

Le droit français des sociétés devant l'exigence de justice

Jacques Mestre

Volume 41, Number 1, 2000

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043597ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043597ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this note

Mestre, J. (2000). Le droit français des sociétés devant l'exigence de justice. *Les Cahiers de droit*, 41(1), 185–199. <https://doi.org/10.7202/043597ar>

Article abstract

Business law does not seem ab initio to have a fundamental orientation towards the ideal of justice. The quest for profits and speculation have, indeed, always been core elements of corporate and partnership legal structures, as opposed to the association whose creation rests upon an altruistic mission, or at a disinterested one. Nonetheless, the legislator and especially judges have been led to introduce into the lives of these business structures set of rules and professional practices intended to prevent or penalize fraud, or on a wider scale, the unconscionable breaches of the legitimate interests of third parties, namely investors, minority associates, wage-earners, competitors, or even other enterprises within the same group. As such, little by little the very ideal of justice has crept into French business law as may be sensed in a few key words (transparency, equality, honesty and fairness) and legal concepts (abusive majority, civil liability, abuse of corporate or firm property). It is therefore noteworthy that on this eve of the xxist century, business law must rise to new challenges involving the notion of justice. One of these is globalization, which makes control over business undertakings increasingly difficult and risks leveling commercial standards to their lowest common denominator owing to legal and taxation manipulations. Another one is to be found in pension funds whose substantial financial clout weighs heavy on stock markets and whose investments seek maximum profits without considering the social and human dimensions of businesses, yet these latter remain indispensable for proper commercial operations and even for business survival over the mid and long haul. Hence, it is up to future changes in business law to integrate these new factors in order to create balanced and equitable solutions for all involved.

Le droit français des sociétés devant l'exigence de justice

Jacques MESTRE*

De prime abord, le droit des sociétés ne paraît pas fondamentalement tourné vers l'idéal de justice. La recherche du profit et la spéculation ont, en effet, toujours constitué les pièces maîtresses de cette structure juridique qu'est la société, par opposition à l'association, créée dans une finalité altruiste ou, à tout le moins, désintéressée. Cependant le législateur et surtout le juge ont été conduits à introduire dans la vie des sociétés un certain nombre de règles du jeu et de normes de comportement, destinés à prévenir ou à sanctionner des fraudes ou, plus largement, des violations inadmissibles des légitimes intérêts d'autrui, c'est-à-dire notamment des épargnants, des associés minoritaires, des salariés, des concurrents, ou encore d'autres sociétés d'un même groupe... Ainsi, peu à peu, l'idéal même de justice s'est-il introduit dans le droit français des sociétés, autour de quelques mots clés (transparence, égalité, loyauté) et concepts juridiques (abus de majorité, responsabilité civile, abus de biens sociaux). Il reste que, au début du xxi^e siècle, de nouveaux défis sont lancés au droit des sociétés sous cet angle de la justice. L'un tient au phénomène de la mondialisation, qui rend de plus en plus difficiles les contrôles sur les sociétés et risque aussi de conduire, par l'effet d'un dumping juridique et fiscal, à niveler les normes de comportement par le bas. L'autre résulte du poids considérable dans la vie boursière des fonds de pension, qui recherchent un profit maximal sans considérer la dimension sociale et humaine des entreprises, pourtant indispensable au bon fonctionnement de ces dernières et même parfois à leur survie à plus ou moins long terme. Il appartient

* Doyen, Faculté de droit et de science politique, Université d'Aix-Marseille.

donc au droit des sociétés d'intégrer dans le futur ces nouveaux éléments pour construire des solutions équilibrées et profitables à tous.

Business law does not seem ab initio to have a fundamental orientation towards the ideal of justice. The quest for profits and speculation have, indeed, always been core elements of corporate and partnership legal structures, as opposed to the association whose creation rests upon an altruistic mission, or at a disinterested one. Nonetheless, the legislator and especially judges have been led to introduce into the lives of these business structures set of rules and professional practices intended to prevent or penalize fraud, or on a wider scale, the unconscionable breaches of the legitimate interests of third parties, namely investors, minority associates, wage-earners, competitors, or even other enterprises within the same group. As such, little by little the very ideal of justice has crept into French business law as may be sensed in a few key words (transparency, equality, honesty and fairness) and legal concepts (abusive majority, civil liability, abuse of corporate or firm property). It is therefore noteworthy that on this eve of the xxist century, business law must rise to new challenges involving the notion of justice. One of these is globalization, which makes control over business undertakings increasingly difficult and risks leveling commercial standards to their lowest common denominator owing to legal and taxation manipulations. Another one is to be found in pension funds whose substantial financial clout weighs heavy on stock markets and whose investments seek maximum profits without considering the social and human dimensions of businesses, yet these latter remain indispensable for proper commercial operations and even for business survival over the mid and long haul. Hence, it is up to future changes in business law to integrate these new factors in order to create balanced and equitable solutions for all involved.

