



L'INSTRUMENTALISATION DU DROIT DES SOCIÉTÉS

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT & COMMERCE
TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS – 3 DECEMBRE 2001

*PAR ARLETTE MARTIN-CERF**

Les politiques de création et de développement des entreprises ont toutes maintenant fait place à l'économie libérale, à la loi du marché qui passe déjà par un mouvement général et irrésistible de privatisation¹. Dans les pays européens le mouvement que l'on désigne par un anglicisme, la « corporatisation », ou par un néologisme français qui est censé traduire l'anglicisme, la « sociétisation » des activités économiques, est une conséquence inévitable de la fin des monopoles d'État et de l'extension des secteurs concurrentiels dans le grand marché, qui est la traduction juridique du modèle économique libéral².

En effet la nationalisation n'est qu'une fiction dangereuse lorsque les sociétés contrôlées par l'État sont immergées dans le marché et fonctionnent comme telles ; si elles manquent aux règles du marché en s'accrochant à des traditions archaïques de gestion publique et de service public, elles accumulent les déficits et les dettes, tout en profitant du renflouement par les deniers publics : elles font ainsi une concurrence déloyale aux entreprises à capitaux privés qui œuvrent dans le même secteur d'activité mais, elles, à leurs risques et périls. Les anciens pays socialistes d'économie planifiée en sont tous venus à adopter des codes des sociétés privées³.

Non seulement cette corporatisation fait basculer dans le secteur privé des pans entiers de l'économie, mais encore elle ramène dans le giron du droit des sociétés des domaines économiques qui y échappaient encore alors qu'ils appar-tenaient déjà au secteur privé. Je citerai à ce propos trois illustrations très

* Arlette MARTIN-SERF est Professeur à l'Université de Bourgogne

1. Certes il y a encore des cas où l'on nationalise des sociétés parce que ce sont des entreprises rentables, notamment en Afrique, et quelques pays qui restent attachés, au moins officiellement, au dogme de l'économie planifiée

2. Par exemple l'entrée du transport aérien dans le secteur concurrentiel a déclenché une vague de privatisations : privatisation d'Iberia et ouverture du capital d'Air France en 1999, privatisation d'Alitalia et de la Sabena en 1999, elle a aussi déclenché... une vague de faillites retentissantes telles que celles d'AOM, d'Air Littoral, d'Air Liberté, de la Sabena et de Swissair.

3. On peut citer la reprivatisation au Chili qui a repris les nationalisations effectuées sous le gouvernement Allende, la grande offensive de privatisation du gouvernement Thatcher en Grande-Bretagne, en Allemagne la privatisation de l'ancien patrimoine collectif de l'ex-RDA confiée à la Treuhand de 1990 à 1995, et la privatisation des entreprises publiques en Europe centrale et de l'Est. Ajoute à propos de la Chine qui s'est dotée en 1993 d'une loi sur les sociétés H. Bazin et H.-G. Herrmann, Restructurations, dénationalisation ou privatisation des entreprises d'Etat ? : Gaz Pal 1997, 2, doct. p. 1628

recentes : les nouvelles sociétés sportives issues de la loi du 28 décembre 1999 ⁴, reconnaissance tardive du phénomène économique que représentent les activités sportives professionnelles et leurs dérivés, le *merchandising*, les nouvelles sociétés de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques d'œuvres d'art et d'objets d'occasion prévues par la loi du 10 juillet 2000 ⁵, et les holdings qui seraient ouvertes aux professions libérales, selon le projet Murcef.

Privatisations, fin des monopoles publics ou privés, abandon progressif de l'hypocrisie qui faisait semblant de considérer que certaines activités n'étaient pas de nature capitaliste, autant de facteurs qui gonflent le champ d'application du droit des sociétés. Le droit des sociétés est donc appelé à connaître une expansion constante dans les années et les décennies à venir.

Or dans tous les pays où les entreprises doivent se doter de structures sociétaires pour naître et se développer, le droit des sociétés a subi un phénomène, nouveau mais spectaculaire, d'instrumentalisation ⁶, c'est-à-dire qu'il évolue, continent par continent, vers un ensemble de règles organisant les types de sociétés et leurs modes de fonctionnement, non plus en fonction de principes directeurs ou d'*a priori* intellectuels ou idéologiques, mais dans la perspective délibérée d'attirer, de séduire et de retenir les investisseurs.

Les législateurs nationaux aussi bien que les conseils ou consultants sont de plus en plus attentifs aux besoins juridiques des opérateurs économiques, qui sont les principaux acteurs du commerce international. Les opérateurs économiques réussissent depuis un certain temps à dicter leur loi, au sens plein du terme, de manière directe ou indirecte : ils se livrent à un *lobbying* efficace auprès des autorités compétentes, nationales ⁷ ou supranationales, ou tout simplement s'arrangent pour se placer sous l'empire du système juridique qui leur convient le mieux pour mener à bien l'opération qu'ils envisagent, ou pour utiliser une structure commode qu'ils ne trouvent pas ailleurs.

Ainsi de façon spontanée mais continue, sans qu'il soit besoin de signer des conventions internationales ou d'élaborer des lois uniformes, les instruments juridiques sociétaires sont en train de se plier à une modélisation, ou une standardisation dans la version anglo-saxonne, qui passe par une sorte de sélection naturelle des instruments les plus performants, ces derniers supplantant les autres qui sont délaissés avant d'être éliminés.

La modélisation, phénomène d'uniformisation qui vient du bas, c'est-à-dire des consommateurs du droit économique, s'oppose par son origine et ses caractères à l'harmonisation, qui est un rapprochement des systèmes de droit issu

4. La loi n° 99-1124 du 28 décembre 1999 portant diverses mesures relatives à l'organisation d'activités physiques et sportives, dite « loi Marie-Georges Buffet », fait obligation aux associations sportives affiliées à une fédération sportive qui participent habituellement à l'organisation de manifestations sportives payantes et dépassent certains seuils financiers de constituer une société commerciale pour la gestion de leurs activités

5. La loi n° 2000-642 du 10 juillet 2000 a réformé la réglementation des ventes publiques aux enchères dont jusqu'à présent les officiers ministériels – et principalement les commissaires-priseurs – avaient le monopole. Un an après l'adoption de cette loi, une série de trois décrets d'application du 19 juillet 2001 est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2001

6. Le droit des sociétés n'est pas le seul à avoir acquis une nature fondamentalement instrumentale ; le droit de la concurrence se situe dans le même mouvement – cf J B Blaise et F Jenny, *Le droit de la concurrence, les années récentes : bilan et synthèse* : RIDÉCO 1995, p. 91

7. En France le MEDEF et l'ANSA jouent un rôle particulièrement actif de proposition de réformes et d'orientations.

d'une volonté politique commune qui vient du haut, et elle s'oppose aussi à l'unification de différents systèmes juridiques, dont l'objectif poursuivi par des autorités politiques est l'adoption de règles identiques.

