

Voyage d'études 2002

Journée de travail à l'Université de Droit « La Sapienza »

Rome - Italie

9 novembre 2002

Le droit français et le droit italien à l'heure de l'Europe



Exposé du **Professeur Paolo Spada**, *Professeur de droit commercial à l'Université "La Sapienza" Rome*

La typologie des sociétés a l'heure de la réforme du droit italien

1. L'heure de la réforme du droit des sociétés

La réforme du droit italien des sociétés présente une épaisseur temporelle qui est plutôt de l'ordre des décennies que...de l'heure. Il s'agit d'un processus entamé dès la fin des années '50 et qui est en cours à l'heure où nous parlons.

On peut distribuer ce processus sur quatre périodes :

- a) La période des projets des années Cinquante et Soixante. Il s'agit de textes (développés par des commissions dirigées par des juristes de grand prestige tels que Ascarelli et De Gregorio) qui sont souvent d'un rang culturel remarquable et qui ont déclenché un débat important au sein de la littérature juridique italienne. Ces textes et le débat relatif portent surtout sur le sujet suivant : les juristes italiens de l'époque ayant (enfin) constaté que dans les grandes sociétés anonymes la direction des entreprises appartient à une minorité d'actionnaires — une minorité qui nomme ses administrateurs sans se soucier de la majorité des bailleurs de fonds absente et silencieuse — se confrontent pour établir s'il vaut mieux augmenter les pouvoirs de la majorité et en stimuler l'exercice ou plutôt prendre acte de l'absence et de l'inertie des (petits) investisseurs et protéger l'épargne du public (surtout des particuliers) qui prend le chemin du capital de risque.
- b) Ce débat est tranché par la loi 216/1974 qui fait le seul choix réaliste possible entre l'autoprotection et l'hétéro-protection des investisseurs, à savoir celui de l'hétéro-protection, un choix imposé par la passivité des petits actionnaires qui rend velléitaire toute tentative de les inciter à la vigilance quant à la gestion de leurs propres intérêts. Dans ce cadre se situent l'institution d'une autorité indépendante de vigilance sur les sociétés et la bourse (CONSOB) et l'introduction des actions sans droit de vote mais privilégiées dans une mesure impérativement établie par la loi dans le partage des bénéfices — ces actions donnant un signal très éloquent quant au fait que les investisseurs ont besoin d'une protection comme les enfants (qui, si l'on s'en tient à l'étymologie gréco-latine du mot, n'ont pas la parole).

- c) Vingt (quatre) ans après, le Texte Unique de 1998 (n. 58) sur l'intermédiation financière s'oriente vers un parcours alternatif, plutôt axé sur l'autonomie que sur l'hétéronomie : d'une part, le marché boursier italien a un peu grandi et surtout la participation des petits actionnaires aux grandes sociétés admises à la côte se réalise par l'intermédiaire d'investisseurs institutionnels de plus en plus importants (les fonds communs de placement) qui ont la compétence technique et le pouvoir économique d'être présents et actifs - si ce n'est dans la direction, du moins dans le contrôle des dirigeants nommés par des minorités pré-établies d'actionnaires (en général d'origine familiale) ; d'autre part, la compétition financière internationale oriente le législateur vers une vision dynamique de la direction des grandes entreprises (ce qu'on nomme aujourd'hui, d'un mot fortement désémasé : *governance*) qui était déjà courante dans les marchés les plus évolués et performants (notamment les marchés anglo-saxons), une vision qui exige la précarité permanente de la direction — celle-ci devant rester « disputable » par le biais du marché grâce à des techniques tels que les *take-over* bis et la collecte des proxies.

Ces facteurs engendrent un statut différencié des sociétés dont les actions sont admises à la côte des marchés réglementés, un statut qui restitue du pouvoir aux actionnaires bailleurs de fonds (qui, différemment que par le passé, sont actifs grâce à l'intermédiation des investisseurs institutionnels) et qui développe une conversion du droit des sociétés anonymes en droit du marché actionnaire.

