

LE CONSENTEMENT SANS L'ÉCHANGE : CONTRAT DE SOCIÉTÉ

par

M. Paul DIDIER

Professeur à l'Université de Panthéon-Assas (Paris II)

Je dois vous parler du concours des consentements dans les sociétés civiles et commerciales, c'est-à-dire des décisions collectives des associés ou actionnaires. Voici comment je procéderai. Je consacrerai l'introduction de mon propos à la première et à la plus fondamentale de ces décisions, je veux parler de la décision qui institue la société et ses premiers statuts. Je m'attacherai ensuite, pendant le reste de mes développements, aux autres décisions collectives ou, plutôt, à la règle majoritaire qui les gouverne, car elle demeure le plus grand défi lancé par le droit des sociétés aux principes de notre droit civil en matière d'échange ou de concours des consentements.

*
* *

L'acte fondateur de toute société est toujours décidé, à une réserve près, selon la procédure contractuelle de l'acte écrit signé de toutes les parties. Est-ce là, pour autant un contrat, du moins un contrat comme la vente ou le louage, un contrat au sens de l'article 1101 du code civil ? Pour ma part, je ne le pense pas et cela pour deux raisons au moins.

La première, c'est que le contrat au sens de l'article 1101 c. civ. est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, faire ou ne pas faire quelque chose. Or dans le contrat de société, chacun s'oblige envers la société elle-même, dont chacun des apporteurs fait partie et qui n'est donc pas un autre pour lui. L'acte de société n'emporte donc pas aliénation, au sens étymologique et précis du terme, mais, ce qui est tout différent, mise en commun des biens apportés, comme l'article 1832 ancien le disait très clairement.

La seconde raison, c'est que le contrat au sens de l'article 1101 a pour seul effet de créer des obligations entre les parties. Or, le contrat de société, lui, ne se borne pas à imposer aux parties l'obligation de mettre quelque chose en commun. Il définit les règles selon lesquelles seront gérés les biens communs, à quelle fin ils le seront, par qui et sous le contrôle de qui, ce qui sera fait des résultats, heureux ou malheureux, de cette gestion, etc. Il suffit de lire les statuts d'une société pour s'en convaincre. Le contrat de société n'est donc pas, me semble-t-il, un contrat au sens de l'article 1101 du code civil et c'est sans doute ce que les organisateurs de nos journées ont entendu suggérer, lorsqu'ils ont rangé le contrat de société dans une rubrique à part, intitulée : le consentement sans l'échange.

Mais quel genre de convention est-ce donc là ? Je suis tenté de répondre que le contrat au sens de l'article 1101 est un contrat-échange, ce que sont, en effet, la vente, le louage ou le prêt. La société, au contraire, est un contrat-organisation comme la communauté conjugale, l'association, le syndicat ou le consortium. Le contrat-échange réalise une permutation de biens ou de services ; le contrat-organisation, une agrégation de biens et de services. Le contrat-échange est une relation de partie à partie, comme aurait dit Saint-Thomas d'Aquin : il relève donc de la justice commutative. Le contrat organisation est, lui, une relation entre le tout et ses parties et il appartient à la sphère de la justice distributive. Dans un langage plus moderne, on dira que le contrat-échange est un jeu à somme nulle : ce que l'une des parties perd, l'autre le gagne. Le contrat-organisation est en jeu à somme positive ou négative : ce que le tout gagne ou perd, les parties le gagnent ou le perdent, chacune pour sa part.

Il suit de là une série de conséquences qui tiennent toutes à cette idée que le contrat-échange est, par nature, un contrat fermé, le contrat-organisation, un contrat ouvert. Le contrat-échange se forme par verrouillage mutuel d'une offre et d'une acceptation et se referme sur les parties et les autres personnes intéressées à l'échange. Le contrat-organisation se forme par un processus d'agrégation qui peut être longtemps continué et qui n'est jamais irréversible. De même, le contrat-échange s'achève par l'exécution des prestations promises. Au contraire, quand, dans une société, chacun des associés a apporté ce qu'il a promis à la masse commune, le contrat commence seulement à fonctionner et s'installe dans la durée.