	<i>Pages</i>
1. Les principales expressions de l'éthique en droit des sociétés	188
1.1 La transparence	188
1.2 Le respect d'autrui	192

2. Les futurs défis lancés à l'éthique en droit des sociétés	195
Conclusion	198

Si l'idéal de justice est une composante essentielle du droit des personnes ou du droit des contrats, sa place dans le droit des sociétés est, de prime abord, beaucoup moins naturelle. À la limite, il serait même possible de dire, en forçant quelque peu le trait, que les relations entre ce droit et la justice sont celles de l'indifférence, et d'une indifférence presque génétique, constitutionnelle... La société a été conçue dès l'origine comme un contrat à titre onéreux, conclu par des entrepreneurs ayant en vue la réalisation d'un profit. La spéculation, la recherche d'un bénéfice ont ainsi d'emblée constitué les pièces maîtresses de cette structure juridique, par opposition à l'association, créée dans une finalité altruiste ou, à tout le moins, désintéressée. Sans faire vraiment de l'histoire, rappelons quand même que le contrat de société est autrefois apparu pour contourner la prohibition, par l'Église catholique et les canonistes, du prêt à intérêt !

Dans ces conditions, la société paraît bien sous-tendue par une logique d'argent, et par une logique également individualiste, même si elle suppose traditionnellement la réunion de deux ou plusieurs personnes. Sa raison d'être est bien, en effet, de faire gagner le plus à chacun, et la dimension collective de l'entreprise n'est ici qu'un simple moyen, un instrument au service de cet agglomérat d'aspirations individuelles. D'ailleurs, cette vision des choses se renforce encore aujourd'hui dès lors que se multiplient les possibilités de création de sociétés unipersonnelles, par essence très individualistes : c'est le cas en France, par exemple, avec la loi du 11 juillet 1985 pour la société unipersonnelle à responsabilité limitée et avec la loi, toute récente, du 12 juillet 1999 pour la société par actions simplifiée unipersonnelle, dans laquelle certains voient déjà la société type de demain¹.

Faut-il en conclure cependant que, dans cette dynamique par nature financière, l'éthique n'a pas son mot à dire ? Sûrement pas, car la recherche tout à fait légitime du profit ne saurait tout permettre, tout justifier. En d'autres termes, le droit des sociétés, s'il veut vraiment mériter son nom de droit, ne peut se contenter de mettre sur pied des structures et des règles d'organisation et ensuite donner une sorte de blanc-seing à ceux qui les

1. Voir, par exemple, J. PAILLUSSEAU, « La nouvelle société par actions simplifiée. Le big-bang du droit des sociétés », D.1999.chr.333.

adoptent. Il lui appartient de fixer des limites, des garde-fous, voire de poser des exigences de comportement. Évidemment, le législateur peut le faire, de façon initiale et générale, et c'est ce qui se produit d'ailleurs de temps à autre. Toutefois, un autre personnage est assurément bien mieux placé que lui pour jouer ce rôle tout à la fois de censeur et d'aiguillon, soit le juge qui, au contact des réalités quotidiennes, découvre les comportements ou les fins inadmissibles et veille donc à les sanctionner et, ce faisant, à les prévenir aussi en évitant qu'ils se reproduisent dans d'autres hypothèses.

À cet égard, le droit français permet bien de mesurer cet effort progressif des tribunaux vers une certaine exigence d'éthique dans la création et le fonctionnement des sociétés (section 1). Cependant, ce combat salubre n'est sûrement pas gagné. Car, à l'aube du nouveau millénaire, des germes de remise en cause de ces acquis se manifestent de plus en plus fortement (section 2).

1. Les principales expressions de l'éthique en droit des sociétés

Cette évolution incontestable par rapport au *Code de commerce* de 1807 essentiellement technique et, au demeurant, bien lacunaire s'est faite autour de deux exigences complémentaires mais distinctes : l'une est la transparence (section 1.1) ; l'autre, plus profonde encore, est le respect d'autrui (section 1.2).

1.1 La transparence

Résumons notre pensée ici en disant : oui à la recherche du profit, mais à condition qu'elle s'effectue dans la clarté, et qu'elle soit ainsi synonyme d'une certaine loyauté ou encore d'une égalité des chances.

En France, l'évolution a été, pensons un instant au XIX^e siècle, considérable. Car, pendant très longtemps, la primauté, voire l'exclusivité, a été donnée au secret des affaires, à un secret source de protection du pouvoir et aussi de défense des stratégies industrielles et commerciales². Or, depuis une vingtaine d'années, la transparence a pris, sinon le dessus, du moins une part importante en droit des sociétés parce qu'elle s'oppose à l'opaque, à l'obscur, qui, de leur côté, sont souvent perçus comme synonymes de mensonge, de manœuvres, de tromperie.