- d) En 2001, enfin, une loi de délégation (n. 366) confie au gouvernement la tâche de mettre en œuvre une réforme organique des sociétés par actions (anonymes), des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés coopératives; ceci dans l'intention de rendre plus flexible l'organisation des entreprises en fonction de leur dimension, de favoriser le financement (par la multiplication des « instruments financiers » à offrir aux épargnants), de faire face à la concurrence des législations étrangères dans un marché « globalisé » - en fin de compte ayant recours à la copie pour les sociétés anonymes de solutions expérimentés à l'étranger. Le texte du décret législatif circule désormais et il devrait être adopté définitivement le premier janvier 2003 mais, probablement, son entrée en vigueur sera reportée d'un an.
- e) Le cadre du processus de réforme du droit de société ne serait pas complet si j'omettais de mentionner un projet de réforme des sociétés de personnes (un projet connu comme « projet Rovelli » du nom du président de la commission qui l'a élaboré) qui, d'après les motifs qui l'accompagnent, cherche à relancer (mais y en a-t-il besoin ?) cette modalité d'exercice collectif de l'entreprise économiquement mineure.

2. Polysémie du mot « type »

Dans la culture juridique italienne — et surtout chez les spécialistes du droit des sociétés — le mot « type » revendique depuis les années '70 trois valeurs sémantiques différentes :

- a) On parle, tout d'abord, de « type » de société en tant que définition législative axée sur la responsabilité des associés et sur le régime de circulation des participations sociales (notamment: la circulation des participations sous le régime des valeurs mobilières). La réalité juridique que le mot « type » évoque selon ce premier usage est de l'ordre des conséquences législatives d'un choix des associés dont les contenus restent à établir.

Par exemple : si A, B et C sont associés en nom collectif, alors ils sont personnellement et solidairement responsables des obligations sociales ; si A, B et C sont actionnaires d'une société anonyme alors leurs parts sociales peuvent être documentées par des titres qui circulent sous le régime des valeurs mobilières. Par contre cette première signification ne nous donne aucune information concernant les conditions nécessaires et suffisantes pour affirmer que A, B et C sont associés en nom collectif ou qu'ils sont actionnaires.

- b) Une deuxième valeur sémantique du mot « type » porte sur le contenu essentiel de l'acte d'autonomie privée (contrat ou, aujourd'hui, acte unilatéral) — s'il en est - qui fait démarrer l'initiative économique collective (ou individuelle), notamment sur le contenu organisationnel de cet acte ; c'est justement ce contenu qui préside à la qualification des sociétés constituées afin de choisir le droit législatif applicable. Par exemple: si les parts sociales sont « standardisées » - afin de les rendre semblables à des denrées et leurs permettre d'accéder à un marché - et si l'organisation est « corporative » - à savoir si la direction de l'entreprise est confiée à des administrateurs qui sont cycliquement recrutés par les associés (qui, grâce à la standardisation des parts sociales changent toujours) - alors la société est soumise au droit des sociétés anonymes. Encore : si les associés sont partagés en deux classes dans la perspective du risque et du pouvoir de direction de l'entreprise sociale (comme il arrive pour les commanditaires et commandités), alors la société est soumise au droit des sociétés en commandites. Cette deuxième signification de notre mot porte sur les conditions d'application des différents régimes légaux alors que la première est précisément orientée sur ces régimes mêmes.
- c) Une troisième signification du mot « type » a été importée d'Allemagne où la littérature juridique a proposé d'adapter aux exigences du droit l'opposition philosophique entre « concept » (Begriff) et « type » (Typus) dans le but d'avoir recours, d'une part, au « concept » de société pour maîtriser les problèmes de qualification de la réalité (pour répondre à des questions de ce genre : est-ce que cette société est une société en nomme collectif ou plutôt une société en commandite ?) et d'autre part, la charge cognitive du mot « type » afin d'interpréter d'une façon appropriée aux intérêts de temps en temps en jeux le droit législatif, aussi bien que pour lutter contre les abus de ce droit. En ce sens « type » désigne le modèle socio-économique qui est sous-jacent à chacun des types de société - conçus comme je l'ai indiqué sous a) et b) . Par exemple, la société anonyme serait le vêtement juridique (le code organisationnel) des grandes entreprises qui se pourvoient du capital de risque faisant appel à l'épargne du public (les Allemands parlent de Mammuts-Gesellschaften), alors que la SARL le serait pour les PME à direction familiale. L'interprétation des règles législatives devrait être toujours en harmonie avec ces matrices socio-économiques et un décalage important entre type de société « choisi » et modèle socio-économique pourrait provoquer un refus d'application des règles pertinentes au « type » dans la perspective de la doctrine de l'abus du droit (par exemple : refus d'application du régime de la responsabilité limitée) — cette dernière conséquence étant, par ailleurs, pratiquement rejetée par le droit jurisprudentiel).