Ce fonctionnement, chacun le sait bien, se traduit par un nombre incalculable de contrats-échange conclus à l'initiative de la direction sociale pour la réalisation de l'objet social et par des délibérations des associés ou actionnaires appelés à se prononcer sur la manière dont la direction exécute son mandat et, le cas échéant, sur les modifications qu'il convient de lui apporter. Ce sont ces délibérations sociales qui nous retiendront désormais.

A la différence de la décision fondatrice, ces délibérations se prennent le plus souvent, je l'ai déjà dit, à la loi de la majorité et, en principe, cette majorité se détermine selon une procédure de vote. Mais, dans les sociétés cotées, les majorités se dégagent aussi et plus utilement dans le cadre d'une procédure de marché. C'est pourquoi j'étudierai le concours des consentements dans les sociétés selon l'une et l'autre de ces procédures : celle de vote et celle de marché.

I. — CONCOURS DES CONSENTEMENTS ET PROCÉDURES DE VOTE

La procédure de vote majoritaire s'explique aisément. Dans une organisation un peu complexe, la loi de l'unanimité aurait un coût prohibitif et, en outre elle aboutirait à donner à chacun un droit de veto, un droit d'empêcher presque aussi désagréable pour les autres qu'un droit d'obliger.

Il reste, toutefois, que la loi de la majorité est contraire à l'un des principes fondamentaux de notre droit, à savoir que, dans les affaires privées, personne ne

peut se voir imposer une obligation ou même une règle de conduite, s'il n'y a pas consenti personnellement. Dès lors, comment, en doctrine, justifier que, dans une société privée, l'accord des majoritaires puisse obliger les minoritaires ?

A cette question, il me semble que notre droit positif répond comme ceci : la loi de la majorité n'est justifiée que là où, premièrement, elle est acceptée par les intéressés et, deuxièmement, là où elle est, en soi, légitime et acceptable.

A. — LA LOI DE LA MAJORITÉ, LOI ACCEPTÉE

Prima facie, cette première condition ne soulève pas de difficultés et je passerai vite. En effet, la loi de la majorité est inscrite dans la législation et dans les statuts. Elle paraît donc nécessairement acceptée. On ne doit pas, toutefois, me sembler-t-il, se satisfaire trop vite de cette réponse. A mon sens, la loi de la majorité ne peut être considérée comme véritablement acceptée par les intéressés que là où ceux-ci demeurent libres d'y renoncer au bénéfice de la loi de l'unanimité ou du moins de seuils de majorité plus élevés. L'article L. 173 de la loi de 1966 n'est pas tout à fait en ce sens. Mais d'autres dispositions de la même loi et, plus nettement encore, la jurisprudence commerciale montrent clairement que notre droit entend toujours conserver aux intéressés la faculté de revenir à la loi de l'unanimité, s'ils le désirent. Ainsi, selon les cas, la loi et la jurisprudence ont toujours validé les conventions de vote et les pactes d'actionnaires, statutaires ou non, qui aboutissent à ce résultat : par exemple, la convention qui fixe un plafond au nombre des voix dont chaque actionnaire peut faire usage dans les assemblées de la société ; les clauses qui garantissent une certaine répartition des sièges entre les groupes composant l'actionariat ; ou encore la jurisprudence qui admet la licéité de principe du holding 50/50.

B. — LA LOI DE LA MAJORITÉ, LOI ACCEPTABLE

La seconde condition mise par notre droit à la légitimité de la loi majoritaire se résume en une seule proposition : la loi majoritaire n'est acceptable ou légitime que là où l'on peut raisonnablement penser que ce qui est bon pour le majoritaire l'est aussi pour le minoritaire. Mais cette proposition n'est vérifiée que si trois et, peut-être, quatre conditions, sont réunies, ce qui me conduira à des développements plus abondants.