2. Voir deux importantes thèses récentes : E. GARAUD, *La transparence en matière commerciale*, thèse, Limoges, Université de Limoges, 1995, et N. VIGNAL, *La transparence en droit privé des contrats. Approche critique de l'exigence*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998.

Le point de départ de cette évolution s'est sans conteste situé dans le domaine des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne. S'adresser ainsi à tous, et donc notamment à des particuliers souvent peu avertis des risques financiers des opérations projetées, a impliqué, dans l'esprit du législateur, puis dans celui de la Commission des opérations de bourse (COB), le respect d'un devoir général d'information, qui se traduit en particulier par la rédaction de multiples documents, dont la fiabilité fait l'objet de contrôles particulièrement rigoureux, par exemple à travers les visas préalables de la Commission des Opérations de Bourses (C.O.B.).

De même, depuis la loi du 2 août 1989 sur la transparence et la sécurité du marché financier, pèse sur ceux qui acquièrent progressivement le contrôle d'une société cotée l'obligation de le faire savoir. Le discret ramassage en bourse, effectué à l'insu de tous (ou presque...), a fait place à de lourdes obligations légales de déclaration de franchissement de seuils, auprès tant du Conseil des marchés financiers que de la société cible elle-même, et la sanction encourue par celui qui les enfreindrait est des plus dures puisque si une personne dépasse 5, 10, 20, 50 ou encore le tiers ou les deux tiers des droits de vote d'une société cotée sans l'avoir dit, elle sera privée du droit de vote afférent aux titres dépassant le seuil considéré. Transparence, au demeurant, encore renforcée par l'obligation pour ceux qui agissent de concert dans cette prise de contrôle de le dire dès lors que les titres dont ils sont titulaires dépassent, par leur globalisation, les seuils fatidiques précités.

Nous pourrions encore développer, dans le même domaine, les procédures d'offres publiques d'achat ou d'échange, qui se conduisent, au moins à partir de leur déclenchement, dans la transparence pour l'ensemble des actionnaires de la société cible ou encore, dans un registre très différent, les infractions pénales qui renforcent indirectement la transparence en sanctionnant ceux qui faussent les cours boursiers dans l'ombre (délit de manipulation de cours), ou bien ceux qui spéculent avant que les autres soient en mesure de le faire parce qu'eux seuls détiennent pour l'instant de l'information privilégiée sur les titres considérés. C'est là le fameux délit d'initié, dont la répression en France s'est progressivement élargie et durcie : par exemple, ce délit peut frapper aussi bien un dirigeant de société qu'un salarié, un intermédiaire financier ou encore un conseil qui, mis dans la confiance de la conclusion d'un important accord pour la société, se sera empressé d'acquérir des titres en anticipant la hausse de leurs cours ou bien aura permis à autrui de réaliser des opérations sur ces titres ; il n'implique pas que l'initié connaisse l'identité de celui qui réalise les opérations sur le marché, ni les modalités de celles-ci ; il est punissable en France même si les opérations se sont produites sur un marché étranger

dès lors que la divulgation de l'information privilégiée a eu lieu à partir du territoire français ; il peut être le fait d'une personne morale³.

Or — et tel est l'apport essentiel du juge —, cette exigence de transparence posée à propos des sociétés cotées a progressivement gagné le monde des sociétés fermées, dans laquelle le principe du secret est pourtant habituellement prédominant. Nous pourrions là encore présenter de nombreux exemples. Retenons-en simplement deux qui ont donné lieu à des cas de jurisprudence récents remarquables, car ils ont été affirmés en dehors de tout support légal : le premier exemple concerne l'exigence d'information du président du conseil d'administration à l'égard des administrateurs. Lorsque le président du conseil d'administration d'une société anonyme dispose de renseignements particuliers, il doit les communiquer à tous les administrateurs, y compris évidemment — c'est le sens de cette jurisprudence — à ceux qui ne votent pas spontanément dans son sens, à ceux qui incarnent des intérêts présumés contraires. À défaut de l'avoir fait, la délibération qui aurait été adoptée serait susceptible d'annulation⁴ ; le second exemple porte sur l'exigence d'information du dirigeant à l'égard d'un associé dans le cas particulier où le premier envisage de se porter acquéreur des titres actuellement détenus par le second. Cette hypothèse a ainsi donné lieu à un important arrêt de la Cour de cassation⁵ rendu dans les circonstances suivantes : une personne qui avait hérité quelques années auparavant d'un important paquet de titres de la société CFCF qui possédait elle-même plus du tiers du capital de la société des Grands Moulins de Paris, propriétaire de six hectares au centre de Paris, s'était rapprochée du président de la première société en lui demandant de bien vouloir lui indiquer un ou plusieurs acheteurs éventuels et le prix qui pourrait en être obtenu. Or, ce dirigeant lui répondit qu'il allait rechercher des acquéreurs et que, d'ores et déjà, le prix unitaire de 500 francs, retenu par la Direction générale des impôts dans le règlement de la succession antérieure, lui semblait trop élevé. Finalement, l'actionnaire fut joint par une banque, mais il offrit spontanément la préférence au dirigeant, qui se porta alors lui-même acquéreur des titres, avec quelques proches, au prix unitaire de 3 000 francs, avant de les revendre quatre jours plus tard à la société Bouygues au prix, cette fois, de 8 800 francs l'action. Faisant valoir qu'elle avait été ainsi victime, de la part du dirigeant cessionnaire, d'une rétention dolosive d'information,