3. Les retombées de la réforme sur les types de sociétés

- 3.1. Le statut différencié des sociétés admises à la côte sur des marchés institutionnels — introduit par le Texte Unique de 1998 — donne de la visibilité législative à un modèle socio-économique de société anonyme qui, par le passé, ne pouvait être perçu dans le droit commun des sociétés.

Mais si un nouveau modèle socio-économique émerge tout clairement dans la législation, la typologie des sociétés ne s'enrichit pas d'un nouveau type - dans la valeur sémantique du mot indiquée à la lettre b) du paragraphe précédent. Je veux dire que dans le Texte Unique on n'arrive pas à identifier un nouveau contenu organisationnel, ce contenu étant essentiel pour une qualification qui conditionne l'application du statut différencié. Le statut des sociétés dont les actions sont négociées sur des marchés institutionnels se présente, plutôt, comme une discipline spéciale (protection des associés de minorité; dématérialisation de la circulation des parts sociales etc.) dont l'application dépend de l'admission des actions à la côte ; l'application dépend donc d'un fait au sens strict du terme (et non pas d'un règlement contractuel d'un contenu donné). Ceci signifie, par exemple, qu'il n'y a pas transformation de la société anonyme lors de l'admission des actions à la côte et de la cessation de la côte.

La possibilité de penser la société admise à la côte comme un nouveau modèle socio-économique permet et impose, par ailleurs, une interprétation fonctionnelle du droit commun des sociétés anonymes : l'interprétation du droit commun doit être donc adaptée à la réalité d'une société anonyme qui fait appel à l'épargne du public pour la formation de son capital de risque.

3.2. Par contre, la réforme organique en cours des sociétés de capitaux (la réforme qui fait l'objet de la loi de délégation 366/2001) interfère avec les types de sociétés entendus aussi bien comme définitions axées sur la responsabilité des associés que comme contenus organisationnels et comme modèles socio-économiques.

- *En tant que définitions* : le projet de décret délégué dont on dispose à présent semble en effet renoncer à mettre à la disposition des interprètes des « notions » de société anonyme et de SARL — comme le fait le droit en vigueur (articles 2325 e 2462 du code civil italien) ; mais il ne renonce pas à conserver la première place dans la progression des articles à des dispositions (les nouveaux articles 2325 e 2462) qui déclarent que dans les types de sociétés dont on parle les obligations sociales ne sont garanties que par le patrimoine de la société (toute implication personnelle des associés étant exclue). Un pareil rôle d'ouverture de la discipline consacrée à la société en commandite par action est réservé à une disposition qui différencie les actionnaires commanditaires des actionnaires commandités en fonction de leur responsabilité respective (article 2452).

