Document généré le 24 avr. 2024 22:29

Revue du notariat

CLOISONNEMENT PATRIMONIAL EN DROIT DES SOCIÉTÉS : FONCTIONNEMENT ET DYSFONCTIONNEMENT

Jean-Jacques DAIGRE

Volume 111, numéro 2, septembre 2009

URI : https://id.erudit.org/iderudit/1044882ar
DOI : https://doi.org/10.7202/1044882ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)
2369-6184 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

DAIGRE, J.-J. (2009). CLOISONNEMENT PATRIMONIAL EN DROIT DES SOCIÉTÉS : FONCTIONNEMENT ET DYSFONCTIONNEMENT. *Revue du notariat*, *111*(2), 393–403. https://doi.org/10.7202/1044882ar

Tous droits réservés © Jean-Jacques DAIGRE, 2009

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

CLOISONNEMENT PATRIMONIAL EN DROIT DES SOCIÉTÉS : FONCTIONNEMENT ET DYSFONCTIONNEMENT

Jean-Jacques DAIGRE*

A- Commençons par les moyens de la bonne gouvernance, c'est-à-dire par la question de son organisation. 397

B- La seconde approche de la gouvernance réside en effet dans l'orientation de la gouvernance. La question n'est plus celle des moyens, mais celle de la fin 399

* Professeur, Directeur du Master professionnel de droit bancaire et financier, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I).

Georges Ripert a écrit que la société par actions est un merveilleux instrument du capitalisme[1]. Il avait et continue d'avoir raison : la société par actions permet de multiplier à l'infini les capacités d'une entreprise individuelle, par la réunion d'entrepreneurs et d'investisseurs et, au-delà, par le groupement de sociétés ; elle permet également aux associés de limiter leur risque financier par le cloisonnement patrimonial qu'elle permet. Mais, la société est également un instrument dangereux : pour les créanciers, en raison même de la limitation de responsabilité dans les sociétés par actions ; pour les actionnaires minoritaires, en raison de la concentration du pouvoir dans les mains des majoritaires ou, du moins, de ceux qui la contrôlent.

Aussi, y a-t-il eu très tôt des réactions en droit français. Au XIXe siècle et jusqu'à la veille des années 30, ces réactions ont été le fait de la pratique et de la jurisprudence, qui ont puisé dans le droit commun les instruments d'une certaine moralisation du fonctionnement des sociétés. Ont ainsi été utilisés la déclaration de fictivité de la société quand les actionnaires majoritaires en faisaient trop systématiquement et trop massivement leur chose, au mépris de l'*affectio societatis*, l'engagement de la responsabilité civile des dirigeants quand ils avaient commis des fautes dans la direction et la gestion de la société, ou des majoritaires par l'arme de l'abus de majorité lorsque, sans aller jusqu'à fouler la personnalité morale, ils abusaient de leur position. Mais ces interventions prétoriennes ont eu très vite leur limite, les instruments du droit commun étant peu adaptés. La preuve de la fictivité était extrêmement difficile à démontrer car, soit il fallait prouver que manquait, dès l'origine, l'un des éléments du contrat de société, en particulier l'*affectio societatis*, soit il fallait démontrer que les associés s'étaient comportés au vu et au su de tous comme les véritables maîtres de l'affaire et avaient confondu le patrimoine social avec le leur. Pour la mise en jeu de la responsabilité des dirigeants, deux obstacles la rendaient également difficile : la difficulté de prouver une véritable faute qui ne soit pas un simple choix de gestion, même malheureux ; la difficulté de caractériser le lien de causalité, tant il était souvent difficile de

1. G. RIPERT, *Aspects du capitalisme juridique moderne*, Paris, L.G.D.J., 1947.

trouver quel dirigeant ou quel organe avait précisément été à l'origine de la décision fautive. Enfin, s'agissant de l'abus de majorité, la conception prétorienne restrictive en rendait la preuve difficile car il fallait et il faut toujours démontrer la conjugaison de deux conditions : une décision des majoritaires uniquement prise dans leur intérêt, pour nuire aux intérêts des minoritaires et contraire à l'intérêt social.

