

Droit de la régulation bancaire et financière

Cours magistral du semestre de printemps 2017

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

mafr@mafr.fr

www.mafr.fr

Leçon n°6

**L'évolution du droit des sociétés
sous l'influence de l'analyse
financière**

Mercredi 8 mars 2017

Introduction méthodologique à la leçon 6 et 7

- La réglementation du droit des sociétés s'apprend par consultation d'Internet
- Les robots la manient mieux que les êtres humains
- Il faut être **attentif** aux mouvements de fond
 - Les comprendre
 - Les replacer (par rapport à d'autres branches du droit, d'autres systèmes juridiques, d'autres matières)
 - Les anticiper
 - Les contrer
 - Les provoquer
- Les algorithmes ne peuvent rien faire de cela

Première leçon sur le Droit des sociétés :

L'ÉVOLUTION DU DROIT DES SOCIÉTÉS SOUS L'INFLUENCE DE L'ANALYSE FINANCIÈRE

I. DE LA CONCEPTION TRADITIONNELLE DU DROIT DES SOCIÉTÉS À LA CONCEPTION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

II. LA SOCIÉTÉ, FORME MODERNE DE L'ORGANISATION ÉCONOMIQUE FINANCIARISÉE

Seconde leçon sur le Droit des sociétés :

LE BOULEVERSEMENT DU DROIT DES SOCIÉTÉS PAR LA CONSIDÉRATION DU MARCHÉ FINANCIER

I. LA *SUMMA DIVISIO* DES SOCIÉTÉS COTÉES ET DES SOCIÉTÉS NON-COTÉES

II. LE RÉGULATEUR AU CŒUR DES SOCIÉTÉS COTÉES

Introduction à la première leçon

- Tout est dans la **définition de la société**, face à des mouvements de fond
- Si l'on ne considère pas encore le marché financier (seconde leçon), la première perspective est :
 - La société est-elle un lien entre les associés ?
 - A contrario, les salariés et les investisseurs et les tiers n'y sont pas.
 - La société est-elle la forme par laquelle l'entreprise comme organisation entre dans le « commerce juridique » ?
 - Dans ce cas, les salariés, les investisseurs et les tiers qui sont « concernés » (*stakeholders*) y sont.



**I. LE DROIT DES SOCIÉTÉS :
EXPRESSION DE LA LIBERTÉ
D'ENTREPRENDRE OU FORME
JURIDIQUE D'UNE
ORGANISATION ÉCONOMIQUE**

**A. DE LA CONCEPTION
TRADITIONNELLE DU DROIT DES
SOCIÉTÉS À LA CONCEPTION DU
CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

1. La société, contrat spécial du Code civil et l'entrepreneur, base du droit commercial

- Conception du XIXème siècle
- Code civil de 1804 ; Code de commerce de 1807
- L'entrepreneur = personne physique « entreprenante »
- Le financier leur est extérieur (banque)
- Lien économique = contrat

**I. LE DROIT DES SOCIÉTÉS :
EXPRESSION DE LA LIBERTÉ
D'ENTREPRENDRE OU FORME
JURIDIQUE D'UNE
ORGANISATION ÉCONOMIQUE**

**A. DE LA CONCEPTION
TRADITIONNELLE DU DROIT DES
SOCIÉTÉS À LA CONCEPTION DU
CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

1. La société, contrat spécial du Code civil et l'entrepreneur, base du droit commercial

Article 1832 du Code civil : La société est instituée par deux ou plusieurs **personnes** qui **conviennent par un** contrat d'affecter à une **entreprise commune** des biens ou leur industrie **en vue de partager** le **bénéfice ou de profiter** de l'économie qui pourra en résulter.

....

Les associés **s'engagent** à **contribuer** aux **pertes**.