La première condition est qu'il existe, entre majoritaires et minoritaires, une communauté structurelle d'intérêts. Cette communauté existe dans toutes les sociétés, tant civiles que commerciales. En effet, tous les associés participent aux pertes et aux bénéfices, autrement dit aux résultats de la gestion sociale. Ils ont donc tous intérêt à ce que cette gestion soit bonne, qu'elle évite les pertes et réalise des bénéfices. En cherchant à satisfaire leurs intérêts d'associés, les majoritaires cherchent donc aussi, volens nolens, la satisfaction des intérêts des minoritaires. Bien sûr, cette communauté d'intérêts ne suffit pas à éviter tout conflit. Il peut y

avoir, il y a entre majoritaires et minoritaires, de nombreuses causes de divergences même là où les uns et les autres cherchent sincèrement à réaliser la prospérité de leur société. Les uns voudront nommer Paul gérant et les autres Pierre ; certains voudront conserver les bénéfices en réserve et les autres les distribuer. Je ne dis pas que ces divergences de vues soient mineures. Je dis simplement qu'elles portent sur les moyens et, bien malin qui peut dire à l'avance, si Pierre sera meilleur que Paul, ou si la mise en réserve des bénéfices sera plus profitable que leur distribution.

La seconde condition, c'est, bien sûr, que les associés et actionnaires votent effectivement en considération seulement de leurs intérêts d'associé et abstraction faite des autres intérêts qu'ils peuvent avoir en d'autres qualités, lesquels pourraient les conduire à jouer, si j'ose dire, contre leur camp. Cette condition est garantie, dans notre droit, par toute une panoplie de dispositions qu'il est à peine nécessaire d'évoquer. On songera, tout naturellement, aux textes qui interdisent à un administrateur de voter à l'assemblée appelée à approuver la convention qu'il a passée avec sa société ; à la jurisprudence sur les abus de majorité ou de minorité, etc. J'insisterai seulement sur une question qui fait encore difficulté en jurisprudence et en doctrine : je veux parler de ces conventions de vote par lesquelles un actionnaire s'engage envers un tiers à voter dans tel sens lors d'une prochaine assemblée générale. On a dit pendant longtemps que ces promesses étaient nulles, quand elles avaient pour but ou pour effet de porter atteinte au libre exercice du droit de vote. On a tendance à dire aujourd'hui que, sauf cas particulier, ces conventions sont valables. Les deux positions me paraissent excessives. Il me semble que ces conventions sont nulles quand elles ont pour but d'inciter l'associé à voter contre son camp : ainsi des conventions de l'article L. 440.3° par lesquelles un associé se fait accorder, garantir ou promettre des avantages pour voter dans un certains sens, nuisible aux intérêts de la société. Au contraire, il n'y a rien de critiquable quand la convention peut, éventuellement, avoir pour effet, mais n'a pas pour but de mettre l'associé en porte à faux vis-à-vis de sa société : ainsi de ces stipulations par lesquelles un dirigeant majoritaire se porte fort envers son cocontractant de la ratification par l'assemblée du protocole qu'ils viennent de conclure ensemble.

La troisième condition à satisfaire pour que la loi de majorité soit acceptable, c'est qu'un associé ou actionnaire, n'ait jamais plus de pouvoirs qu'il ne court de risques et que son droit de vote soit au mieux proportionnel à sa part de capital. Sans cela, comme le soulignait une vieille décision du tribunal de commerce de la Seine (8 mars 1928, JS 1928, p. 670), on aboutirait « à donner toute autorité dans la gestion des sociétés à des tiers n'ayant aucun intérêt à la sauvegarde et au développement du patrimoine social ». Le législateur, il est vrai, n'a pas toujours été fidèle à ces principes. La jurisprudence, quant à elle, a été plus sage et elle a toujours condamné ces conventions de vote, fussent-elles rebaptisées pactes d'actionnaires, par lesquelles des actionnaires acquièrent des droits de vote sans acquérir les titres correspondants : par exemple, les conventions supprimant le droit de vote ou prévoyant sa cession séparément du titre ou encore le mandat de vote permanent, irrévocable ou non, ou bien encore, les pactes de majorité ou les syndicats de blocage, par lesquels un certain nombre d'actionnaires s'engagent à voter, dans les assemblées de leur société, selon les résultats d'un vote majoritaire interne à leur groupe.