Aussi, fallut-il que le législateur intervînt, ce qu'il fît nettement à deux époques. La première intervention prit place au cours des années 30, à la suite des effets de la crise de 1929. Ainsi, fut renforcée la responsabilité civile des dirigeants sociaux, créée l'infraction d'abus de biens sociaux et renforcés les pouvoirs des commissaires aux comptes, en particulier par la création d'une profession indépendante. L'objectif du législateur de l'époque fut de moraliser la gestion des sociétés par actions.

Si l'on excepte la période de la seconde guerre mondiale, qui vit pourtant l'intervention de textes importants dans ce domaine, il faut directement passer aux années 60 pour voir surgir une nouvelle législation restrictive et protectrice. En France, elle eut deux causes, qui se sont combinées : d'une part, la mise à jour et la rationalisation du droit des sociétés, qui s'était dispersé dans une multitude de textes, par la grande loi du 24 juillet 1966, véritable code du droit français des sociétés ; d'autre part, le lancement de l'harmonisation européenne en droit des sociétés à partir de 1968. Les deux allèrent dans la même direction et conduisirent à l'instauration d'un pouvoir légal étendu des dirigeants et, en contrepartie, d'une responsabilité légale renforcée de ceux-ci. Héritant de la loi de tous les pouvoirs de gestion à la tête des sociétés par actions, quelle que soit la volonté des actionnaires, ils supportèrent de ce jour une responsabilité civile pour tout manquement à la loi et à la réglementation, pour tout manquement aux statuts et pour toute faute de gestion, sans pouvoir s'en dégager par une quelconque clause limitative ou élusive de responsabilité et sans plus pouvoir se prévaloir d'un éventuel quitus.

En parallèle, au cours de la même période et postérieurement, le droit prétorien français s'est employé à renforcer le rôle de l'intérêt social comme « boussole du droit des sociétés » et étalon de mesure des décisions des dirigeants, spécialement dans les groupes de sociétés. De même et postérieurement, s'est affirmé et affiné le

mouvement de renforcement et de contrôle du gouvernement des entreprises, en particulier par l'instauration de comités et d'administrateurs indépendants. S'y est ajouté pour les sociétés cotées sur un marché financier, le mouvement de renforcement de la transparence financière.

Au résultat, existent aujourd'hui de nombreux garde-fous, de nature et de portée très différentes, qui donnent le sentiment de préoccupations communes mais de réactions désordonnées. On peut néanmoins tenter de les regrouper en deux directions : d'un côté, existent des obligations que l'on peut dire de « bonne gouvernance » ; de l'autre, des obligations de « bonne transparence ».

S'agissant de la gouvernance des sociétés, celle-ci peut être envisagée de deux manières, l'une relevant plus de l'ordre des fins (comment bien orienter la gouvernance des entreprises ?), l'autre plus de l'ordre de la méthode (comment bien organiser la gouvernance des entreprises ?). Cette dualité répond en écho à l'un des débats fondamentaux actuels de la régulation : faut-il plus de forme ou plus de fond ?

Le droit européen des sociétés a évolué dans son approche de la réglementation de la gouvernance des entreprises, mais se montre globalement plus favorable aux questions de méthode, laissant la question des fins aux choix nationaux. Le droit français a également beaucoup évolué, mais reste plutôt attaché à la définition des objectifs.

A- Commençons par les moyens de la bonne gouvernance, c'est-à-dire par la question de son organisation

Le droit européen a, dans cette perspective, fait de la gouvernance avant la lettre, dès la fin des années 60. Mais il est certain que le mouvement mondial relatif à la gouvernance des entreprises est venu accélérer et renforcer l'orientation européenne du droit des sociétés en ce sens.

Au résultat, aujourd'hui, deux grandes réglementations existent, la première relative à la délimitation du pouvoir des dirigeants de société, la seconde au contrôle de l'exercice du pouvoir par les dirigeants.