3. J. MESTRE, *Manuel de droit commercial*, Paris, L.G.D.J., 1999, n° 444.

4. Com. 2 juill. 1985, *Rev. sociétés* 1986.231, note P. LE CANNU ; 24 avr. 1990, J.C.P. Ent. 1991.II.122, note M. JEANTIN ; *Rev. sociétés* 1991.347, note P. DIDIER.

5. Com. 27 févr. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 65 ; J.C.P. 1996.II.22665, note J. GHESTIN ; D.1996.518, note PH. MALAURIE ; J.C.P. Ent. 1996.II.838, note D. SCHMIDT et S. DION ; *Bull. Joly* 1996.485, note A. COURET ; *Rev. trim. dr. civ.* 1997.114, obs. J. MESTRE.

notamment sur la valeur réelle des titres vendus et l'existence d'un acquéreur final intéressé, la venderesse a réclamé plus de 10 millions de francs de dommages-intérêts, et les a obtenus de la Cour d'appel de Paris, dont la motivation a ensuite reçu la pleine approbation de la Cour de cassation en ces termes :

[L']arrêt relève qu'au cours des entretiens que Mme A. a eus avec M. Bernard V., celui-ci lui a caché avoir confié, le 19 septembre 1989, à la société Lazard, mission d'assister les membres de sa famille détenteurs du contrôle de la société CFCF dans la recherche d'un acquéreur de leurs titres et ne lui a pas soumis le mandat de vente, au prix minimum de 7 000 francs l'action, qu'en vue de cette cession il avait établi à l'intention de certains actionnaires minoritaires de la société, d'où il résulte qu'en intervenant dans la cession par Mme A. de ses actions de la société CFCF au prix, fixé après révision, de 5 650 francs et en les acquérant lui-même à ce prix, tout en s'abstenant d'informer le cédant des négociations qu'il avait engagées pour la vente des mêmes actions au prix minimum de 7 000 francs, M. Bernard V. a manqué au devoir de loyauté qui s'impose au dirigeant d'une société à l'égard de tout associé, en particulier lorsqu'il est intermédiaire pour le reclassement de sa participation ; par ces seuls motifs [...] la cour d'appel a pu retenir l'existence d'une réticence dolosive à l'encontre de M. Bernard V.

Cet arrêt a suscité une grande controverse, car, précisément, il pose bien la question de l'éthique en droit des sociétés. Certains, comme notre collègue Ghestin, s'en sont félicités au nom d'une certaine morale des affaires, d'autres l'ont, au contraire, violemment dénoncé, comme le professeur Malaurie, pour qui « le règne de la vertu mène au moralisme, c'est-à-dire presque toujours le contraire de la morale » ! Pour notre part, nous l'approuvons, car les relations d'ordre sociétaire doivent, à notre sens, demeurer sous l'emprise d'une certaine loyauté, et le droit ne saurait tolérer qu'un dirigeant social, en qui un associé a placé sa confiance, puisse profiter de sa situation pour réaliser une trop bonne affaire sur le dos de ce dernier. Au demeurant, il est clair que, dans cette solution, la Cour de cassation a aussi voulu tenir compte du poids de l'exigence de bonne foi qui irrigue aujourd'hui le droit des contrats en France, tant dans l'exécution des accords⁶ que dans leur formation même⁷.

Ainsi l'exigence de transparence s'est-elle sensiblement renforcée dans le droit français des sociétés, et elle pourrait d'ailleurs s'y accroître encore à l'avenir si le législateur choisissait, sur les conseils de certains et à la suite du rapport de la commission Viénot⁸, d'accueillir la théorie dite du gouvernement d'entreprise, en favorisant la création de comités indépendants tel qu'un comité d'audit ou un comité des rémunérations, pour mieux contrôler

6. C. civ., art. 1134, al. 3.

7. Sur cette exigence en droit des sociétés, voir J. MESTRE, « La société est bien encore un contrat », dans *Mélanges Mouly*, t. II, Paris, Litec, 1998, p. 131 et suiv.

8. *Rapport AFEP-CNPF sur le conseil d'administration des sociétés cotées*, ETP, 1995.

l'exercice du pouvoir par les dirigeants, ou bien en imposant la présence au sein du conseil d'administration lui-même d'administrateurs indépendants, n'entretenant aucune relation de quelque nature que ce soit avec la société considérée ou son groupe qui pourrait compromettre leur liberté de jugement⁹. L'enjeu est, ici encore, plus de transparence pour, au demeurant, mieux servir l'intérêt d'autrui.