Je serais tenté d'ajouter une quatrième condition à ces trois fondamentales : c'est que la majorité ne soit pas irrémédiablement figée. Dans la vie politique, où chacun ne dispose que d'une voix, le minoritaire, l'opposant d'aujourd'hui, a toujours des chances appréciables de devenir le majoritaire de demain. Et si, à son goût, cette alternance tarde, il lui reste toujours la possibilité de retourner sa veste. Dans le droit des sociétés, les règles étant ce qu'elles sont, celui qui détient plus de la moitié, voire plus des deux tiers des actions est assuré de rester majoritaire aussi longtemps qu'il le désire et, à la longue, cela peut rendre intolérable la loi de la majorité, comme on le voit dans les affaires d'abus de majorité ou de minorité. Notre droit des sociétés ne prend guère de mesures pour éviter cette impasse. Il n'en est pas tout à fait de même du droit boursier, ce qui me conduit à la seconde et dernière partie de mon propos.

2. — CONCOURS DES CONSENTEMENTS ET PROCÉDURES DE MARCHÉ

Nous savons tous que la politique des grandes entreprises et les mérites de leurs dirigeants ne s'apprécient pas dans les assemblées de leurs actionnaires : ils se jugent sur le marché où l'ordre de bourse remplace le bulletin de vote. Qu'une société soit bien gérée, le marché lui fournira aisément des capitaux, ce qui confortera ses dirigeants dans leur action et dans leur statut. Qu'elle soit, au contraire, médiocrement dirigée, la valeur de ses titres baissera : elle aura des difficultés à lever des fonds dans le public et elle deviendra vite « opérable », ce qui entraînera, à terme plus ou moins proche, des changements dans son capital et le remplacement de ses dirigeants. Pour les grandes sociétés, le marché est donc le substitut ordinaire de la démocratie et même si le marché n'est pas aussi efficace qu'on pourrait le souhaiter, il l'est toujours plus qu'une assemblée dite générale où les décisions se prennent à coup de pouvoirs en blanc.

Mais, le marché ne peut jouer efficacement son rôle de contrôleur et de juge des dirigeants sociaux que s'il détient la majorité des titres sociaux ou du moins la majorité des droits de vote. Il est au contraire désarmé si ces titres et ces droits sont, en majorité, entre les mains des dirigeants sociaux eux-mêmes ou du groupe qui les supporte. Dans ce cas, le marché, laissé à ses propres forces, ne peut rien, sinon, par un effet de grossissement, rendre plus manifeste les risques du système majoritaire. Et c'est pourquoi, précisément, la COB, depuis plus de vingt ans, a décidé de ne pas abandonner le marché à ses propres forces et, tout au contraire, elle utilise les procédures de marché de manière volontariste pour limiter les inconvénients du système majoritaire.

Je rappellerai, d'un mot, l'action de la COB ; je vous en proposerai ensuite une interprétation.

A. — L'ACTION DE LA COB

Ce qui est en cause, ici, ce sont un certain nombre d'offres publiques d'achat que, sous l'impulsion de la COB, la réglementation boursière impose au majoritaire, avec plus ou moins de fermeté selon les cas.

La plus ancienne de ces offres obligatoires est la procédure dite de maintien de cours, qui date de 1970. Quand un majoritaire décide de céder de gré à gré le contrôle qu'il a d'une société, l'acquéreur doit, aussitôt l'affaire conclue, offrir à tous les minoritaires de leur racheter leurs titres, en principe au prix obtenu par le majoritaire et, depuis 1992, la même règle s'applique à ceux qui prennent le contrôle d'une société par voie d'OPA. Ainsi, donc, lorsque le contrôle d'une société cotée change de mains, les minoritaires ont le droit de se retirer de la société, s'ils le désirent, et cela, aux mêmes conditions de prix que le majoritaire. Ce n'est pas là une conséquence naturelle de la loi de l'offre et de la demande ; c'est l'effet d'une procédure volontariste de marché.