Le choix des instruments sociétaires par les opérateurs économiques

Il faut se souvenir que le droit est aussi une science d'organisation⁸ et que les juristes doivent savoir être des organisateurs juridiques. Les opérateurs économiques le leur demandent instamment, et l'ingénierie juridique devient une des disciplines les plus recherchées⁹ et, phénomène révélateur, dans le domaine de l'édition fleurissent de nouvelles revues consacrées à cette science, alors que de nombreuses revues dites « classiques » y consacrent désormais une rubrique spéciale : l'ingénierie juridique s'applique à adapter ou au contraire à contourner un système normatif selon qu'il est attractif ou gênant pour l'opération envisagée.

Elle s'exerce à la fois sur le plan international, dans la recherche du meilleur lieu d'implantation d'une société, et sur le plan interne, par l'élaboration de la meilleure structure sociétaire possible dans le pays choisi, après étude et comparaison de toutes les possibilités offertes par le droit local.

A. L'implantation d'une société, une démarche stratégique, juridique et fiscale

a) La recherche de la meilleure lex societatis possible

La première démarche d'ingénierie sociétaire se situe sur le plan international, et suppose un minimum de connaissances et d'esprit critique en droit international privé, en droit comparé et en droit fiscal international : c'est l'implantation d'une société dans un État national, qu'elle soit indépendante ou appartenante à un groupe.

L'appréciation économique appliquée aux instruments juridiques met ces derniers en concurrence à l'échelle mondiale, en fonction de leurs performances, de leur fiabilité. Un marché, pour être concurrentiel, doit l'être en économie mais aussi en droit, en créant un environnement juridique propice et des structures performantes destinées à accueillir des opérations que l'on souhaite favoriser dans un État.

Les lois sont en elles-mêmes, en tant qu'éléments du marché, des instruments concurrentiels ou anti-concurrentiels.

Le droit des sociétés est un parfait exemple de la concurrence entre les structures d'entreprise¹⁰, avec son révélateur, le tropisme entraînant la délocalisation juridique des investisseurs.

8. J. Paillusseau, *Le droit est aussi une science d'organisation (et les juristes sont parfois des organisateurs juridiques)*. *RTDcom.* 1989, p. 1.

9. V. la passionnante étude du sociologue Yves Dezalay, *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Fayard, 1992.

10. Nous laissons de côté la concurrence entre les réglementations fiscales et sociales dont les effets néfastes sont bien connus.

En effet les distorsions de règles juridiques entre les différents pays créent des distorsions de concurrence qui pénalisent certaines entreprises et certains investisseurs, et ceux qui ne veulent pas subir ces distorsions. faute de pouvoir imposer au pays où ils souhaitent s'implanter les structures d'entreprise les plus favorables, n'hésitent plus, pour mieux servir leur projet économique, à se tourner vers un autre système juridique qui leur offre ces structures. C'est le phénomène de la délocalisation juridique, encore appelé le *jus shopping*.

N'assiste-t-on pas à une âpre compétition entre États à l'intérieur d'un même système juridique, les États-Unis où, malgré l'existence du modèle de loi sur les sociétés établi par l'American Bar Association, certains États se montrent très laxistes dans l'espoir de séduire les fondateurs de sociétés ? ¹¹

À l'intérieur de l'Union Européenne une telle concurrence juridique est beaucoup moins importante en raison des directives d'harmonisation s'appliquant aux sociétés de capitaux ; elle porte davantage sur la fiscalité et le droit du travail. Il n'empêche que les Pays-Bas sont bien connus pour offrir les structures juridiques les plus attractives pour implanter un holding ou un joint venture.

Notre droit français est ainsi soumis à une comparaison permanente avec tous les autres systèmes juridiques, comparaison facilitée par une très bonne information des opérateurs économiques qui le classent assez loin dans leurs préférences.

Les réticences que suscite le droit français des sociétés sont encore aggravées par notre fiscalité des entreprises.

Il est certain que les considérations juridiques sont souvent reléguées au second plan dans la recherche du pays d'implantation. On sait que les sociétés *off shore* sont situées dans des paradis fiscaux, qui ne sont pas forcément des paradis juridiques, mais généralement un pays très généreux sur le plan fiscal pour les investissements étrangers ne leur impose pas un droit des sociétés hyper réglementé et tâillon : il y a presque toujours cohérence entre libéralisme juridique et fiscalité allégée.

b) La société européenne, un instrument international inabouti

La nouvelle société européenne est censée offrir de merveilleuses perspectives aux investisseurs. Cette structure sociétaire transnationale qui était attendue depuis 30 ans vient en effet de voir le jour.

Il était question depuis les années 70 de doter la Communauté Économique Européenne, devenue entre-temps l'Union Européenne, d'une structure d'entreprise soumise à un ensemble de règles nouvelles et indépendantes des droits nationaux. C'est chose faite depuis quelques mois, mais presque tout le monde est d'accord pour juger le résultat décevant, incomplet, en tout cas sans commune mesure avec les multiples projets et contre-projets, les efforts déployés pour concilier des points de vue inconciliables, les tractations et autres mar-

11. Le New Jersey en 1968 et le Delaware en 1969 et 1970 ont modernisé leur législation pour séduire les « promoteurs » (les initiateurs de sociétés) et les « incorporators » (ceux qui font les démarches) L'objectif est atteint : plus de 40 % des sociétés cotées à la Bourse de New York sont enregistrées dans le Delaware

chandages que l'on connaît, sans compter les louables tentatives intermédiaires de créer une société anonyme européenne, puis une société fermée européenne.

Le règlement du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne, issu d'un projet né à l'occasion du Sommet de Nice de décembre 2000, a été publié le 10 novembre 2001, accompagné de la directive concernant l'implication des travailleurs¹². Il met à la disposition des investisseurs européens un instrument optionnel qui est à la fois très édulcoré par rapport à un projet primitif ambitieux, et complexe car combinant des règles matérielles et des règles de conflit, des normes supranationales et une large place laissée aux droits nationaux¹³. Les normes communautaires sont finalement réduites à la portion congrue, en raison de renvois multiples aux droits nationaux¹⁴ ou aux statuts. On peut craindre avec cette méthode qu'il y ait autant de SE que d'États membres, c'est-à-dire 15 types différents de SE !

L'instrument ne va pas non plus dans le sens de l'histoire puisqu'il fait du siège social réel l'unique facteur de rattachement – ce qui fait évidemment plaisir aux Français – alors qu'en Europe ce critère est de plus en plus minoritaire et que le critère de l'*incorporation* a beaucoup plus de succès.