S'agissant de la délimitation du pouvoir des dirigeants de sociétés, le droit européen a, dès 1968, généralisé le système allemand du pouvoir légal. Depuis lors, dans tous les systèmes juridiques des pays membres de l'Union européenne, les dirigeants de sociétés ont un pouvoir légal de gestion. Cela signifie que ce pouvoir ne leur vient pas des actionnaires mais de la loi et qu'il s'agit donc d'un pouvoir propre. Aussi, les autres organes de la société, qu'il s'agisse du conseil d'administration ou de l'assemblée des actionnaires, ne peuvent empiéter sur ce pouvoir et prendre des décisions qui seraient de l'ordre des décisions de gestion ou de direction générale. La loi européenne a instauré une véritable séparation des pouvoirs. Il est cependant possible, dans les statuts, de prévoir des limitations de pouvoirs des dirigeants au profit d'autres organes. Cependant, ces limitations statutaires des pouvoirs sont inopposables aux tiers avec lesquels les dirigeants entrent en relation, quand bien même ces derniers en auraient eu connaissance, de sorte qu'un dirigeant indélicat pourrait exercer la plénitude de son pouvoir légal malgré les exceptions statutaires et engager la société. Évidemment, il commettrait ainsi une faute, qui permettrait aux actionnaires d'agir en responsabilité contre lui, en particulier au nom de la société, mais également en leur nom, du moins s'ils pouvaient démontrer un préjudice personnel direct.

La raison de ce principe du pouvoir légal, qui peut paraître curieux, tient à la volonté du législateur européen de protéger les tiers qui entrent en relations d'affaires avec la société et ne doivent pas courir le risque d'une annulation des contrats conclus pour la raison que le dirigeant n'aurait pas respecté ses limites statutaires de pouvoir. L'idée est de ne pas imposer aux cocontractants de vérifier chaque fois les pouvoirs exacts des dirigeants.

Évidemment, ce système présente des dangers pour les actionnaires minoritaires. Mais ceux-ci ne sont pas démunis face aux dirigeants. D'une part, ils bénéficient d'une information assez complète sur les conséquences comptables et financières de la gestion des dirigeants. Au surplus, ils peuvent engager la responsabilité de celui-ci, ainsi que l'on vient de dire, si un manquement légal, réglementaire et statutaire était commis ou une faute de gestion. Ils pourraient même engager sa responsabilité pénale si la faute commise par le dirigeant s'avérait caractériser un véritable abus de biens sociaux, c'est-à-dire un détournement d'actif.

S'agissant du contrôle de l'exercice du pouvoir, il est traditionnellement confié, en France, aux actionnaires, lors de l'assemblée annuelle, et aux commissaires aux comptes.

Mais le contrôle de l'exercice du pouvoir sort très largement renforcé du mouvement du gouvernement d'entreprise, par l'introduction d'administrateurs indépendants dans les conseils d'administration et l'instauration de comités indépendants, en particulier pour la nomination et la rémunération des dirigeants. Mais il faut immédiatement atténuer cette remarque.

En effet, les principes du gouvernement d'entreprise relèvent encore souvent de l'auto-réglementation, voire simplement de l'auto-discipline, de sorte qu'ils n'ont rien d'obligatoire juridiquement. Certes, le phénomène de mimétisme et, surtout, la pression des actionnaires, en particulier des investisseurs institutionnels, ont conduit toutes les grandes sociétés à se doter d'administrateurs et de comités indépendants. Il reste néanmoins que le résultat est loin d'être à la hauteur de l'attente, en particulier dans le domaine des rémunérations et des avantages à l'entrée en fonction et à la cessation des fonctions, et des bonus annuels.

C'est qu'il ne suffit pas de mettre en place une bonne méthode pour bien gouverner, il faut encore l'appliquer à une certain fin.

B- La seconde approche de la gouvernance réside en effet dans l'orientation de la gouvernance. La question n'est plus celle des moyens, mais celle de la fin

De manière générale, le droit européen, du moins de la plupart des pays de l'Europe continentale, se fait de la finalité de la gestion des entreprises une haute idée : elle doit être commandée par l'intérêt supérieur de l'entité, qui ne se confond pas avec la somme des intérêts individuels des actionnaires ou des différentes catégories d'actionnaires. L'affirmation est particulièrement nette en droit français.