I. **LE DROIT DES SOCIÉTÉS :**
EXPRESSION DE LA LIBERTÉ
D'ENTREPRENDRE OU FORME
JURIDIQUE D'UNE
ORGANISATION ÉCONOMIQUE

A. DE LA CONCEPTION
TRADITIONNELLE DU DROIT DES
SOCIÉTÉS À LA CONCEPTION DU
CONSEIL CONSTITUTIONNEL

1. La société, contrat spécial du Code civil et l'entrepreneur, base du droit commercial

Article 1832 du Code civil :

La société est instituée par deux ou plusieurs **personnes** qui **conviennent par un** contrat d'affecter à une **entreprise commune** des biens ou leur industrie **en vue** de **partager** le **bénéfice** ou de **profiter** de l'économie qui pourra en résulter.

....

Les associés **s'engagent** à **contribuer** aux **pertes**.

- Article inchangé et « principe directeur »
- Contrat « d'intérêt commun »
- Finalité de la Société : « intérêt commun des associés » ? Ou « intérêt social » ?
- Contrat aléatoire (société cotée ?)
- *Affectio societatis*
- Contrat « spécial »
- Liberté des clauses « statutaires »
- Limite : clause léonine
- Permet l'addition de contrats « innommés » : pactes extrastatutaires

- A l'immatriculation, naît la « société » : personne morale
- Sa volonté est exprimée par ses « organes sociétaires »

- La Société est conçue « comme » une société politique »
 - Société de personne/société de capitaux
- Linéaments de la « démocratie sociétale »

**I. LE DROIT DES SOCIÉTÉS :
EXPRESSION DE LA LIBERTÉ
D'ENTREPRENDRE OU FORME
JURIDIQUE D'UNE
ORGANISATION ÉCONOMIQUE**

**A. DE LA CONCEPTION
TRADITIONNELLE DU DROIT DES
SOCIÉTÉS À LA CONCEPTION DU
CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

2. La loi du 24 juillet 1966

- Le peuple des associés
- L'Assemblée générale décide
- Mais « loi de la majorité »
- Distinction entre « décider » et « s'exprimer »
- Procéduralisation du Droit des sociétés
- Que peut « décider » le minoritaire ? Le vote avec ses pieds
- Savoir, faire savoir (expertise de gestion)

**I. LE DROIT DES SOCIÉTÉS :
EXPRESSION DE LA LIBERTÉ
D'ENTREPRENDRE OU FORME
JURIDIQUE D'UNE
ORGANISATION ÉCONOMIQUE**

**A. DE LA CONCEPTION
TRADITIONNELLE DU DROIT DES
SOCIÉTÉS À LA CONCEPTION DU
CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

2. La loi du 24 juillet 1966

- Le mandataire social : « serviteur » des associés OU serviteur de la société ?
- Doit nécessairement être un associé (la **prudence** patrimoniale)
- Opposition frontale avec le salarié (et le droit du travail)
- **Autorégulation** parfaite des organes sociétaires à l'intérieur et entre eux

**I. LE DROIT DES SOCIÉTÉS :
EXPRESSION DE LA LIBERTÉ
D'ENTREPRENDRE OU FORME
JURIDIQUE D'UNE
ORGANISATION ÉCONOMIQUE**

**A. DE LA CONCEPTION
TRADITIONNELLE DU DROIT DES
SOCIÉTÉS À LA CONCEPTION DU
CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

2. La loi du 24 juillet 1966

L'autorégulation fonctionne-t-elle vraiment ?



"To show my commitment to getting lean,
I'm cutting my salary to \$299,999."

**I. LE DROIT DES SOCIÉTÉS :
EXPRESSION DE LA LIBERTÉ
D'ENTREPRENDRE OU FORME
JURIDIQUE D'UNE
ORGANISATION ÉCONOMIQUE**

**A. DE LA CONCEPTION
TRADITIONNELLE DU DROIT DES
SOCIÉTÉS À LA CONCEPTION DU
CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

2. La loi du 24 juillet 1966

- Toutes les sociétés ne sont pas des « sociétés de capitaux » ; Persistance des sociétés de personnes
- Persistance des formes sociétaires traditionnelles
- Société de « personnes » :
Principe de fonctionnement
 - Une personne – une voix ;
 - Décision à l’unanimité
 - Responsabilité solidaire et indéfinieVariétés de formes juridiques
 - Société en participation
 - Société en commandite simple
 - Société en commandite par actions