Signalons que la SE, de forme anonyme et qui peut faire appel public à l'épargne, n'est pas un instrument de création d'une entreprise : elle ne peut en effet être créée *ex nihilo*, mais peut naître de la transformation d'une SA ou d'une SARL de droit national, ou résulter d'une fusion, d'une filiale commune ou d'une holding.

La rigidité du mode de fonctionnement¹⁵ et l'organisation classique des modes de gestion¹⁶ n'est pas conforme à l'attente des milieux d'affaires qui souhaitaient plutôt que la SE se coule dans le moule d'une SAS¹⁷.

Le volet social contenu dans la directive est sans doute le plus représentatif de la pénibilité de l'élaboration du statut de la SE, car il a été jusqu'au bout le principal facteur de blocage des négociations, les Allemands s'entêtant pour imposer le système de la cogestion dont les Anglais comme les Espagnols ne voulaient pas entendre parler. Le résultat est compliqué et peu convaincant : il prévoit des possibilités de dérogation, et des formules différentes selon l'hypo-

12. Fondés sur l'article 308 du Traité de Rome, le règlement et la directive ont été publiés au JOCEdu 10 novembre 2001 et entreront en vigueur le même jour, trois ans après leur adoption formelle donc en principe fin 2004.

13. Notamment par le titre « Dissolution, liquidation, insolvabilité et cessation des paiements », en matière de comptes annuels et de comptes consolidés. Le capital de la SE, son maintien, ses modifications, de même que les actions, obligations et autres titres assimilables sont régis, au-delà des règles minimales prévues par le règlement, « par les dispositions qui s'appliqueraient à une société anonyme ayant son siège statutaire dans l'Etat membre où la SE est immatriculée ». Les exemples pourraient être ainsi multipliés.

14. En renvoyant à la loi applicable aux sociétés anonymes de l'État du siège social, le règlement exclut indirectement un certain nombre d'arrangements contractuels interdits ou limités étroitement par les droits nationaux de plusieurs États membres, dont la France : clauses d'inaliénabilité, d'exclusion, d'agrément entre actionnaires.

15. Le règlement définit des minima obligatoires de quorum et de majorité pour les assemblées générales, définit les compétences de chaque organe et la périodicité minimale de leur réunion.

16. La SE, d'un capital minimum de 120 000 € peut être gérée selon le système moniste conseil d'administration - président ou dualiste - conseil de surveillance - directoire ; cette dualité obligera les britanniques à introduire dans leur droit des sociétés le système dualiste et les Allemands à introduire le système moniste.

17. J.P. Valuet, *La société européenne : seul un instrument très souple pourrait être utile : Droit et patrimoine nov. 1997, p 55 ; M Menjuq, La circulation internationale des sociétés · Bull. Joly mars 2001, p 233*

thèse d'une SE constituée par voie de fusion de sociétés existantes ou d'une SE constituée par transformation d'une société existante ¹⁸.

Au final ce qui devait être un vrai instrument sociétaire de droit européen, doté d'un statut supranational détaché des droits internes, se révèle être une ébauche maladroite qui ne satisfait personne.

B. La création ou la modification d'une structure sociétaire dans un pays déterminé

Une fois l'implantation décidée, l'ingénierie sociétaire permet à l'investisseur d'utiliser au mieux les possibilités juridiques locales pour atteindre les objectifs qu'il s'est fixés.

La liberté statutaire et la liberté contractuelle, très recherchées et très utiles lorsqu'elles sont utilisées à bon escient, permettent aux rédacteurs de statuts et de conventions extra-statutaires d'exprimer et de formaliser, dans les limites permises par le droit local, les volontés des fondateurs.

Plusieurs niveaux de réflexion doivent être explorés pour que la structure sociétaire passe du stade du prêt-à-porter au stade du sur mesure.

a) Le montage sociétaire

En premier lieu la perspective d'ensemble doit être tracée : la société à créer restera-t-elle un exemplaire unique, autonome, ou doit-elle être complétée par le haut ou par le bas par une société-mère, une holding, ou une filiale ? La société est-elle destinée à être un instrument de coopération interne ou internationale entre deux ou plusieurs entreprises, tel qu'une filiale commune ou un *joint venture* ?

Le montage sociétaire que constitue un groupe, ou la filialisation de certaines branches d'activité, ou la création d'une holding, est le type même de décision stratégique et pas seulement juridique.

Le législateur français a tendance actuellement à favoriser les structures de groupes, même si le groupe lui-même, en tant qu'entité, n'a toujours pas obtenu de reconnaissance juridique. En admettant le principe de la SAS unipersonnelle, la loi française du 12 juillet 1999 a permis à de nombreux groupes de se constituer des filiales à 100 %.

Un amendement sénatorial au projet de loi MURCEF déposé en juin 2001 à la demande de la délégation interministérielle aux professions libérales, offre aux professions réglementées de la santé et du droit ainsi qu'aux architectes et aux géomètres-experts la possibilité de constituer des holdings. Les holdings envisagées n'auraient pas vocation à demeurer mono-professionnelles mais devraient au contraire permettre la prise de participations dans les sociétés d'avocats, d'huissiers, de notaires, etc... mais sans ouverture, pour l'instant, à des capitaux extérieurs. Ce texte, s'il était adopté, constituerait une grande nouveauté et une grande avancée, à la fois pour faciliter l'exercice des professions

¹⁸ Il vise à garantir que l'établissement d'une SE n'aura pas pour conséquence la disparition ou la réduction de l'implication des travailleurs telle qu'elle existait avant que la société devienne une SE.

considérées, pour développer l'interprofessionnalité, et pour donner l'accès au niveau international.

b) La forme sociale

En second lieu la meilleure forme sociale doit être déterminée en fonction du projet d'entreprise : société de personnes, société de capitaux, possibilité ou non d'ouvrir le capital au public, degré de responsabilité des associés en cas de difficultés ou de faillite.

L'étude comparée des structures sociétaires offertes par les droits nationaux fait apparaître un nombre assez limité de modèles communs qui semblent couvrir tous les besoins des créateurs d'entreprises :

- la société en nom collectif (*partnership* anglo-saxonne ou *offene Handelsgesellschaft* allemande) qui est une société de personnes à personnalité morale très transparente, à *intuitus personae* fort et responsabilité personnelle ;
- la société en commandite (*limited partnership* ou *syndicate* anglo-saxonne, et *Kommanditgesellschaft* allemande) qui permet à un grand nombre d'actionnaires d'apporter du capital en limitant leur responsabilité tandis qu'un petit nombre garde le pouvoir de gestion ;
- les sociétés de capitaux (US *corporations*), SA (*public corporation*) ou SARL (*private corporation*) ;
- la société sans personnalité morale, dont le modèle français est la société en participation.