La seconde de ces procédures volontaristes est constituée par les offres de retrait pour cause de réorientation d'activité. Quand le majoritaire décide de restructurer profondément la société qu'il contrôle, il peut se voir invité par les autorités de marché à offrir aux minoritaires le rachat de leurs titres à un prix qui aura eu l'approbation de ces autorités et il existe même un cas où cette obligation d'OPA est de droit : c'est quand le majoritaire décide de transformer une société anonyme en commandite par actions et que, par ailleurs, il dispose à lui seul des deux tiers des voix, ce qui rend vaine toute protestation des minoritaires. Ainsi donc, quand le contrôle d'une société, sans changer de mains, change d'orientation, les minoritaires peuvent, à nouveau, se voir offrir une porte de sortie honorable, s'ils n'approuvent pas la réorientation de leur société.

Enfin, quand un majoritaire détient 95 % et plus des droits de vote d'une société cotée, tout actionnaire minoritaire peut demander aux autorités de marché de requérir du majoritaire le dépôt d'une offre publique de rachat au bénéfice de l'ensemble des minoritaires et, aujourd'hui, sous certaines conditions, le majoritaire peut, de son côté, imposer aux minoritaires de se retirer de la société moyennant juste indemnité.

Quel sens attacher à ces dispositions ?

B. — LEUR SIGNIFICATION

La réponse la plus simple et la plus fréquente consiste à dire qu'il s'agit là de mesures, au demeurant hétérogènes, tenant aux particularismes du marché boursier. Ainsi, le maintien de cours s'expliquerait par le souci de ne point donner aux minoritaires et au public le sentiment que, sur le marché boursier, les majoritaires vendent leurs titres plus cher que les minoritaires, ce qui risquerait de détourner l'épargne de la bourse. De même, les offres de retrait s'expliqueraient, selon les cas, par l'hostilité de la COB à l'égard de la commandite par actions, qui n'est pas opérable, et, plus généralement, par sa réserve à l'égard de toute initiative qui modifie les bases de ce qu'elle appelle le contrat d'investissement, c'est-à-dire l'orientation qui était celle de la société au moment où les minoritaires ont investi dans son capital. De même encore, les autres offres de retrait auraient pour cause le souci des autorités boursières de radier de la cote les titres qui n'ont plus de marché. Et de conclure que ces solutions, propres au droit boursier, ne sauraient être étendues aux sociétés non cotées.

Je ne doute pas de la valeur de chacune de ces réponses ; mais elles me paraissent trop parcellaires pour être vraiment convaincantes et il me semble que leur conjonction a un sens général qui dépasse chacune de leurs explications particulières.

L'idée générale me paraît être qu'une majorité figée n'est pas indéfiniment supportable et qu'il convient donc d'offrir aux minoritaires une porte de sortie honorable, soit lorsque la majorité entend modifier profondément l'équilibre général de la société, soit même en dehors de toute intention de cette espèce, quand le déséquilibre des forces entre majoritaires et minoritaires est tel qu'il ne peut plus exister véritablement d'intérêt commun entre les uns et les autres. Je crois, pour ma part, ce dispositif encore un peu imprécis, mais point déraisonnable et il me paraît que, dûment transposé, il pourrait rendre des services même dans les sociétés fermées.

*
* *

Notre colloque porte en sous-titre : la remise en cause des principes civils par le droit des affaires. J'espère bien, pour ma part, n'avoir remis en cause aucun des principes de droit civil, qui sont la structure même de notre pensée juridique. Tout au contraire, je me suis efforcé de montrer que ces principes comportent encore des ressources inexploitées et notamment que l'acte juridique ne se réduit pas au contrat, que le concours des volontés peut se réaliser selon d'autres procédures que l'accord unanime ou que la classification des contrats pourrait s'enrichir de quelques distinctions nouvelles. Les commercialistes ont donc encore beaucoup à recevoir des civilistes, s'ils ont, sans doute, des choses à leur apporter. C'est pourquoi, en terminant, je voudrais remercier les organisateurs de ces journées d'avoir eu l'heureuse idée d'inviter les civilistes et les commercialistes à confronter leurs points de vues, à échanger leurs idées et à mettre en commun leurs expériences et leurs réflexions.