**I. LE DROIT DES SOCIÉTÉS :
EXPRESSION DE LA LIBERTÉ
D’ENTREPRENDRE OU FORME
JURIDIQUE D’UNE
ORGANISATION ÉCONOMIQUE**

**A. DE LA CONCEPTION
TRADITIONNELLE DU DROIT DES
SOCIÉTÉS À LA CONCEPTION DU
CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

**3. La persistance de cette conception
traditionnelle**

- Sous-jacents économiques :
 - Investisseur / Entrepreneur
 - Start-up

**I. LE DROIT DES SOCIÉTÉS :
EXPRESSION DE LA LIBERTÉ
D'ENTREPRENDRE OU FORME
JURIDIQUE D'UNE
ORGANISATION ÉCONOMIQUE**

**A. DE LA CONCEPTION
TRADITIONNELLE DU DROIT DES
SOCIÉTÉS À LA CONCEPTION DU
CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

**3. La persistance de cette conception
traditionnelle**

- Des sociétés importantes en commandites par action ou commandite simple



**I. LE DROIT DES SOCIÉTÉS :
EXPRESSION DE LA LIBERTÉ
D'ENTREPRENDRE OU FORME
JURIDIQUE D'UNE
ORGANISATION ÉCONOMIQUE**

**A. DE LA CONCEPTION
TRADITIONNELLE DU DROIT DES
SOCIÉTÉS À LA CONCEPTION DU
CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

3. La persistance de cette conception traditionnelle

La responsabilité,
socle de la confiance

**I. LE DROIT DES SOCIÉTÉS :
EXPRESSION DE LA LIBERTÉ
D'ENTREPRENDRE OU FORME
JURIDIQUE D'UNE
ORGANISATION ÉCONOMIQUE**

**A. DE LA CONCEPTION
TRADITIONNELLE DU DROIT DES
SOCIÉTÉS À LA CONCEPTION DU
CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

3. La persistance de cette conception
traditionnelle

La société, une organisation
instituée



**I. LE DROIT DES SOCIÉTÉS :
EXPRESSION DE LA LIBERTÉ
D'ENTREPRENDRE OU FORME
JURIDIQUE D'UNE
ORGANISATION ÉCONOMIQUE**

**B. LA SOCIÉTÉ, FORME MODERNE
DE L'ORGANISATION
ÉCONOMIQUE FINANCIARISÉE**

1. L'émergence de la société, forme institutionnelle conférée par la loi à l'entreprise pour la rendre apte à entrer dans le commerce juridique

- La société est une « organisation » qui comprend des « actifs »
 - Les actifs financiers (fonds propres)
 - Les actifs d'intelligence cristallisés (brevets)
 - Les actifs humains (le capital humain)
- L'organisation ne peut « agir », faute de corporéité.
 - Elle « s'institue » en personne morale pour « entrer dans le commerce juridique »
 - Ce n'est pas un acte politique
 - C'est un acte d'efficacité
 - Il peut se démultiplier autant que « cela est nécessaire »
 - Il ne requiert « personne »
 - Enron = 800 filiales

I. LE DROIT DES SOCIÉTÉS :
EXPRESSION DE LA LIBERTÉ
D'ENTREPRENDRE OU FORME
JURIDIQUE D'UNE
ORGANISATION ÉCONOMIQUE

**B. LA SOCIÉTÉ, FORME MODERNE
DE L'ORGANISATION
ÉCONOMIQUE FINANCIARISÉE**

1. L'émergence de la société, forme institutionnelle conférée par la loi à l'entreprise pour la rendre apte à entrer dans le commerce juridique

Premier exemple de la société “outil” :
Insertion par la loi du 11 juillet 1985
d’un deuxième alinéa dans l’article
1832 du Code civil :

“Elle (la société) peut être instituée,
dans les cas prévus par la loi, par
l’acte de volonté d’une seule
personne”.