A ces modèles « officiels » se superposent des modèles classés selon le type d'associés ou d'actionnaires dominants :

- sociétés unipersonnelles de droit ou de fait ¹⁹,
- sociétés familiales,
- sociétés non cotées auxquelles participent des investisseurs financiers,
- joint ventures ou filiales communes,
- sociétés cotées à l'actionnariat très dilué,
- sociétés cotées dans lesquelles des investisseurs institutionnels détiennent une part significative du capital.

c) La corporate governance

En troisième lieu la forme sociale doit être adaptée aux besoins spécifiques exprimés par les fondateurs : il s'agit notamment de choisir la structure de gestion ou de direction. En droit français, dans une SNC ou une SARL la gérance peut être assurée par une ou plusieurs personnes ²⁰. Dans la SA, depuis 1966 une option est possible entre une structure moniste et une structure duale : un

19. La société unipersonnelle est un modèle d'avenir et les sollicitations des investisseurs vont dans ce sens. Les sociétés à une seule personne ont tendance à se généraliser sur tous les continents. La société anonyme unipersonnelle est admise aux États-Unis, en Allemagne, en Belgique, en Italie, en Espagne, aux Pays-Bas, au Danemark, en Finlande, en Suède, dans le code des sociétés issu de l'OHADA (Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique)... Elle est permise par une directive européenne et préconisée par le rapport Marini, mais la France n'admet que la SARL et la SAS unipersonnelles.

20. Articles 13, al. 2 et 49, al. 5 de la loi du 24 juillet 1966, devenus articles L.221-4, al.2 et L.223-18, al. 5 du Code de commerce. La pluralité de gérants offre une plus grande liberté de manœuvre aux cotitulaires du pouvoir et simplifie la gestion.

conseil d'administration avec président et un directoire contrôlé par un conseil de surveillance, sur le modèle allemand ²¹.

Un nouveau terrain d'expérimentation vient de s'ouvrir à l'ingénierie sociale avec la loi française du 15 mai 2001 sur les nouvelles réglementations économiques, qui offre en option ²² un instrument d'organisation du pouvoir de direction de la société anonyme inspiré du modèle américain : la dissociation facultative des fonctions de président du conseil d'administration et des fonctions de directeur général, qui fait du directeur général le personnage le plus important de la SA.

Toutes les SA, qu'elles soient cotées ou non, ont 18 mois après l'entrée en vigueur de la loi NRU pour opter entre la formule actuelle du « PDG » - président en même temps directeur général - et la nouvelle formule du « PCA » d'une présidence dissociée de la direction générale. Désormais s'offrent aux actionnaires trois modes d'administration et de direction : la formule avec directoire et conseil de surveillance, la formule avec conseil d'administration et PDG, la formule avec conseil d'administration, président et directeur général.

Les grandes sociétés anonymes, toujours dans une logique de *corporate governance*, utilisent de plus en plus la formule des comités spécialisés ²³ comme des instruments de travail qui, dans l'orbite, sous le contrôle et la responsabilité du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, sont chargés d'études, de missions techniques (comités d'audit ou comité des comptes, comité de suivi financier, comité de nomination ou de sélection, comité des rémunérations, comité d'éthique ou de déontologie, comité d'investissement, de stratégie, comité sur les conflits d'intérêts, comité des risques...), qui n'apparaissent pas dans la loi du 24 juillet 1966 mais sont évoqués discrètement dans le décret du 23 mars 1967 ²⁴.

Dans une SAS la liberté est plus grande encore car à peu près toutes les formules sont envisageables, pourvu qu'il y ait un président : l'article 262-6 de la loi du 24 juillet 1966 (devenu l'article 227-5 du Code de commerce) dispose en effet que « les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée », et l'article 262-7 (devenu l'article 227-6 du Code de commerce) que « la société est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts ». Le président mis à part, la SAS permet de créer toutes sortes d'organes sociaux *ad hoc*.

21. Ce modèle a rencontré peu de succès en France, sauf dans les très grandes sociétés anonymes : il se retrouve dans moins de 3 % du total des SA, mais dans 25 % des sociétés du CAC 40.

22. Article L.225-51-1 du Code de commerce : « La direction générale de la société est assumée, sous sa responsabilité, soit par le président du conseil d'administration, soit par une autre personne physique nommée par le conseil d'administration. Dans les conditions définies par les statuts, le conseil d'administration choisit entre les deux modalités d'exercice de la direction générale ».

23. Cf. Dossier ANSA janv.-mars 1999. J.Prieur, P. d'Anchald, V.Tandeau de Marsac et X. Perinne, La responsabilité des membres des comités dans les sociétés par actions : Actes pratiques et ingénierie sociale mars-avril 2001, p. 5

24. L'article 90, al. 2 du décret dispose que le conseil d'administration peut décider la création de comités chargés d'étudier les questions que lui-même ou son président soumet, pour avis, à leur examen ; l'article 115, al. 2, plus restrictif dans la société comportant directoire et conseil de surveillance, dispose que le conseil de surveillance peut décider la création en son sein de commissions dont il fixe la composition et les attributions, sans que lesdites attributions puissent avoir pour objet de déléguer à une commission les pouvoirs attribués au conseil par la loi ou les statuts, ni de réduire les pouvoirs du directoire

Tous ces choix sont stratégiques, ils vont permettre d'organiser une répartition des pouvoirs²⁵ ou de maintenir un équilibre des pouvoirs, ou encore de faciliter la vie de l'entreprise en cas de décès ou de révocation d'un dirigeant, ou d'assurer une meilleure transmission d'une société familiale²⁶, etc.

d) *Les conventions extra-statutaires*

En quatrième lieu et si les statuts ne suffisent pas à atteindre tous les objectifs fixés, les conventions extra-statutaires ou pactes d'actionnaires vont perfectionner l'ensemble.

Les sociétés de la nouvelle économie font un usage intensif de tous ces outils contractuels, destinés à répondre à leurs besoins originaux qui ne sont pas couverts par les mécanismes classiques. On a pu parler à leur sujet d'une véritable « débauche contractuelle »²⁷ : aménagements contractuels du retrait et de l'exclusion des associés, clauses d'inaliénabilité, clauses d'agrément et de préemption, clauses de garantie de passif et clauses de non-concurrence dans les actes de cession des droits sociaux. Ces aménagements contractuels figurent toujours dans des actes extra-statutaires, conformément aux pratiques anglo-saxonnes et pour être plus facilement supprimés lors d'une future introduction en bourse de la *start up*.