Les types en tant que définitions donc demeurent intacts malgré l'enrayement du mot « notion ». Mais une nouveauté s'impose à notre attention: ces définitions axées sur la responsabilité intégreront demain la variante unipersonnelle de la société anonyme et de la société à responsabilité limitée afin d'établir que, en l'absence de certaines conditions, l'associé unique est personnellement responsable des obligations sociales. L'indépendance du contrat (une indépendance qui est déjà acquise au droit commun de la SARL dès la transposition en Italie de la XII Directive en 1993) devient une marque législative explicite de ces sociétés de capitaux et cette marque les éloigne de plus en plus de l'image de l'initiative collective à but lucratif qui est suggérée par la définition du « contrat de société » - une définition qui fait et qui fera, par ailleurs, l'objet de la première des dispositions que notre code civil consacre aux sociétés (l'article 2247).

- *En tant que modèles organisationnels* : pour la société à responsabilité limitée l'organisation corporative est rendue moins rigide voire même éventuelle (l'organisation corporative existe à moins que le statut ne le prévoit différemment — nouvel article 2475 code civil).

Une société est donc valable comme société à responsabilité limitée si elle est inscrite au registre de commerce comme SARL quelle que soit la configuration organisationnelle que le statut a choisie: elle peut être administrée collectivement même si les administrateurs ne doivent pas adopter leurs décisions selon la méthode collégiale (convocation, réunion, discussion, vote, proclamation, procès-verbal); d'autre part, la nomination des administrateurs peut être effectuée par les associés sans respecter cette méthode (l'assemblée générale est éventuelle). L'administration de la société à responsabilité limitée pourrait finalement même se passer — si le contrat social le dispose — d'un organe d'administration et d'un recrutement cyclique des administrateurs (c'est-à-dire des caractères fondamentaux de l'organisation corporative) et être donc administrée directement par les associés — de façon disjonctive ou conjonctive - comme dans les sociétés de personnes.

Le rôle organisationnel du capital social (en tant que grandeur numérique qui représente le rapport social et qui permet, par le biais de simples rapports avec la grandeur numérique des apports des associés, de mesurer le pouvoir de chacun et la part de bénéfices et de pertes qui lui appartient) apparaît par ailleurs affaibli: la formation des majorités dépendra dorénavant d'une combinaison entre le nombre des associés favorables à une décision donnée et le poids de leurs votes, à savoir la partie du capital social qu'ils représentent. Si le projet reste sur ce point intact — ce qui est loin d'être sûr - il y aura par conséquent un déclin de la ploutocratie qui marque d'après notre tradition commune franco-italienne les initiatives collectives à but lucratif et un certain espace concédé à la démocratie (vote pro capite); un choix qui engendre des sérieuses inquiétudes sur le plan de la cohérence avec la définition de société en tant qu'association à but lucratif.

Pour la société anonyme les éléments typologiques essentiels restent intacts (à savoir la standardisation des parts sociales [actions] et l'organisation corporative [séparation entre administrateurs et associés ; recrutement cyclique des administrateurs par les associés agissant selon les règles de la collégialité — donc, en tant qu'assemblée]) : Mais : (a) la valeur nominale des actions devient éventuelle (les actions peuvent être dépourvues de valeur nominale et la participation sociale peut être donc mesurée en actions sans l'intermédiaire de grandeurs monétaires) ; (b) leur contenu à la fois organisationnel et économique peut être fortement diversifié par les statuts jusqu'au point d'engendrer la question sérieuse si l'actionnaire reste vraiment impliqué dans une initiative commune ou il ne finit pour jouer plutôt le rôle d'un créancier ; et (c) leur circulation est susceptible d'être interdite pendant cinq ans à partir de la constitution de la société — ou risque de l'être, sur ce point le projet de décret délégué étant peu définitif. (d) D'autre part, l'organisation corporative accepte trois différents régimes d'administration et de contrôle sur l'administration (grosso modo respectivement inspirés [1] le premier à la distinction, traditionnelle pour l'Italie, entre administration et contrôle confiés à deux organes intérieurs à la société, séparés mais dont les titulaires sont toujours nommés par l'assemblée générale [les administrateurs et les « sindaci » - ces derniers étant, hier, des réviseurs comptables et demain veillant plutôt sur la légalité et la régularité de la gestion, la révision comptable étant normalement attribuée à un office extérieur à la société ; [2] le deuxième au système dualiste allemand — Vorstand et Aufsichtsrat ; [3] et le troisième à l'expérience anglo-saxonne qui prévoit à l'intérieur de l'organe d'administration des membres executive et des membres indépendants qui devraient contrôler les premiers).