1.2 Le respect d'autrui

Entrer en société, vivre en société, voire connaître des difficultés en société ne sauraient légitimer des comportements purement individualistes et donc égoïstes. Le *Code civil* l'a lui-même suggéré lorsqu'il fait de la participation de chacun aux résultats de l'exploitation, et notamment aux pertes, une condition de formation du contrat de société, et la jurisprudence s'y est prêtée à son tour lorsqu'elle a conforté cette exigence d'ordre financier en y ajoutant celle, plus subjective et donc plus compréhensive, d'un *affectio societatis*, c'est-à-dire d'une volonté de collaboration égalitaire animant l'ensemble des associés¹⁰. Cela étant, la prohibition des clauses léonines, qui excluent précisément l'un des associés de la contribution aux pertes, ou encore la dissolution de la société lorsque l'*affectio societatis* a, chemin faisant, disparu de la vie sociétaire ne sauraient résumer, ni même illustrer, la marque d'une éthique du respect d'autrui. En revanche, depuis de nombreuses années, beaucoup d'efforts ont été accomplis, notamment par la jurisprudence, pour que les sociétés ne soient pas le siège d'atteintes aux intérêts légitimes d'autrui, et donc pour qu'une certaine éthique de la recherche du profit soit respectée.

De nombreux exemples peuvent ainsi être évoqués :

- la nécessité de respecter le légitime intérêt des créanciers : d'où la nullité des sociétés constituées dans le but de faire échec à leurs droits, par exemple à travers l'apport de biens immobiliers à la personne morale dans le souci de les faire échapper à une prochaine saisie¹¹ ; ou encore

9. Voir, à cet égard, A. COURET, « Le gouvernement d'entreprise, la corporate governance », D.1995.chr.163 ; F. PELTIER, « La convergence du droit français avec les principes de la « corporate governance » américaine », J.C.P. Ent. 1997.I.660 ; V. MAGNIER, « Principes relatifs au gouvernement d'entreprise. Premiers éléments d'analyse », J.C.P. Ent. 1999.1165 ; J. DELGA, « Éthique, éthique d'entreprise, éthique du gouvernement d'entreprise », D.1999.Dr.aff.397 ; I. GROSSI, *Les devoirs des dirigeants sociaux. Bilan et perspectives*, thèse, Aix-en-Provence, Université d'Aix-Marseille, 1999 ; I. GROSSI, « Rapport Viénot II : véritable avancée ou simple état des lieux ? », dans *Lamy Sociétés commerciales*, oct. 1999, p. 1 et suiv.

10. Voir Y. GUYON, « La fraternité dans le droit des sociétés », *Rev. sociétés* 1989.439.

11. Com. 19 avr. 1972, *Rev. sociétés* 1973.81.

la sollicitation des notions de fiction ou encore de confusion des patrimoines pour étendre la procédure collective frappant une société commerciale en cessation des paiements à une société civile immobilière lorsque, manifestement, ces deux personnes morales ne forment qu'une seule et même entité économique et que des flux financiers anormaux se sont produits entre elles¹² ;

- la nécessité de respecter le légitime intérêt d'héritiers réservataires : d'où le jeu de l'exception de fraude à la loi contre une opération qui avait consisté à transférer la propriété d'un immeuble situé en France à une société, dont les actions étaient remises en trust, en attendant d'être transférées à un tiers, afin de transformer une succession immobilière en une succession mobilière, soumise à la loi plus souple pour le *de cuius* de son dernier domicile¹³ ;
- la nécessité de respecter l'intérêt des salariés : d'où la notion d'unité économique et sociale qui va permettre de globaliser les effectifs de sociétés délibérément fractionnées par un employeur pour éviter que soient dépassés certains seuils, sources pour lui de contraintes, notamment sur le terrain de la représentation collective des salariés¹⁴ ;
- la nécessité de ne pas sacrifier l'intérêt des investisseurs : d'où, en particulier, les règles de bonne conduite que formule de manière détaillée, à l'intention des prestataires de services d'investissement, l'article 58 de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996, et qui s'expriment, en particulier, par « l'obligation de se comporter avec loyauté et d'agir avec équité au mieux des intérêts des clients et de l'intégrité du marché » et par celle de « s'efforcer d'éviter les conflits d'intérêts et, lorsque ces derniers ne peuvent être évités, de veiller à ce que les clients soient traités équitablement » ;
- la nécessité de ne pas léser les minoritaires : d'où la notion d'abus de majorité, que les tribunaux retiennent dès lors que des délibérations ont été prises « contrairement à l'intérêt de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité » : ainsi, pour sanctionner la prise en charge du passif d'une autre société uniquement en vue de protéger le gérant de cette dernière¹⁵, il y

12. Com. 18 juill. 1989, *Bull. civ. IV*, n° 223 ; 17 nov. 1992, *Bull. civ. IV*, n° 357 ; 28 mars 1995, *Bull. civ. IV*, n° 102.