Dans certains pays les possibilités en ce domaine sont quasiment illimitées, alors qu'en droit français le sort de ces arrangements contractuels est très incertain en jurisprudence, et spécialement la nullité menace ceux qui restreignent trop le sacro-saint droit de vote. Parmi toutes les idées qui sous-tendaient la réforme annoncée de notre droit des sociétés, dans le rapport Marini, figurait en bonne place cette préoccupation de clarifier le régime des pactes d'actionnaires et des conventions de vote, alors qu'à l'heure actuelle ces instruments restent en droit français d'un maniement périlleux.

La modélisation des instruments sociétaires sous l'influence des opérateurs économiques

J'appelle modélisation, ou standardisation, la tendance naturelle et irrésistible des instruments juridiques à s'aligner sur les modèles dominants imposés ou réclamés par les opérateurs économiques des principaux pays industrialisés, parce qu'ils répondent le mieux aux besoins spécifiques de ces opérateurs économiques. Les modèles dominants se répandent par le jeu de la loi de l'offre et de la demande qui traite l'instrument juridique comme un produit de consommation courante, détaché de toute référence dogmatique ou idéologique.

25. Cf. J.P. Bertrel, *Ingénierie juridique : comment dissocier le pouvoir et la détention du capital dans une société ? Droit et patrimoine*, sept. 2001, p. 34.

26. Cf. R. Gentilhomme, *La dissociation du pouvoir et de l'avoir dans la transmission familiale de l'entreprise sociétaire* *Droit et patrimoine* sept. 2001, p. 46.

27. S. Schiller, *L'influence de la nouvelle économie sur le droit des sociétés* · *Rev. sociétés* 2001, p. 47.

Un nouvel art législatif se répand de plus en plus : la fabrication de lois adaptées aux besoins exprimés par les lobbys économiques. A l'heure où les entreprises multinationales sont devenues plus influentes que les États et les nations, les desiderata et les projets d'implantation des premières sont devenus, par États interposés, les nouveaux guides des législateurs nationaux. Or les besoins juridiques exprimés par les opérateurs économiques sont constants sur à peu près tous les continents.

Les législations culturées deviennent de plus en plus difficiles à édicter ou à maintenir en droit des affaires, car la connaissance des performances des modèles législatifs étrangers accélère les efforts conscients ou inconscients de convergence et de standardisation.

Tout le monde sait qu'en France depuis de nombreuses années déjà est abandonné le projet annoncé initialement d'une réforme d'ensemble, globale et cohérente, de notre droit des sociétés. La loi du 24 juillet 1966 a été codifiée mais n'a pas subi de refonte systématique. Elle est modifiée par à coups, dans le domaine des sociétés de capitaux qui seul intéresse les grands opérateurs économiques.

Autre constatation : le lobbying étant une variation particulière de la loi du plus fort, en termes de poids économique et donc d'efficacité du lobbying sur le législateur français, il est certain que les PME ont plus de mal à faire entendre leur voix. Les investisseurs influents s'y intéressant très modérément, il n'est pas étonnant que les réformes – toutes fragmentaires soient-elles – des sociétés de capitaux paraissent formatées pour les grandes sociétés.

La modélisation est ainsi devenue une force créatrice de droit, dans les aspects juridiques du capitalisme moderne, comme aurait pu le dire Ripert, et elle est l'aspect le plus spectaculaire d'une instrumentalisation du droit au service du marché.

A. La prévalence des modèles anglo-saxons

Si la modélisation est liée aux contraintes du marché, elle résulte également du dynamisme et du prosélytisme des représentants des modèles dominants. Certains parlent d'un nouvel impérialisme, d'un colonialisme juridique de la part du monde anglo-saxon, d'une tendance à l'uniformisation de type hégémonique qui pourrait bel et bien conduire à la mondialisation du droit américain²⁸.

L'importation de produits américains se fait dans la terminologie d'origine importée en même temps : *fantom shares*, *stapling* (jumelage d'actions) *stock options*, *squeeze out* (pour désigner l'exclusion d'un actionnaire), et tout le vocabulaire guerrier des OPA (*raider*, *white knight*, défense Pacman, *crown jewels sale*, *poison pills*...).

La langue anglo-saxonne étant déjà omniprésente, elle est le vecteur idéal des modèles juridiques correspondants. Dans les terres à conquérir, que ce soit en Europe de l'Est, en Asie ou en Afrique, la suprématie du modèle anglo-saxon avance avec des moyens intellectuels, logistiques et pécuniaires considérables. Livraison de codes « clés en mains » notamment aux pays d'Europe de l'Est,

28 M Delmas-Marty, *La mondialisation du droit : chances et risques* D 1999, chr 43

organisation de colloques, de missions qui ressemblent souvent à de véritables croisades, mécénat juridique, bourses accordées à des étudiants qui viendront apprendre à la source.

Les modèles anglo-saxons exercent aussi une fascination certaine, version moderne du mythe du législateur étranger déjà dénoncé par Jean Carbonnier ²⁹. Le juriste continental se met de plus en plus souvent à la remorque du juriste anglo-saxon, par conviction, par nécessité ou parfois par snobisme et conformisme, adopte son vocabulaire, ses concepts, ses méthodes de travail. Au demeurant le droit étant un produit culturel ou en tout cas acculturé, il est prévisible que la culture dominante véhicule ses modèles juridiques et réussisse à les imposer dans le sillage des autres modèles culturels.

Mais si les modèles américains se font de plus en plus insistants, c'est surtout sous la pression des investisseurs institutionnels et de l'épargne institutionnelle représentée par les fonds de pension américains qui cherchent à trouver en permanence, à l'échelle de la planète tout entière, les placements les plus rentables ³⁰ et les valeurs anglo-saxonnes. Les fonds de pension des pays anglo-saxons pèsent très lourd. Les seuls fonds de pension américains ³¹ gèrent actuellement près de 6 500 milliards de dollars, un chiffre qui atteindra 7 200 milliards en 2002 ³² ! Les gouvernements ont pris conscience des problèmes que pose un niveau élevé de présence étrangère sur les marchés financiers, et de la nécessité de réorienter le droit des sociétés pour prendre en considération cette nouvelle donnée.

Cette catégorie d'investisseurs est donc en mesure de faire pendant longtemps la pluie et le beau temps sur les marchés d'actions, et parallèlement ils se livrent à un lobbying très dur sur les autorités étatiques pour qu'elles réforment les règles juridiques ou écartent les obstacles qui les gênent.

Cet activisme se retrouve à l'intérieur des sociétés dans lesquelles ils ont investi, ou plutôt qu'ils ont investies : ils n'ont déjà pas hésité à changer les responsables de très grandes entreprises dont les performances leur paraissaient insuffisantes.