La notion d'intérêt social ou d'intérêt du groupe trouve particulièrement à s'appliquer dans le domaine pénal, à propos de la répression de l'abus de biens sociaux. C'est dire son importance pratique. Elle trouve également à s'appliquer à propos de la mise en jeu de la responsabilité civile des dirigeants et de l'annulation des décisions abusives des majoritaires.

Il reste difficile de définir a priori la notion d'intérêt social. Un débat a particulièrement agité la doctrine française il y a quelques décennies, de savoir si l'intérêt social s'identifiait à l'intérêt de l'entreprise, c'est-à-dire s'il devait prendre en compte également l'intérêt des salariés et des tiers. La Cour d'appel de Paris avait retenu la conception la plus large, mais dans une affaire si particulière qu'il était difficile d'y voir un arrêt de principe ou un précédent. En effet, il s'était agi de savoir si le conseil d'administration d'une filiale française d'un groupe des États-Unis pouvait sacrifier les intérêts de la société française pour préserver ceux de la société-mère nord-américaine, qui tenaient en particulier à ses bonnes relations avec l'Administration publique et le pouvoir politique (les administrateurs américains majoritaires au conseil d'administration avaient décidé de rompre un contrat de fourniture de remorques de camions à la Chine Populaire pour éviter que le Gouvernement des États-Unis ne reproche à la société-mère d'avoir violé l'embargo sur les exportations vers la Chine ; on était dans les années 60...). Tenant compte de l'intérêt de l'entreprise et des salariés, la Cour d'appel de Paris a annulé la décision du conseil d'administration. Mais, cet arrêt est demeuré sans lendemain. Il est vrai que les salariés français trouvent aujourd'hui bien d'autres protections et bien d'autres moyens de se faire entendre, que ce soit par les institutions représentatives du personnel au sein des entreprises, par la section syndicale d'entreprise ou par les syndicats.

La question a néanmoins rebondi à l'échelle des groupes de sociétés : y a-t-il un intérêt du groupe qui serait distinct de l'intérêt de chacune des filiales ? La jurisprudence française a eu une réponse nuancée et équilibrée : l'intérêt du groupe existe, mais ne peut permettre une décision de la société-mère qui porterait atteinte à l'intérêt social d'une filiale, du moins sans contrepartie et en la mettant en risque.

S'agissant de la transparence comme contrepartie au cloisonnement patrimonial, la préoccupation est plus récente mais n'en est pas moins importante. La transparence est même devenue une préoccupation générale.

Toutes les sociétés sont soumises à des obligations d'information comptable au profit de leurs actionnaires. L'exigence est traditionnelle, mais elle s'est largement renforcée ces dernières décennies, par un élargissement et un approfondissement du rôle

des contrôleurs des comptes. Cela vaut pour toutes les sociétés, cotées ou non.

Mais, en droit européen, les obligations de transparence financière s'appliquent essentiellement aux sociétés cotées, c'est-à-dire à celles qui proposent leurs titres par l'intermédiaire d'un marché financier. De très nombreuses obligations d'information financière viennent en effet enserrer la gestion de ces sociétés.

a) S'agissant de la transparence comptable, elle s'impose à toute société.

1. En droit européen, toute société est en effet obligée d'établir des comptes annuels, assortis d'un rapport et d'une annexe qui donnent les explications fondamentales et les compléments d'information qui ne figurent pas dans les comptes. Les comptes annuels doivent être arrêtés par le conseil d'administration et approuvés par l'assemblée générale des actionnaires. Ils doivent être accompagnés d'un rapport de gestion du conseil d'administration, qui expose l'évolution de la gestion au cours du dernier exercice, le tout étant déposé en annexe d'un registre public.