Une analyse détaillée des nouveautés que je viens de signaler n'est pas possible dans l'économie de cet exposé. Mais il est évident que la mise au point du droit applicable par les Cours sera lente et difficile ; alors qu'il ne me semble pas évident qu'il y a une véritable nécessité pour le bien-être de notre économie de multiplier les variables organisationnelles au dépens de la « normalisation » des acteurs d'un marché, normalisation qui est en général un facteur de prévisibilité et donc de stabilité du marché.

- *En tant que modèles socio-économiques* : la réforme en cours vise à faire de la société à responsabilité limitée la forme naturelle des entreprises collectives de petite-moyenne dimension et de la société anonyme la forme naturelle des grandes -voire des grandissimes- entreprises ; en combattant ainsi la tendance de la réalité italienne des sociétés à utiliser la société anonyme pour toute initiative, quelle que soit sa dimension socio-économique — cette tendance faisant en sorte que le nombre de sociétés à responsabilité limitée demeure en Italie très bas par rapport aux sociétés anonymes.

Parmi les sociétés anonymes la loi de délégation prétend, encore, séparer les sociétés qui se pourvoient du capital de risque en faisant appel au marché des capitaux (bien que leurs actions ne soient pas admises à la côte sur un marché institutionnel) des autres, afin d'appliquer aux premières seulement une discipline qui se présente comme étant fonctionnelle à la protection des associés de minorité, bailleurs de capitaux.

Par rapport à la classe des sociétés de capitaux à responsabilité limitée (société anonyme, société à responsabilité limitée), on devra donc dans l'avenir moduler l'interprétation du droit en vigueur tout en considérant que les modèles socio-économiques sous-jacents à la discipline écrite sont (seront) les quatre qui suivent: a) petite-moyenne entreprise collective (terrain d'élection de la société à responsabilité limitée) qui ne fait pas appel ni ne prévoit de faire appel à l'épargne du public pour se pourvoir de son capital de risque; b) moyenne-grande entreprise collective qui prévoit — ou de moins n'exclue pas la possibilité - de faire appel à l'épargne ; c) moyenne-grande entreprise collective qui fait appel à l'épargne ; d) grande ou très grande entreprise collective qui fait appel à l'épargne par le biais d'un marché mobilier institutionnel.

Un panorama d'une complexité inquiétante. Et un sacré travail qui nous attend !

3.3. Quant au projet de réforme des sociétés de personnes il est suffisant de signaler — dans la perspective de la typologie des sociétés — qu'il prévoit l'abolition de la « società semplice ». Il s'agit à présent du régime résiduel des sociétés qui n'exercent pas d'activité commerciale, un régime qui a été emprunté par les auteurs du code italien de 1942 au Droit des Obligations suisse et dont l'introduction a été accompagnée de la suppression de la société civile — que le droit italien avant 1942 avait hérité du code civil français de 1807. A l'issue de la réforme le régime résiduel de toute activité sociale devrait être celui de la société en nom collectif (sauf en ce qui concerne l'application des procédures collectives de liquidation ou de redressement — faillite et autres) : une dernière — et tardive ? — « commercialisation » du droit privé dont les raisons de politique législative demeurent très incertaines et discutables.