relations de participation simple, l'absence de conséquences légales spécifiques pour les relations de domination, bien que le modèle assez rigide et artificielle d'organisation des relations de groupe fondé sur un contrat (lequel reste encore aujourd'hui totalement inconnue de la pratique des groupes portugais).