Les entreprises qui font appel aux capitaux sur les places internationales et les très puissants groupes anglo-saxons de conseil et de commissaires aux comptes (fusion des groupes d'audit que l'on surnomme désormais les « Big Eight ») importent de ce côté-ci de l'Atlantique leurs réflexions stratégiques et leurs pratiques. La pénétration des banques d'affaires américaines et des cabinets de conseil anglo-saxons sur le marché européen fait de ces derniers un canal majeur de diffusion des idées qui se font jour aux États-Unis, et qu'elles « vendent » ensuite à leurs clients européens.

29. J. Carbonnier, « A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger », in *Essai sur les lois*, 1979, p. 191

30. En France les sociétés cotées sont détenues à hauteur de 40 % par les fonds de pension américains, et la mondialisation rend toutes les grandes entreprises tributaires des mêmes investisseurs qui disposent d'une masse financière évaluée à 1 240 milliards de dollars. Cf. J. Coignard, *Ce retraité yankee fait peur aux patrons français*, *Libération*, 1^{er} février 1998. A. Maréchal, *Les critères d'investissement des grands gestionnaires de fonds internationaux dans les entreprises françaises* Bull. COB n° 322, mars 1988, p. 7.

31. Il existe aujourd'hui aux États-Unis plus de 45 000 fonds de pension, qui assurent la retraite de 42 millions de salariés.

32. Selon les prévisions du consultant Intersec Research. Par comparaison, le plus gros gestionnaire de SICAV français, le Crédit Agricole, gère approximativement 800 milliards de francs

B. Les valeurs anglo-saxonnes introduites en droit français des sociétés

Les droits anglo-saxons véhiculent déjà un certain nombre de valeurs traditionnelles bien connues : elles se nomment souplesse, pragmatisme, rationalité, utilitarisme, réalisme, faisabilité, adaptabilité.

S'agissant du droit des sociétés, surtout pour les sociétés de capitaux, le droit des États-Unis et, dans une moindre mesure celui du Royaume-Uni s'opposent aux pays de tradition romano-germanique. Or précisément le perfectionnisme juridique et l'hyper-réglementation traditionnels de ces derniers pays ne répondent plus guère aux attentes des investisseurs³³ qui préfèrent le modèle anglo-saxon et ses solutions plus souples et mieux adaptées aux exigences du marché.

a) La corporate governance

Or que veulent les investisseurs institutionnels ? Outre des garanties de plus-value (*shareholder value*) et un rendement élevé pour les capitaux que leur ont confiés leurs clients-souscripteurs - de l'ordre de 12 à 15 %, ils veulent -, dans tous les pays où ils investissent, que les relations entre les actionnaires et les dirigeants, par le biais de la *corporate governance*, donnent le maximum de poids aux actionnaires. Dans les sociétés par actions, le *corporate governance* ou gouvernement d'entreprise est un thème particulièrement sensible qui tend à modifier les relations société-dirigeants-actionnaires. Il est le fruit d'une réflexion entamée à la fin des années 70 aux États-Unis et repris depuis par de nombreux pays, et spécialement la France et le Royaume-Uni³⁴.

Le système idéal de *corporate governance*, pour ce type d'investisseurs étrangers les plus influents, répond à plusieurs exigences : d'une part, donner suffisamment de liberté aux dirigeants pour exercer leurs fonctions efficacement, d'autre part, utiliser cette liberté pour gérer l'entreprise dans l'intérêt des actionnaires. En bref les actionnaires institutionnels étrangers et français, arrivés massivement dans les sociétés cotées en Bourse, veulent exercer pleinement leurs pouvoirs et exigent que les managers leur rendent des comptes, ce à quoi devront répondre les nouvelles législations en droit des sociétés. L'actionnaire de référence n'est plus, depuis longtemps, une personne privée comme la fameuse veuve de Carpentras, qui ne se déplaçait pas aux assemblées générales et se contentait d'empocher son maigre dividende. Alors plus question de se com-

33 Le modèle allemand, longtemps considéré comme la perfection, est maintenant largement dévalorisé : le système dualiste directoire-conseil de surveillance est critiqué, et il n'a jamais eu de succès en France où il est facultatif ; quant au modèle du groupe de sociétés doté de la personnalité morale par la loi allemande de 1965, il ne se retrouve guère que dans le droit portugais (codifié par un décret-loi du 2 septembre 1986) et le droit brésilien (loi de 1978).

A titre d'exemple significatif du déclin du modèle germanique, la nouvelle loi suédoise sur les sociétés, votée en 1994 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995, a pris ses distances avec le modèle allemand et est inspirée du modèle anglais : les sociétés anonymes sont subdivisées en deux catégories, la *Privat aktiefbolag* (Prb) ne pouvant faire appel public à l'épargne et placée sous le signe de la souplesse, et la *Publik aktiefbolag* (Pub) pouvant faire appel public à l'épargne et plus strictement réglementée (cf. L. Verdès, *L'harmonisation du droit des sociétés dans les pays membres de l'Union européenne* : l'exemple suédois : D.Affaires 1999, p. 233).

34 Sous la triple pression des tribunaux, de l'épargne institutionnelle et de la doctrine, furent élaborés dans le cadre de l'*American Law Institute* (association de juristes renommés, de juges et de professeurs de droit, créée en 1923 dans le but de clarifier et simplifier le droit et d'assurer son adaptation) et adoptés en 1993 les *Principles of Corporate Governance*. Des interrogations concomitantes et plutôt convergentes apparaissent au Royaume-Uni dans les rapports Cadbury de décembre 1992 et Greenbury de juillet 1995, et en France dans les rapports Marini et Vienot ; des propositions intéressantes émanent également de l'ANSA (Association Nationale des Sociétés anonymes) et du CNPF.

porter envers Templeton, le premier institutionnel étranger présent sur la Bourse de Paris³⁵, Calpers, le fonds de pension des fonctionnaires de Californie, comme envers la veuve de Carpentras. La loi américaine oblige les fonds de pension à voter lors des assemblées générales des sociétés où ils investissent, c'est-à-dire à exercer une influence effective sur la marche de la société, et éventuellement évincer les dirigeants.

Ils voudraient exporter le système américain dans lequel un administrateur a une responsabilité juridique vis-à-vis des actionnaires et le devoir de les informer et d'agir dans leur intérêt (*fiduciary duty*).

Les administrateurs indépendants³⁶ sont une autre greffe anglo-saxonne proposée au système français.