13. Aix, 9 mars 1982, Caron, *Rev. crit. dr. int. privé* 1983.282, note G. DROZ, approuvé par Civ. 1^{re}, 20 mars 1985, *Rev. crit. dr. int. privé* 1986.66, note Y. LEQUETTE.

14. L'article L.431-1, al. 6 du *Code du travail* consacre aujourd'hui la jurisprudence antérieure de la Chambre sociale de la Cour de cassation.

15. Com. 29 mai 1972, J.C.P. 1973.II.17337, note Y. GUYON.

aura mise en location-gérance du fonds de commerce de la société seulement pour favoriser les majoritaires, associés exclusifs de la société locataire¹⁶ ; notons aussi l'apport à une société en commandite par actions créée à cet effet des actions de la filiale d'une société qui perd, de ce fait, tous pouvoirs dans la gestion de sa filiale¹⁷ ;

- la nécessité de respecter aussi l'intérêt des majoritaires : d'où, plus récemment, l'apparition de la notion d'abus de minorité, retenue lorsque les minoritaires ont eux-mêmes adopté une attitude égoïste, contraire à l'intérêt social et, ce faisant, empêché l'adoption d'une modification statutaire qui supposait en droit une majorité qualifiée et qui, au point de vue économique, s'avérait particulièrement impérieuse pour la survie de la société¹⁸.

Ainsi, à travers l'abus de minorité, perce ouvertement l'intérêt de la personne morale. Le point est essentiel et mérite que nous nous y arrêtions un instant. Voilà des associés qui ont mis en commun des moyens financiers, matériels et humains pour gagner de l'argent et qui, pour des raisons d'ordre juridique, ont créé une personne morale distincte d'eux. Et, ce faisant, la maîtrise des choses financières leur échappe quelque peu parce que, aux yeux du juge, est née une entreprise qui intéresse aussi éminemment autrui, c'est-à-dire, plus précisément, les salariés qu'elle a embauchés et les partenaires commerciaux avec qui elle a choisi de traiter. L'éthique, soit finalement la prise en considération d'une exigence supérieure, s'introduit donc subrepticement mais puissamment et va conduire à imposer parfois chez l'associé majoritaire ou encore le dirigeant un comportement qui peut ne pas être celui que lui dicterait son intérêt personnel. Voyons quelques exemples à ce sujet :

- c'est le cas lorsque l'actionnaire majoritaire de la société mère se voit reprocher d'avoir imposé à une filiale une solution certes conforme à l'intérêt du groupe mais par trop contraire à l'intérêt bien compris de cette dernière parce que cela la met finalement en difficulté à travers l'exigence de sacrifices trop importants¹⁹ ;

16. Com. 8 janv. 1973, *Bull. civ. IV*, n° 13.

17. Com. 24 janv. 1995, *R.J.D.A.* 1995, n° 439.

18. Cela a été le cas, par exemple, d'une augmentation de capital, destinée à renforcer des fonds propres insuffisants de la société en difficulté : Com. 9 mars 1993, *Bull. civ. IV*, n° 101 ; *Rev. sociétés* 1993.403, note PH. MERLE ; 5 mai 1998, *Bull. Joly* 1998.755, note L. GODON.

19. Crim. 13 févr. 1989, *Rev. sociétés* 1989.692, note B. BOULOC ; 14 avr. 1993, *Bull. Joly* 1993.771, note M. JEANTIN.

— cela se produit aussi lorsqu'un dirigeant est condamné pour abus de biens sociaux parce qu'il a fait payer par la société des amendes auxquelles il avait été personnellement condamné, mais qui étaient toutes liées à l'activité de la personne morale (par exemple, des amendes prononcées contre le président d'une société de transport au titre d'infractions au *Code de la route* commises par ses salariés)²⁰.

Il reste que, dans la recherche d'une certaine éthique au nom d'un intérêt supérieur à l'intérêt personnel de tel ou tel, fût-il dirigeant ou associé majoritaire, les contours des solutions sont parfois difficiles à tracer. Prenons un seul exemple, qui nous paraît très révélateur : celui des pactes de préférence conclus entre les principaux actionnaires d'une société anonyme. Il est connu que, souvent, pour protéger le capital d'une société contre des attaques extérieures, les majoritaires en place passent de tels accords aux termes desquels si l'un vient à céder ses titres, il devra d'abord offrir la préférence à ses cocontractants au prorata de la participation de chacun. De tels pactes sont évidemment utiles pour protéger la société contre des *raiders* dangereux, d'autant que la jurisprudence française en maintient l'efficacité en cas de déclenchement d'une offre publique d'achat²¹ ; ils rassurent aussi ceux qui, en s'engageant dans une société avec d'autres, veulent fréquemment pouvoir compter sur une certaine durée du partenariat économique qu'ils établissent alors. Cependant, en même temps, peut-on admettre ainsi, du moins sans fixer la moindre limite, un verrouillage du capital qui, de fait, risque de pérenniser les pouvoirs en place ? La justice, la considération des autres et, parfois aussi, l'efficacité économique ne militent-elles pas pour une certaine ouverture des sociétés, un éventuel remplacement des personnes défaillantes, et donc finalement pour une autre manière de sauvegarder la pleine liberté contractuelle ? C'est là une question délicate, qui, à notre avis, risque de se poser de plus en plus souvent à l'avenir dans la mesure où les grands défis qui vont se présenter à l'éthique en matière de droit des sociétés nous paraissent directement liés à une problématique de liberté ou, *a contrario*, de rigidité.