- *Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée (EURL)*
- Il n’y a plus de source contractuelle, plus d’aventure
- Puis, la *Société par Actions simplifiée (SAS)*
- Puis, la *Société par Action simplifiée Unipersonnelle (SASU)*

I. LE DROIT DES SOCIÉTÉS :
EXPRESSION DE LA LIBERTÉ
D’ENTREPRENDRE OU FORME
JURIDIQUE D’UNE
ORGANISATION ÉCONOMIQUE

**B. LA SOCIÉTÉ, FORME MODERNE
DE L’ORGANISATION
ÉCONOMIQUE FINANCIARISÉE**

1. L’émergence de la société, forme institutionnelle conférée par la loi à l’entreprise pour la rendre apte à entrer dans le commerce juridique

Second exemple de la société “outil” :

Admission prétorienne de la « société holding » :

- Intérêt historique
- Gestion financière de ses participations financières dans les capitaux sociaux des sociétés
- Contradiction avec la loi mais exigence pragmatique
- Quid de la définition classique de la société comme « groupe de personne qui tente ensemble une aventure économique » ?
- Supiot, A. : Définition de l’entreprise

**I. LE DROIT DES SOCIÉTÉS :
EXPRESSION DE LA LIBERTÉ
D’ENTREPRENDRE OU FORME
JURIDIQUE D’UNE
ORGANISATION ÉCONOMIQUE**

**B. LA SOCIÉTÉ, FORME MODERNE
DE L’ORGANISATION
ÉCONOMIQUE FINANCIARISÉE**

1. L’émergence de la société, forme institutionnelle conférée par la loi à l’entreprise pour la rendre apte à entrer dans le commerce juridique

La finance, non pas transformation du droit
mais dévoilement du droit



**I. LE DROIT DES SOCIÉTÉS :
EXPRESSION DE LA LIBERTÉ
D'ENTREPRENDRE OU FORME
JURIDIQUE D'UNE
ORGANISATION ÉCONOMIQUE**

**B. LA SOCIÉTÉ, FORME MODERNE
DE L'ORGANISATION
ÉCONOMIQUE FINANCIARISÉE**

2. Le dévoilement de l'inexactitude du
schéma classique du droit traditionnel des
sociétés

- Théorie de l'agence : démasquage
- Opposition d'intérêts entre majoritaires et minoritaires
- Apparition de la notion d' « actionnaire de contrôle »
- Apparition de la notion d' « actionnaire de référence » (banque)
- Apparition de l'entente et du concert
- Apparition de l'absence d'*affectio societatis*
- Déplacement de l'intérêt commun du postulat à l'idéal
- Contestation de l'idéal de l'intérêt commun (revendication des investisseurs) au nom de l'idéal de l'intérêt social ou de l'intérêt commun
- Bataille *Shareholders /Stakeholders*
- Bataille d'appropriation du bien commun (CSR)

**I. LE DROIT DES SOCIÉTÉS :
EXPRESSION DE LA LIBERTÉ
D'ENTREPRENDRE OU FORME
JURIDIQUE D'UNE
ORGANISATION ÉCONOMIQUE**

**B. LA SOCIÉTÉ, FORME MODERNE
DE L'ORGANISATION
ÉCONOMIQUE FINANCIARISÉE**

2. Le dévoilement de l'inexactitude du schéma classique du droit traditionnel des sociétés

- L'activation de la notion prétorienne d'« abus »
- Invention prétorienne de « l'abus de majorité », contrepoint civiliste de la « loi de majorité »
- Invention prétorienne de « l'abus de minorité », contrepoint du contrepoint

**I. LE DROIT DES SOCIÉTÉS :
EXPRESSION DE LA LIBERTÉ
D'ENTREPRENDRE OU FORME
JURIDIQUE D'UNE
ORGANISATION ÉCONOMIQUE**

**B. LA SOCIÉTÉ, FORME MODERNE
DE L'ORGANISATION
ÉCONOMIQUE FINANCIARISÉE**

**3. La traduction juridique :
la notion d'« abus » et ses sanctions**

Course technique entre la répression et les comportements

Article L241-3 du **Code de commerce** :

Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros :

1° Le fait, pour toute personne, de faire attribuer frauduleusement à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle ;

2° Le fait, pour les gérants, d'opérer entre les associés la répartition de dividendes fictifs, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux ;