En France les dirigeants doivent œuvrer dans l'intérêt de la société plutôt que dans celui des actionnaires, et cela fait une grande différence.

b) La transparence

1) Les exigences pressantes des investisseurs

— Des informations légales plus nombreuses et plus régulières

Une autre revendication importante des investisseurs institutionnels est la transparence. L'augmentation considérable et continue des informations à publier concernant les sociétés de capitaux traduit un changement de mentalités : la culture du secret, très enracinée en France et encore plus en Allemagne, s'oppose au principe anglo-saxon de *full disclosure*, de transparence totale, à l'heure où l'information devient une matière première stratégique, hautement valorisée³⁷.

— Des informations financières selon des normes internationales

Outre les renseignements fournis par les publicités légales, les investisseurs exigent une information financière chiffrée de qualité, c'est-à-dire claire, transparente et fiable sur l'évolution de la société et la rentabilité de leur placement. Une communication financière améliorée dans le cadre du gouvernement d'entreprise permet de faire un usage éclairé des autres droits de l'actionnaire : droit de vote, droit de retrait, droit de céder ses titres, droit de souscrire à une augmentation de capital.

Les investisseurs dominants préconisent une mondialisation des règles comptables inspirée du modèle américain : ils veulent mesurer la création de valeur pour l'actionnaire à l'aide d'indicateurs de performance fiables et universels³⁸. L'internationalisation des placements et le souci d'une grande transpa-

35 Depuis sa fusion avec Franklin Resources en 1992 Templeton Emerging Market Fund premier « fonds d'actions internationales » créé en 1954 par John Templeton, figure légendaire de la finance aux États Unis, est aujourd'hui à la tête d'un portefeuille d'actifs supérieurs à 1500 milliards de francs à peu de choses près, le montant du budget de la France

36 Les non executive directors du droit anglo-américain sont des personnalités extérieures et expérimentées censées apporter aux executive directors (dirigeants exécutifs) des compétences particulières et un point de vue impartial sur l'avenir de la société, dans une perspective plus large que celle des dirigeants actionnaires. Au Royaume-Uni ou un « board appointment service » tient un registre de personnalités prêtes à assumer des fonctions de non executive directors, le rapport Cadbury propose de renforcer le rôle de ces derniers

37 Cf. A Reygrobellet, *Les vertus de la transparence, l'information légale dans les affaires*, Presses de Sciences Po/Creda, 2001

38. Les investisseurs internationaux s'étant invités dans le capital des meilleures entreprises françaises prises en compte par le CAC 40, ils y imposent les normes internationales, c'est-à-dire de l'école anglo-saxonne, d'évaluation de la rentabilité du capital.

rence ont imposé des modèles d'analyse des performances d'une entreprise ³⁹ les normes AIMR (*Association for Investment Management and Research*) sont des standards qui s'imposent progressivement au niveau international comme des règles de présentation et de calcul de la performance. Les normes AIMR aboutissent à une analyse de type « audit » qui illustre un principe nouveau : tout investisseur doit être à même de comprendre et de vérifier les résultats des calculs qui lui sont fournis ⁴⁰.

A l'heure actuelle il existe deux référentiels adaptés aux firmes transnationales : le premier est américain ⁴¹, et le deuxième est un référentiel international créé par l'IASC ⁴² ; une réforme actuellement à l'étude vise à soumettre toutes les entreprises européennes cotées en bourse aux normes IAS. Ce n'est pas une simple question technique, loin s'en faut, car des normes retenues dépendent les résultats affichés et donc les choix des investisseurs. Or les écarts de résultats affichés par les entreprises européennes cotées selon les normes comptables européennes ou américaines sont énormes ⁴³.

2) Les réponses partielles du législateur français

Le législateur français a récemment multiplié les efforts pour répondre à ce besoin de transparence, en reconnaissant dans la loi NRE aux actionnaires un pouvoir de contrôle et un accès à l'information sans laquelle il n'est pas de pouvoir véritable, dans une logique de revalorisation du rôle des actionnaires.

La loi NRE met en place une série de dispositifs pour améliorer la transparence de l'actionnariat des sociétés cotées, pour identifier les actionnaires non résidents, les propriétaires réels de titres nominatifs ou au porteur derrière leurs intermédiaires, spécialement pour débusquer les fonds de pension ou détecter à temps les tentatives de prise de contrôle par ramassage de titres.

La transparence et la logique du gouvernement d'entreprise se rejoignent pour imposer la révélation aux actionnaires des rémunérations et avantages de toute nature, y compris les stock options, versés aux dirigeants, et de la liste des mandats et fonctions exercés par chaque dirigeant : c'est chose faite aussi dans la loi NRE ⁴⁴.

39. Cf. A. Couret, *La dimension internationale de la production du droit. l'exemple du droit financier*, in *Les transformations de la régulation juridique*, dir. J. Clam et G. Martin, LGDJ 1998, p. 197 s.

40. On peut noter également le triomphe d'un indicateur financier inventé dans les années 20 par General Motors (oublié puis déposé et déposé comme une marque de fabrique par deux consultants new-yorkais, Stern et Stewart). La MVA (Market Value Added) est la richesse créée et accumulée par l'entreprise, depuis sa création, pour ses actionnaires (en d'autres termes, c'est la différence entre ce que les investisseurs ont placé dans l'entreprise et ce qu'ils pourraient en retirer) en vendant l'entreprise ; la MVA dépend donc partiellement de la capitalisation boursière. L'EVA (Economic Value Added) est l'indicateur de performance du management : la valeur économique créée est la différence entre le résultat d'exploitation après impôts et une charge capitalistique qui est destinée à rémunérer les apporteurs de fonds. Si l'EVA est positive, c'est que le management réussit à créer de la richesse. Citons également le ROCE (Return On Capital Employed) qui est le résultat d'exploitation rapporté à l'actif économique d'ouverture.

41. Ce sont les normes américaines US GAAP.

42. International Accounting Standards Committee, association internationale regroupant les organisations comptables du monde entier, organisme né il y a une vingtaine d'années notamment à l'instigation de la France.

43. Les cabinets Deloitte & Touche, Ernst & Young, KPMG et Mazars ont mesuré ces écarts de résultats. A titre d'exemple, pour le britannique Glaxosmithkline, l'écart de résultat a atteint en 2000 un stupéfiant 15 milliards d'euros, Alcatel a enregistré une perte de 500 millions d'euros en normes américaines, contre un bénéfice de 1,3 milliard en France.

44. L'exigence est étendue aux rémunérations et avantages reçus des sociétés contrôlées.

Un mécanisme d'injonction de faire faciliter l'accès des associés ou actionnaires à certains documents et informations ⁴⁵.

Autres illustrations marquantes des efforts de transparence : le conseil d'administration ou le directoire doit présenter à l'assemblée générale les comptes consolidés, le domaine des conventions réglementées est étendu ⁴⁶, et les conventions libres doivent être révélées ⁴⁷.

c) La contractualisation

Dernière tendance forte de la modélisation : la contractualisation ⁴⁸ et la déréglementation du droit des sociétés sont réclamées sans relâche par les agents économiques.