2. Les futurs défis lancés à l'éthique en droit des sociétés

En cette aube du troisième millénaire, l'heure ne devrait pas être à l'inquiétude, mais bien à la joie et à l'espoir. Et pourtant, comment ne pas évoquer brièvement deux sources possibles de danger pour l'éthique en notre domaine ?

20. Crim. 3 févr. 1992, *Rev. sociétés* 1992.535, note B. BOULOC.

21. Trib. com. Paris, 28 juill. 1986, *Rev. sociétés* 1987.58, note J.-J. DAIGRE.

La première source est le *phénomène contemporain de la mondialisation*, qui multiplie les opérations interfrontières ainsi que les mouvements internationaux de capitaux et facilite considérablement les réinvestissements comme, d'une certaine façon aussi, les délocalisations d'entreprises. Ce phénomène est encore, évidemment, accentué par l'extraordinaire développement des technologies qui rend de plus en plus difficiles les contrôles susceptibles de s'exercer sur la constitution des sociétés et leurs opérations financières.

La mondialisation est assurément source de risques juridiques. Pensons par exemple à la très délicate question de la circulation et du blanchiment des capitaux illicites, qui sont, le fait est connu, sensiblement facilités par des constitutions de sociétés, notamment immobilières. À cet égard, d'intéressantes propositions ont été faites pour améliorer les contrôles sur les mutations de titres sociaux, afin de mieux discerner les recyclages frauduleux : ainsi, celle de maître Jean-Paul Decorps, actuel président du Conseil supérieur du notariat français, qui a, de manière convaincante, suggéré à la chancellerie d'introduire le recours à l'acte authentique pour les cessions de parts de sociétés civiles à prépondérance immobilière²².

Songons aussi aux différences profondes de droit entre les pays, qui incitent le plus souvent les sociétés à aller au plus offrant, au plus laxiste, au moins regardant... C'est là un constat qui interpelle l'éthique, laquelle, par hypothèse, pose des exigences élevées et se satisfait mal d'un nivellement des règles par le bas. Pour l'heure, il n'est guère possible de voir, sous réserve de la prohibition des trafics illicites, ce qui pourrait, en droit des sociétés, relever d'un ordre public transnational, reçu par tous les États du monde : le risque est donc grand de voir s'instaurer des pratiques douteuses ou, à tout le moins, lésionnaires des intérêts des tiers (salariés, minoritaires, créanciers, partenaires) si une harmonisation minimale des législations étatiques ne s'opère pas rapidement en vue de fixer certaines règles fondamentales dans la vie de toute entreprise sociétaire.

Ajoutons que cette question est déjà à l'heure actuelle des plus cruciales au sein de l'espace économique européen, où pourtant les divergences entre législations étatiques ne sont pas toujours considérables. À cet égard, la position de la Cour de justice des communautés européennes n'incite peut-être pas à un optimisme démesuré puisque, au nom de la liberté d'établissement, cette juridiction vient de rendre cette année deux importants arrêts, qui devraient logiquement favoriser les cas de délocalisation intéressée.

22. J.-P. DECORPS, interview donné à Jacques Mestre, directeur de la revue *Droit et Patrimoine*, (mai 1999) *Droit et Patrimoine* 99.

Dans le premier, du 9 mars 1999²³, la Cour a précisé ceci :

le fait, pour un ressortissant d'un État membre qui souhaite créer une société, de choisir de la constituer dans l'État membre dont les règles de droit des sociétés lui paraissent les moins contraignantes et de créer des succursales dans d'autres États membres ne saurait constituer en soi un usage abusif du droit d'établissement. En effet, le droit de constituer une société en conformité avec la législation d'un État membre et de créer des succursales dans d'autres États membres est inhérent à l'exercice, dans un marché unique, de la liberté d'établissement garantie par le traité.

Et la Cour ajoute :

le fait qu'une société n'exerce aucune activité dans l'État membre où elle a son siège et exerce ses activités uniquement dans l'État membre de sa succursale ne suffit pas à démontrer l'existence d'un comportement abusif et frauduleux permettant à ce dernier État membre de dénier à cette société le bénéfice des dispositions communautaires relatives au droit d'établissement.

