

Droit de la régulation bancaire et financière

Cours magistral du semestre de printemps 2018

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 2018

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
- L'élaboration de la loi « PACTE » condense toute l'évolution du Droit des sociétés sous l'influence des analyses et théories financières

Première leçon sur le Droit des sociétés :

Introduction : La loi « PACTE »

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, cela et seulement cela ?
 - A contrario, les salariés et les investisseurs et les tiers n'y sont pas.
 - Son but est « l'intérêt commun » des associés qui ont donné naissance à l'être social (personne morale)

la deuxième perspective est :

- 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.

la troisième perspective est :

- La société est-elle un être moral autonome, qui a des buts propres ?
- Dans ce cas, l'intérêt social est son intérêt propre qui ne confond avec rien d'autre

L'aventure de la « Loi PACTE » : 1. L'idée

- **Plan d'Action pour la Croissance et la Transformation des Entreprises (PACTE)**
- **Processus débuté en octobre 2017 ; projet de loi attendu en avril 2018**
- La loi n'est qu'un instrument du dispositif.
- « Pacte » ?
- Entre qui et qui ?
- Mixte entre « loi » (unilatérale) et « contrat » = Pacte.
- **Emploi à la technique de l'Union européenne : « Plan d'action »**, qui se déroule ensuite par des « paquets » de règlements et de directives
- **Conception de régulation : fixation du **But** :**
 - **Croissance des entreprises petites** (ce n'est pas la croissance exogène par le marché mais endogène par les forces propres de l'entreprise) : création d'emplois
 - **Transformation** des entreprises (ambition politique, non-soumission à la « loi du marché ») : co-gestion

L'aventure de la « Loi PACTE » : 2. La méthode

« Co-construction » de la loi

- Emprunt à la méthode américaine et européenne
- Le Gouvernement a présenté le projet en octobre 2017 au monde économique
- Ouvert en janvier 2018 sur un site des propositions pendant pour consultation :Pacte-entreprises.gouv.fr.
- Ferme la consultation deux mois après
- Les « groupes parlementaires » sont consultés parmi les autres ...
- Des « experts » travaillent en parallèle et rédigent des rapports (Nicole Notat)
- Au terme de cette « consultation », le projet de loi est rédigé et présenté en conseil des ministres en avril 2018
- Vote de la loi par le Parlement
- Que reste-t-il du processus parlementaire ?

L'aventure de la « Loi PACTE » : 3. Le contenu

Contenu pragmatique et contenu philosophique de la loi « PACTE »

- Contenu « pragmatique : ***croissance*** : faire grandir les petites entreprises

La présentation par Bruno Lemaire :

<https://www.pacte-entreprises.gouv.fr/>

L'aventure de la « Loi PACTE » : 3. Le contenu

Contenu pragmatique et contenu philosophique de la loi « PACTE »

- Contenu « philosophique » : *transformer* toutes les entreprises par la modification des articles 1832 et 1833 du Code civil
- **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.
- **En perspective** : « 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, dans le respect des parties prenantes concernées.



**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. CE QUI RESTE DE LA
CONCEPTION JURIDIQUE
CLASSIQUE DE LA SOCIÉTÉ**

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. **CE QUI RESTE DE LA
CONCEPTION TRADITIONNELLE
DE LA SOCIÉTÉ**

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 constituant le « principe directeur »
- Peut-être bientôt changé par la loi PACTE
- 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. CE QUI RESTE DE LA
CONCEPTION JURIDIQUE
CLASSIQUE DE LA SOCIÉTÉ**