La liberté statutaire et la liberté de conclure des conventions d'associés et des pactes statutaires sont dans à peu près toutes les réformes récentes du droit des sociétés ⁴⁹, y compris en France, où à l'heure actuelle le seul modèle largement déréglementé est la SAS ⁵⁰.

Jusqu'en 1994 les investisseurs se plaignaient, notamment par le relais du CNPF, de ne trouver dans la loi française de 1966 que des sociétés de capitaux rigides, trop institutionnalisées, d'un fonctionnement lourd et formaliste, soumises à une réglementation excessive et tâillonne. Le mal fut réparé par la loi du 3 janvier 1994 portant création de la SAS, qui fut qualifiée à l'époque de société du troisième type, un instrument largement déréglementé, contractualisé, souple et performant.

La SAS a vocation à structurer, dans l'avenir, la plupart des SA existantes qui ne font pas appel à l'épargne publique. Réservée à l'origine à des partenaires économiques d'une certaine taille ⁵¹, elle a été ouverte en 1999 aux personnes physiques et aux associés uniques ⁵².

45. Un chapitre VIII intitulé « Des injonctions de faire » est introduit dans le Titre III du Livre II du Code de commerce et comporte un article unique, l'article L.238-1 applicable à toutes les sociétés commerciales : les personnes intéressées qui ne peuvent obtenir la production, la communication ou la transmission de documents qui leur sont dus peuvent demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre sous astreinte aux dirigeants concernés de les communiquer, ou de désigner un mandataire chargé de procéder à cette communication.

46. Il englobe désormais les conventions intervenant entre la société et un de ses actionnaires disposant de plus de 5% des droits de vote ou, s'il s'agit d'une société, avec la société qui la contrôle

47. La liste et l'objet des conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales sont communiqués au conseil d'administration ou au conseil de surveillance et au commissaire aux comptes

48. Cf. P. Didier, La théorie contractualiste de la société : *Revsocietes* 2000, p. 95.

49. En Allemagne le mouvement s'est traduit par la réforme du 2 août 1994 relative aux sociétés par actions et créant la « petite société anonyme » (Kleine Aktiengesellschaft) dont les formalités de constitution et les règles de fonctionnement sont assouplies : cf. Laurin, La nouvelle loi allemande sur les « petites sociétés par actions » et la simplification du droit des sociétés par actions : *Petites Affiches*, 2 nov. 1994, p. 11. Stepiet, Les modifications du régime juridique des sociétés anonymes à travers la loi sur les petites sociétés par actions et sur la dérégulation du régime juridique des sociétés anonymes : *Droit et Affaires* déc. 1994, p. 461. K.G. Weil et F. Kutscher-Pius, Vague de débureaucratisation des sociétés anonymes allemandes : naissance d'une société par actions simplifiée à l'allemande ? : *Dr. et prat. du com int* 1994, p. 401. V. dans le même sens la dernière réforme du droit des sociétés au Danemark (Rec. Jupiter, L'E, SARL et Private company, LGDJ 1997), et la loi finlandaise du 14 février 1997 (H. Toivianen, Ownership and control in companies limited by shares in Finland, Kauppakaari Oyj, Helsinki, 1998).

50. En ce qui concerne la SA, sa nature institutionnelle, la pesante réglementation d'ordre public et le filtre de l'intérêt social constituent autant d'obstacles majeurs au déploiement de la liberté contractuelle : cf. M.C. Monsallier, L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme, LGDJ 1998

51. Les personnes morales associées devaient avoir chacune un capital de 1 500 000 F

52. Nouvel article 262-1 de la loi du 2-juillet 1966 introduit par la loi du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche, devenu l'article 227-1 du Code de commerce

On remarquera que le législateur français s'y est tout de même repris à trois fois pour délimiter les contours de la SAS : la loi de 1994 l'a introduite dans notre droit, la loi Allegre de 1999 en a plus largement ouvert l'accès, dernièrement la loi NRE de 2001 a accentué le mouvement de faveur en simplifiant les transformations de SA en SAS, et rien ne dit qu'il va s'arrêter là... Paradoxe d'une société dite déréglementée dont le législateur ne cesse de s'occuper...

Et le droit français est encore capable d'édicter des lois imposant les modèles les plus rigides possibles : la loi « Buffet » sur les sociétés sportives est de ce point de vue extraordinairement contraignante, complètement à contre-courant, et ses décrets d'application⁵³ fournissent des statuts-types des SAOS, SASP et autres EUSRL, de nature réglementaire et donc obligatoires, qui doivent être respectés à la lettre : exception notoire et bien française au mouvement de contractualisation qui entraîne les droits modernes des sociétés.

Conclusion

Le phénomène de l'instrumentalisation qui vient d'être partiellement décrit met en lumière d'autres réalités concernant l'évolution du droit des sociétés.

La modélisation nous a révélé une théorie darwinienne des modèles sociétaux. Une loi illisible, projetant un modèle flou, ou au contraire trop complexe et bureaucratique provoque une réaction de rejet de la part des agents économiques qui sont en situation de choix de par leurs moyens financiers, logistiques et intellectuels ; de tels modèles sont condamnés à disparaître. En sens inverse le modèle le plus apprécié, plébiscité par le marché, est appelé à supplanter les autres.

Ensuite nous apparaît une « fracture sociale » entre les sociétés fermées et les grandes sociétés cotées en bourse. Or 90 % des sociétés françaises sont des sociétés fermées. et ce qui n'était qu'une différence quantitative devient une différence qualitative dans sa prise en compte par le législateur français.

Précisément on assiste à une instrumentalisation du législateur par les opérateurs économiques. Les retouches de circonstance ont remplacé les réformes. Fini les perspectives ambitieuses, préétablies, oubliées les réformes d'envergure et mûrement réfléchies, il suffit de légiférer au fur et à mesure des besoins exprimés par le marché, lui-même représenté par les grands investisseurs. Le législateur français utilise cette méthode de travail téléologique de façon souvent hâtive et maladroite, donnant une fâcheuse impression d'improvisation et d'opportunisme. Les dispositions modernes de droit des sociétés, prédéterminées par les objectifs à atteindre et donc de valeur très inégale, quand elles ne sont pas regroupées dans une loi fourre-tout portant un intitulé dénué de sens, sont cachées sous forme de « cavaliers » dans d'autres lois ayant un tout autre objet.

C'est tout le droit économique qui est appelé à souffrir longtemps de cette instrumentalisation du législateur.

53. Décrets n° 200-148, 149 et 150 du 16 février 2001 : JO 18 fév. 2001, p. 2728.