Dès lors, le refus d'immatriculer la succursale considérée est jugé incompatible avec les articles 52 et 58 du traité CE. Solution donc importante, à la suite de laquelle notre collègue Gilbert Parléani écrit, au moins de façon liminaire, dans sa note : « La construction européenne sera à nouveau accusée de favoriser le nivellement par le bas, la concurrence dévastatrice entre les législations nationales, les délocalisations abusives, et, plus généralement, la fraude ! »

Et ce, d'autant plus que, quelques semaines plus tard, cette cour de justice²⁴ est venue, sur le terrain fiscal, préciser que les mêmes articles 52 et 58 du Traité s'opposent à ce que la législation d'un État membre (en l'espèce, la législation grecque) exclue, pour les sociétés étrangères qui exercent en Grèce une activité par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé, que soit reconnue aux seules sociétés grecques la possibilité de bénéficier d'un taux réduit sur les bénéfices, dès lors qu'il n'existe aucune différence de situation objective entre ces deux catégories de sociétés susceptible de justifier une telle différence de traitement. Autrement dit, une société française ou allemande qui se délocalise partiellement en fixant un établissement dans un autre pays de la Communauté a droit au même régime de faveur que celui que l'État d'accueil réserve à ses propres sociétés nationales. La délocalisation, même sur le plan fiscal, a donc un bel avenir devant elle.

23. CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd. c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, Rev. sociétés 1999.386, note G. PARLÉANI ; Bull. Joly 1999.705, note J.-Ph. DOM.

24. CJCE, 5^e ch., 29 avr. 1999, *Royal Bank of Scotland plc c. Elliniko Dimosio*, Bull. Joly 1999.784, note D. BELIN.

Délocalisation des sociétés, délocalisation aussi, serions-nous tenté de dire, des capitaux à travers leur extrême volatilité et leur tendance de plus en plus marquée à courir vers le placement le plus rémunérateur... et à le quitter d'ailleurs tout aussi vite pour un autre, dès lors que la perspective de profit s'infléchit. Ce n'est ici un secret pour personne que *certaines fonds de pension* règnent aujourd'hui sur beaucoup de bourses et, tout particulièrement, sur la Bourse de Paris. Ainsi, la part des capitaux étrangers, qui est seulement de 7 p. 100 à Wall Street, de 10 p. 100 à Francfort et de 15 p. 100 à la City, atteint de nos jours près de 40 p. 100 en France (contre à peine 10 p. 100 en 1985 !), et de très grandes entreprises « françaises » sont même à présent à majorité étrangère²⁵. Or, en recherchant souvent la loi du profit maximal, ces fonds de pension pèsent lourdement sur la vie des sociétés et, au-delà, sur l'existence de tous ceux qui en sont à divers titres les partenaires. D'où un risque de dérives ou, à tout le moins, de comportements maladroits, comme nous avons pu récemment le constater en France.

Ainsi, en septembre 1999, un important groupe français de sociétés a annoncé le même jour une hausse de ses résultats de 17,50 p. 100 et un projet de suppression de 7 500 postes de travail sur trois ans, c'est-à-dire de 10 p. 100 de ses effectifs en Europe ! La nouvelle a choqué certains, et en tout cas frappé les esprits, mais en même temps a dopé le marché financier puisque la Bourse de Paris, euphorique, a fait gagner 12,56 p. 100 au titre visé en une seule séance ! Voilà assurément une forte interpellation pour l'éthique en droit des sociétés. Certes, le profit n'est nullement en cause : il est parfaitement sain, et inhérent à toute entreprise sociétariaire. Ce qui fait problème, c'est la recherche intense d'un surprofit immédiat qui, dans le cas des fonds de pension, peut apparaître objectivement excessive et, à terme, dangereuse pour la société française. Ces fonds sont, en effet, largement indifférents aux projets industriels des entreprises et privilégient manifestement une approche spéculative à très court terme.

Conclusion

Il serait évidemment illusoire de vouloir bannir les investissements massifs sans lesquels le développement des entreprises françaises n'est plus désormais possible. La solution passe donc sans doute par l'établissement de règles minimales du jeu éthique, si nous osons dire, et, s'il y a demain création d'autres fonds de pension dans certains pays comme la France, par le choix fait en faveur d'une gestion, non pas exclusivement de profitabilité, mais d'équilibre entre la légitime recherche du profit et une

25. *L'expansion*, 4-18 nov. 1999.

indispensable référence au social. Il est en tout cas permis de le souhaiter vivement, ne serait-ce que pour éviter de voir demain les salariés d'une entreprise être licenciés uniquement parce que le fonds de pension auxquels sont affiliés les retraités de celle-ci déciderait que c'est là le meilleur moyen de faire fructifier ses revenus.