Au surplus, les comptes annuels doivent être, avant approbation par l'assemblée des actionnaires, contrôlés par les commissaires aux comptes, qui doivent attester qu'ils sont réguliers, sincères et donnent une image fidèle de l'entreprise et de son patrimoine. C'est à ce prix que les commissaires aux comptes peuvent certifier les comptes annuels, ce qu'ils doivent faire officiellement s'ils leur paraissent conformes. À défaut, ils doivent assortir leur certification de réserves, voire refuser de certifier.

2. La sanction de l'établissement et de la publication de comptes qui ne seraient pas réguliers ou sincères ou ne donneraient pas une image fidèle de l'entreprise ou de son patrimoine serait essentiellement pénale. Il s'agit d'une infraction redoutée des dirigeants, mais également des commissaires aux comptes qui risquent d'être poursuivis pour complicité. À cela s'ajoute le risque pour ces derniers de poursuites disciplinaires.

b) S'agissant de la transparence financière, celle-ci ne s'impose qu'aux sociétés cotées.

En effet, les sociétés cotées sur un marché financier sont tenues à trois types d'information financière.

En premier, mais ce n'est pas une hiérarchie, elles sont tenues à une information financière périodique. Elles doivent, non seulement établir leurs comptes annuels et les mettre à la disposition des actionnaires, mais également les publier, de sorte que chacun puisse en avoir facilement connaissance. Ils figurent aujourd'hui sur les sites Internet des sociétés. Mais s'y ajoute l'obligation d'établir des comptes semestriels et des comptes trimestriels et de les publier. S'y adjoint également l'obligation d'établir un document annuel de référence comportant le plus grand nombre d'informations possible, comptables, juridiques, financières, etc.

À l'information périodique s'ajoute une information que l'on peut dire occasionnelle, mais qui n'en est pas moins importante. Chaque fois qu'une société fait une offre au public de ses titres, soit par un moyen de publicité quelconque, soit par démarchage, soit par l'intermédiaire d'une banque ou d'une entreprise d'investissement, elle doit établir et publier un prospectus très complet.

Enfin, ces différentes obligations sont couronnées par une obligation permanente d'information. En effet, les dirigeants d'un émetteur doivent, à tout moment, rendre public tout fait susceptible d'avoir une incidence sur le cours de bourse, ce qui est très large. L'émetteur doit le faire par un communiqué public, immédiat, complet et honnête.

Il faut, à cette occasion, noter un changement important, qui vient d'intervenir à la suite d'une directive européenne. Jusqu'à maintenant, dans différents pays dont la France, la société qui une fois émettait des titres par appel public à l'épargne était ensuite continûment soumise à ces diverses obligations. Seules y seront dorénavant soumises les sociétés cotées, ce qui y fera échapper les sociétés procédant ponctuellement à une offre publique de titres sans les faire admettre sur un marché financier. Elles demeureront, pour autant, soumises aux obligations comptables précédentes et aux sanctions qui y sont attachées. Elles seront également soumises à l'obligation de publier un prospectus à l'occasion de chaque offre de titres au public.

Pour les dirigeants des sociétés cotées, s'ajoutent des obligations récentes. Ils doivent révéler les avantages qui sont attachés à la cessation de leurs fonctions.

La violation de ces obligations peut être doublement sanctionnée. D'une part, par l'autorité de régulation, au titre de son pouvoir de sanction administrative, ce qui peut la conduire à prononcer des sanctions pécuniaires très lourdes, tant à l'égard de l'émetteur qu'à l'égard de ses dirigeants. Ceux-ci peuvent également être, dans certains cas, poursuivis pénalement pour diffusion de fausse information.

Les commissaires aux comptes peuvent également faire l'objet de poursuites et de sanctions particulières, qui peuvent se cumuler : poursuite et sanction administrative par l'autorité de régulation, poursuite et sanction disciplinaire par l'autorité disciplinaire et poursuite et sanction pénale par l'autorité judiciaire si une infraction a été commise à cette occasion.

L'un des débats actuels en France porte sur ce cumul possible de sanctions, tant pour l'émetteur et ses dirigeants que pour les commissaires aux comptes. Mais c'est un autre sujet.