3° Le fait, pour les gérants, même en l'absence de toute distribution de dividendes, de présenter aux associés des **comptes annuels ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine** à l'expiration de cette période en vue de dissimuler la véritable situation de la société ;

4° Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des **biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement** ;

5° Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des **pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent**, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou une autre entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement

I. LE DROIT DES SOCIÉTÉS : EXPRESSION DE LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE OU FORME JURIDIQUE D'UNE ORGANISATION ÉCONOMIQUE

B. LA SOCIÉTÉ, FORME MODERNE DE L'ORGANISATION ÉCONOMIQUE FINANCIARISÉE

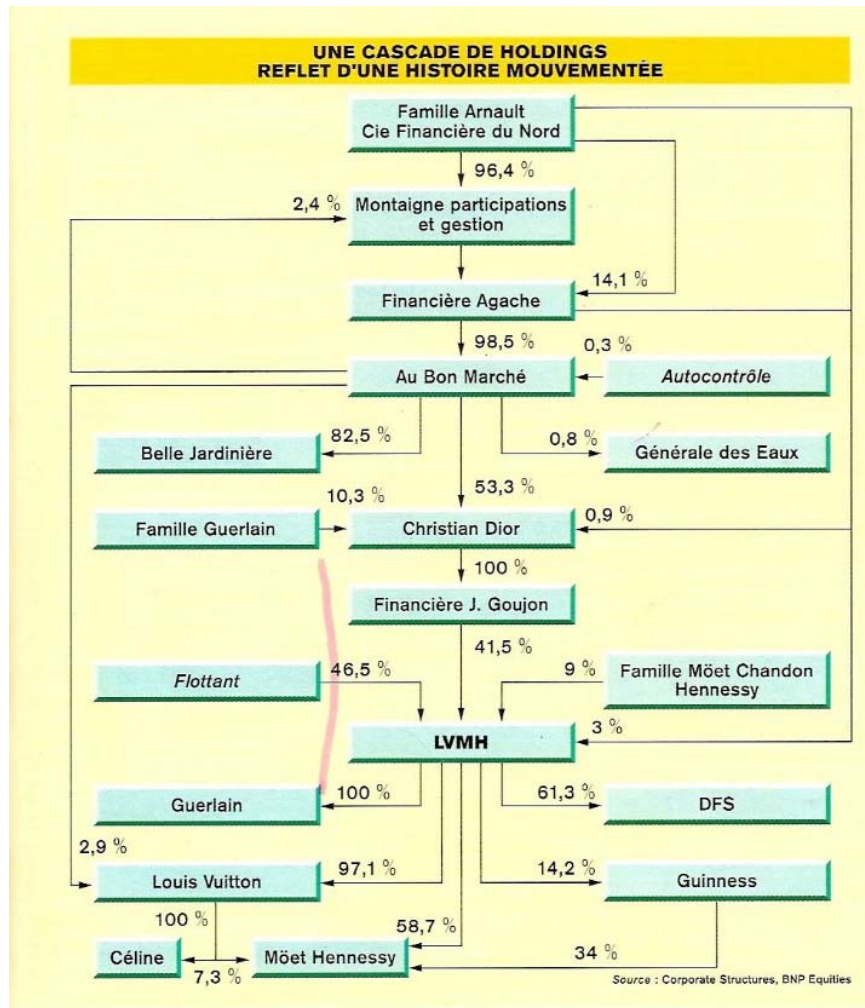
3. 3. La traduction juridique : la notion d'« abus » et ses sanctions

Diapositive 25

MF1

Marie-Anne FRISON-ROCHE; 03/02/2016

Un exemple



**I. LE DROIT DES SOCIÉTÉS :
EXPRESSION DE LA LIBERTÉ
D'ENTREPRENDRE OU FORME
JURIDIQUE D'UNE
ORGANISATION ÉCONOMIQUE**

**B. LA SOCIÉTÉ, FORME MODERNE
DE L'ORGANISATION
ÉCONOMIQUE FINANCIARISÉE**

4. La transformation du modèle par le maillage des personnalités et du contrat dans les groupes de sociétés