

Les trois problématiques clefs en droit sociétaire



Le code des sociétés commerciales continue à désigner la société comme étant un contrat. Mais, malgré le maintien de cette qualification classique dans le code des sociétés commerciales (article 2 du CSC) comme dans le code des obligations et des contrats (article 1249 du COC), les règles de fonctionnement des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée notamment, semble, d'une réforme à une autre, échapper de plus en plus à la volonté contractuelle des associés.

1- La première problématique en droit des sociétés est donc : **Quelle est la part de contractualisme et la part de l'institutionnalisme nécessaires par domaine et type de société ? autrement dit, quelles sont les limites pertinentes à fixer pour l'ordre public sociétaire (règles impératives assorties ou non de sanctions expresses) pour servir les objectifs économiques poursuivis à travers le droit ?**

Sans la définition d'un cadre conceptuel au départ pour guider l'action de conception des textes régissant les sociétés, le législateur encourt le risque de légiférer par excès d'institutionnalisme ou l'inverse.

Or, l'institutionnalisme qui se traduit par une limitation de la liberté contractuelle et par un coût de conformité et un coût d'inhibition pour les opérateurs économiques et l'économie dans son ensemble n'est pertinent que lorsqu'il établit que les avantages qu'il procure pour l'efficacité économique globale, à travers la gravité du risque qu'il gère et l'importance de la sécurisation des investisseurs qu'il vise, sont supérieurs aux coûts qu'il engendre.

Pour être adapté, le domaine de l'ordre public sociétaire doit être déterminé sur la base de la distinction nette entre :

- Les sociétés ayant des titres admis sur un marché réglementé (titres cotés en bourse) qui justifient le plus fort institutionnalisme acceptable ;
- Les sociétés faisant appel public à l'épargne mais non cotées dont l'institutionnalisation justifiée doit veiller à maintenir un formalisme et des contraintes plus allégées ;
- Les sociétés fermées qui doivent offrir, par leur diversité, une large palette de choix allant de formules largement contractualistes à des formules intermédiaires.

Ainsi, s'il est pertinent que le domaine de l'ordre public sociétaire soit le plus large pour les sociétés cotées, il est aussi pertinent que le système ne recourt à l'impératif que lorsque ce recours est indispensable, et qu'il soit plus supplétif pour les sociétés fermées en leur offrant des solutions qui consacrent, si les associés le souhaitent, une large part de contractualisme.

2- La deuxième problématique est la préservation de la cohérence des sources d'inspiration. En effet, s'il est normal que les pays s'inspirent les uns des autres dans un système globalisé (inutile de réinventer la roue), il est important d'éviter de faire du shopping dans un système juridique sans en considérer l'ensemble.

Ainsi, par exemple, si le droit des sociétés français se caractérise par un ordre public sociétaire élargi, ce système offre aussi des solutions purement contractualistes telles que la société anonyme simplifiée qui permet aux opérateurs économiques de trouver, dans le corpus du droit des sociétés, la solution la plus appropriée à leur situation.

S'inspirer de la partie du droit des sociétés français caractérisée par un ordre public sociétaire développé en négligeant les solutions contractualistes qu'offre le droit français d'inspiration, c'est effectuer un arbitrage qui rétrécit les perspectives d'un droit répondant aux besoins du développement de l'activité économique.

S'inspirer de la partie du droit des sociétés français caractérisée par un ordre public sociétaire développé en négligeant les solutions contractualistes qu'offre le droit français d'inspiration, c'est effectuer un arbitrage qui rétrécit les perspectives d'un droit répondant aux besoins du développement de l'activité économique.

Une deuxième difficulté peut provenir de l'addition d'un dispositif inspiré d'une juridiction à un dispositif régissant la même question inspiré d'une autre juridiction. Une telle approche crée des redondances (telles que l'obligation de déclaration des fonctions de direction et l'obligation de déclaration des conflits d'intérêts) et alourdit les obligations des sociétés et les coûts que ces obligations engendrent. C'est, particulièrement, le cas du régime des conventions dans la réforme du 16 mars 2009 qui cumule des règles du droit canadien avec des règles du droit français avec une touche de droit anglais tout en allant encore plus loin puisque le droit tunisien impose, par exemple, de soumettre la rémunération des mandataires sociaux des sociétés anonymes à l'approbation de l'assemblée générale annuelle pour toutes les sociétés anonymes alors que le dispositif français, qui a inspiré le notre, réserve la mesure aux sociétés dont les titres sont admis sur un marché réglementé (sociétés cotées), etc...

3- La troisième problématique tient à la nécessité de prendre en compte le coût que génère la réglementation (1) sur les sociétés et, par voie de conséquence, sur l'économie. Par exemple, lorsqu'on institue l'obligation de tenir un registre des dirigeants qui peut être évité par des solutions techniques moins lourdes et aussi, sinon, plus efficaces, cela équivaut à alourdir les charges pour les sociétés et à affecter la croissance.

Les travaux menés sur l'analyse économique du droit ont démontré que la réglementation influence la productivité économique. Le coût qu'elle génère sur les acteurs économiques affecte non seulement la rentabilité de ces acteurs mais aussi le trésor public à travers le manque à gagner d'impôt sur les bénéfices.

«Pour lutter à la fois contre la prolifération des textes et leurs effets pervers, les Etats-Unis ont mis en place dès 1978 des procédures d'Analyse d'Impact de la Réglementation (AIR). Puis sous l'impulsion de l'OCDE, l'AIR s'est diffusée rapidement dans les années 1990... La France vient, par une loi organique du 15 avril 2009, de renforcer l'analyse d'impact des nouvelles lois» (2).

La «légistique» (Science de production du droit ou branche des sciences humaines qui traite de l'élaboration des règles de droit : codes, lois, décrets, arrêtés...) ne peut se passer de se poser la question des coûts de mise en conformité engendrés par la réglementation et du coût des litiges qu'elle peut favoriser que doivent assumer les entreprises et/ou les particuliers. «Plusieurs enquêtes ont démontré que les PME supportent proportionnellement une charge plus importante que les grandes entreprises en la matière. Les bénéfices d'une réglementation sont donc à apprécier au regard des coûts qu'elle risque d'engendrer» (3).

De même, plus un pays est développé, plus la taille de son économie et la taille de ses entreprises tolèrent des coûts de conformité plus élevés. Il peut, par conséquent, s'avérer pénalisant pour un pays en développement d'importer tous les formalismes qu'inspirent certains modèles juridiques de pays développés.

Enfin, si certaines lois sont à durée déterminée par une disposition expresse, de nombreuses lois sont, de fait, à durée déterminée parce qu'elles sont vite avérées inadaptées ou contreproductives.

Bien que l'image traditionnelle de la loi «norme générale et permanente» continue à séduire l'esprit juridique, la rapidité avec laquelle une loi rédigée de façon défectueuse ou impertinente est modifiée est devenue en raison de l'impératif de réduire les nuisances économiques et sociales du droit, un critère d'efficacité et une saine pratique pour mettre le droit au service de l'économie.

(1) Le mot «réglementation» s'entend au sens de l'OCDE. Il englobe tous les instruments avec lesquels les pouvoirs publics imposent des obligations : lois, décrets, arrêtés, etc...

(2) Centre d'analyse stratégique, La note de veille n° 151, ministère des finances, France.

(3) Bulletin de veille n° 151, op. cit.

Abderraouf YAICH