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. CE QUI RESTE DE LA
CONCEPTION JURIDIQUE
CLASSIQUE DE LA SOCIÉTÉ**

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. CE QUI RESTE DE LA
CONCEPTION JURIDIQUE
CLASSIQUE DE LA SOCIÉTÉ**

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. CE QUI RESTE DE LA
CONCEPTION JURIDIQUE
CLASSIQUE DE LA SOCIÉTÉ**

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. CE QUI RESTE DE LA CONCEPTION JURIDIQUE CLASSIQUE DE LA SOCIÉTÉ

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. CE QUI RESTE DE LA
CONCEPTION JURIDIQUE
CLASSIQUE DE LA SOCIÉTÉ**

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. CE QUI RESTE DE LA
CONCEPTION JURIDIQUE
CLASSIQUE DE LA SOCIÉTÉ

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. CE QUI RESTE DE LA
CONCEPTION JURIDIQUE
CLASSIQUE DE LA SOCIÉTÉ**

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

= Conception du projet loi « PACTE »

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** ;

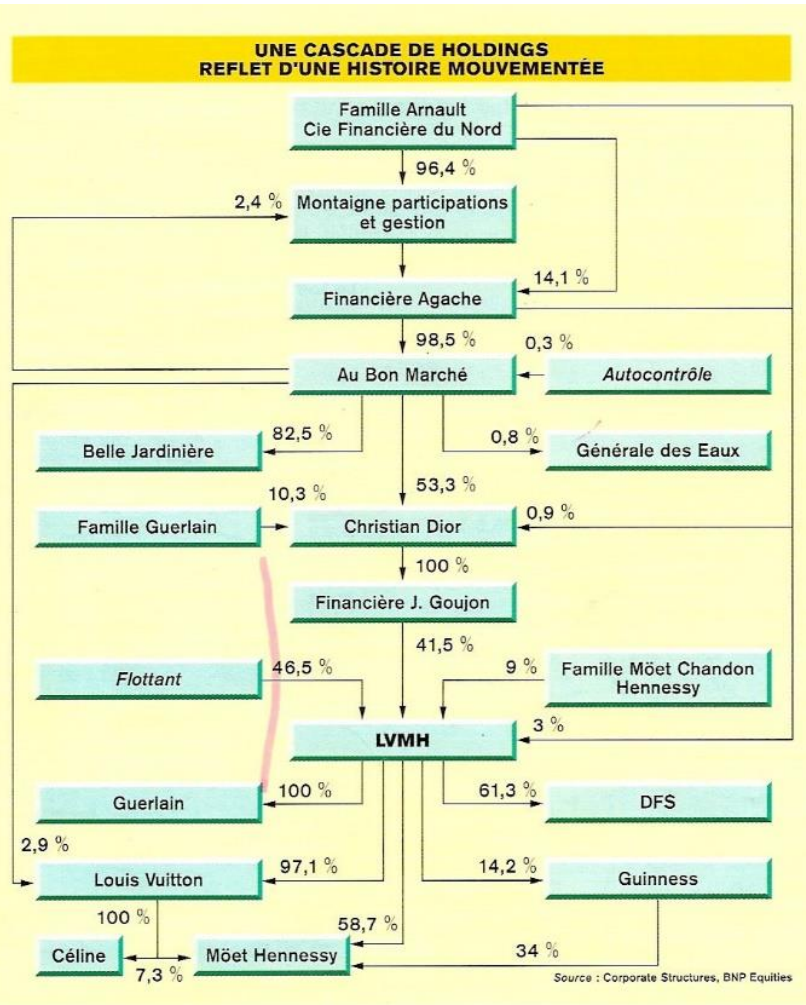
5° Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des **pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent**, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou une autre entreprise dans laquelle ils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

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

Conclusion

la double ambition de la loi « PACTE »

- Dans une perspective « instrumentale », comme outil pour le développement de l'entreprise : le Droit n'est qu'une réglementation qui doit être « simplifiée » et doit permettre le développement des innovations et les exportations, la création en un clic, etc. Des décrets vont traduire les remarques des internautes.
- Dans une perspective fondamentale, comme ce qui peut transformer les mœurs, le Droit va associer les salariés à la vie et aux décisions des entreprises

Double importance du Droit, art pratique et instrument politique dans l'Économie.

Risque : engagement de responsabilité des responsables sociaux par transformation très générale de la **définition** de ce qu'est la société.

Proposition d'une catégorie de « société de mission » (analogie avec le « service public » ?)

: