Indépendance juridique de la personne morale

36

REMARQUES CONCLUSIVES

De la nécessité de repenser l'indépendance juridique de la personne morale

Article rédigé par :

Régis BISMUTH,
professeur à l'École de droit de Sciences Po



Nouveau crédo de la RSE, le devoir de vigilance a émergé compte tenu des conditions strictes de levée du voile social. Une relecture historique du droit des sociétés appelle toutefois à aller au-delà et à refonder la façon d'appréhender l'indépendance juridique des personnes morales.

1. Une discontinuité entre forme et substance

Confronter « indépendance juridique de la personne morale » et « dépendance économique » nous ramène au conflit « *form versus substance* », qui se décline ici dans la discontinuité constatée entre formalisme juridique et substance économique. Cette discontinuité se manifeste en particulier en matière de responsabilité : la responsabilité juridique s'inscrit dans une logique personnaliste en ce qu'elle nécessite un sujet de droit sur lequel s'imputer. Or, l'entreprise ne constitue pas *de plano* un sujet de droit. Il faut distinguer, d'une part, l'entreprise en tant que technostructure économique qui prend réellement les décisions et, d'autre part, les sociétés qui la composent juridiquement et qui les prennent formellement [1]. C'est dans cette discontinuité entre « indépendance juridique de la personne morale » et « dépendance économique » que va se nicher et fermenter une forme d'irresponsabilité juridique.

2. Corriger la discontinuité par la levée du voile social

Afin de tenir compte du lien de dépendance économique, plusieurs théories ont été mises en œuvre, comme cela a été exposé dans les précédentes contributions. La levée du voile social (ou *corporate veil piercing*), ou toute théorie aboutissant à un résultat en substance équivalent, relève de régimes différents selon les systèmes juridiques concernés [2] (abus de personnalité morale, transparence de la personnalité morale ou d'une situation de co-emploi en France ; théories de l'*instrumentality*, de l'*alter-ego* ou de l'*agent* dans les systèmes de *common law*). Dans le cadre de ces différents mécanismes, la seule existence de relations intra-groupe, même suivies, n'est pas suffisante. Il faut réunir des indices attestant par exemple de l'absence réelle de séparation des activités, d'une immixtion régulière de la société mère dans la gestion de sa filiale, d'une identité des dirigeants et administrateurs entre les deux sociétés ou d'une confusion des patrimoines des deux sociétés. Il est d'ailleurs possible pour le législateur d'instituer des régimes spécifiques de levée du voile social afin de faciliter sa mise en œuvre (par exemple celui de l'article L. 512-17 du Code de l'environnement). Seul le droit européen de la concurrence met en oeuvre des critères plus accueillants.

3. Corriger la discontinuité par le devoir de vigilance

Compte tenu des difficultés à faire émerger un mécanisme de responsabilité *ex post* reposant sur l'attribution du compor-

1. V. *J.-Ph. Robé, Le temps du monde de l'entreprise - Globalisation et mutation du système juridique : Dalloz, 2015, p. 90 et s.*

2. Pour une étude transversale, V. *K. Vandekerckhove, Piercing the Corporate Veil, Alphen aan den Rijn : Kluwer, 2007, p. 27 et s.*

tement de la filiale à la mère, l'élément régulateur qui a été privilégié réside dans la reconnaissance d'un devoir de vigilance de la société mère vis-à-vis des activités de sa filiale (et de ses sous-traitants et fournisseurs). Ce régime repose sur l'idée que la société mère a l'obligation de s'intéresser aux activités de sa filiale, et ce, quel que soit le degré d'autonomie dont celle-ci bénéficie. Il s'agit donc de favoriser l'émergence d'un cadre destiné à prévenir les conduites dommageables mais aussi, en cas de manquement, de faciliter la reconnaissance de la responsabilité de la société mère.

Cette exigence de vigilance est devenue depuis le début des années 2000 un *credo* de la RSE. Cela s'est traduit par sa reconnaissance dans de multiples instruments de *soft law* et de législations nationales. Ainsi, le UK Bribery Act (UKBA) de 2010 introduit en droit britannique une obligation de mettre en place des « procédures adéquates » de *due diligence* visant à une évaluation des risques et une prévention de la corruption [3]. Ce devoir de vigilance a également été institué en 2016 en France dans le volet anticorruption de la loi Sapin 2 [4]. À une échelle plus large, une loi - longtemps restée dans les limbes - vient d'être adoptée en France relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre [5]. Elle impose aux entreprises d'une certaine taille de mettre en œuvre « *de manière effective un plan de vigilance* » qui « *comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement* » *(C. com., art. L. 225-102-4 nouveau)*.

4. Les mirages du devoir de vigilance

On peut craindre que les plans de vigilance soient conçus afin de neutraliser la mise en œuvre de la responsabilité. Il faut noter le flou de la législation française qui indique que le plan de vigilance doit comprendre, entre autres, une « *cartographie des risques* », des « *procédures d'évaluation régulière des filiales, des sous-traitants et fournisseurs* », des « *actions adaptées d'atténuation des risques* », ainsi qu'un « *mécanisme d'alerte et de recueil des signalements* » *(C. com., art. L. 225-102-4 nouveau)*. Ce dispositif conduira au développement d'une ingénierie juridico-managériale (d'ailleurs lourde pour les entreprises) afin de concevoir des plans de vigilance permettant de faire échec à la mise en œuvre de la responsabilité. Le texte précise en effet que c'est l'inexécution des obligations relatives au plan de vigilance qui peut entraîner une obligation de réparer le préjudice. Cet aspect n'a d'ailleurs pas été éludé lors des travaux préparatoires, un député soulignant que n'est pas fixée « une obligation de résultat, mais de moyens » et que « si un accident se produit, (...) l'entreprise devra montrer qu'elle avait mis en œuvre des mesures et pris des précautions, (...) et cela suffira à dégager sa responsabilité » [6]. Le UKBA britannique inclut d'ailleurs une disposition qui traduit explicitement cette idée en soulignant que « *it is a defence (...) to prove that (it) had in place adequate procedures (...)* » [7]. À la forteresse quasi imprenable du voile social succéderait donc le bouclier de la vigilance.

5. Un accident de l'histoire ?

Ces obstacles et insuffisances doivent nous conduire à repenser sous un angle critique le principe d'indépendance des personnes morales. En examinant certains aspects historiques du droit des sociétés, en particulier dans la période s'étalant de la fin du XVIIe à celle du XIXe, il est possible de constater trois ruptures fondamentales (sur ces différentes questions, les travaux de Jean-Philippe Robé [8], Paddy Ireland [9], Philip Blumberg [10] ainsi que de Stephen Bainbridge et Todd Henderson [11] sont particulièrement instructifs).

À l'origine : la dimension publique de la société par actions. – La création des sociétés par actions n'était pas à l'origine un droit ouvert à tous, mais un privilège accordé par l'État pour la réalisation de projets d'intérêt public (construction de ponts, exploitation de mines, etc.). Dans l'idéal libéral postérieur à la révolution, il ne peut y avoir de reconnaissance du pouvoir de corps intermédiaires venant s'intercaler entre l'individu et l'État, ce qui a conduit au démantèlement des corporations par la loi Le Chapelier de 1791 [12]. Les sociétés anonymes au début du XIXe siècle ne pouvaient être créées que pour un motif d'utilité publique et qu'après autorisation du Gouvernement accordée par décret en Conseil d'État [13]. L'activité consultative du Conseil d'État à cette période atteste d'ailleurs que la condition d'utilité publique était examinée sérieusement [14]. Le formalisme et les conditions entourant la création de ce type de sociétés visaient aussi à réguler une « institution jugée nécessaire mais dangereuse » [15], car celles-ci véhiculaient une responsabilité limitée certes utile à l'initiative

3. Obligation résultant de *UKBA, sect. 7.*
4. *L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique : JO 10 déc. 2016, texte n° 1.*
5. *L. n° 2017-399, 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : JO 28 mars 2017, texte n° 1.*
6. Déclaration du député Dominique Raimbourg (V. *Rapp. AN n° 4184, Sénat n° 99, 2 nov. 2016, fait au nom de la Commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion de la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*).
7. V. *UKBA, sect. 7(2).*
8. V. not., *J.-Ph. Robé, op. cit.*
9. V. *P. Ireland, Limited Liability, Shareholder Rights and the Problem of Corporate Irresponsibility : Cambridge Journal of Economics, vol. 34, 2010, p. 837 et s.*
10. V. *Ph. I. Blumberg, The Multinational Challenge to Corporation Law - The Search for a New Corporate Personality : New York, Oxford University Press, 1993.*
11. V. *S. M. Bainbridge et T. Henderson, Limited Liability - A Legal and Economic Analysis : Cheltenham/Northhampton, Edward Elgar, 2016.*
12. Sur l'ensemble de ces aspects, V. *J.-Ph. Robé, op. cit., p. 84 et s.*
13. V. *A. Lefebvre-Teillard, La Société anonyme au XIXe siècle - Du Code de commerce à la loi de 1867 : Histoire d'un instrument juridique du développement capitaliste : Paris, PUF, 1985, p. 21 et s.*
14. V. *J.-Ph. Robé, op. cit., p. 86.*
15. V. *A. Lefebvre-Teillard, op. cit., p. 22.*

économique, mais aussi potentiellement génératrice d'abus et favorisant une forme d'aléa moral [16].

À partir du milieu du XIX[e] siècle, les différentes exigences réglementaires entourant la création des sociétés par actions ont été progressivement démantelées, aux États-Unis et en Europe [17]. Ce mouvement s'est concrétisé en France par la loi du 24 juillet 1867 qui acta définitivement la disparition de l'autorisation gouvernementale, « restitu(ant) totalement au droit privé une institution que "l'intérêt public" lui avait partiellement disputée jusque-là » [18]. Il constitue un tournant majeur à partir duquel a été rendue possible la constitution de pouvoirs de droit privé, ce qui a conduit en réponse à la constitution de coalitions d'intérêts privés (notamment les syndicats) affectés par les activités des sociétés [19].

L'émergence des groupes de société. – Jusqu'à la fin du XIX[e] siècle, notamment aux États-Unis, les actions de sociétés ne pouvaient en principe être détenues que par des personnes physiques, et non par d'autres sociétés. Ces restrictions ont été progressivement démantelées à la suite de plusieurs réformes adoptées par l'État du New Jersey à partir de 1888 [20], suivi par ceux de New York, du Delaware et du Maine qui souhaitaient préserver les ressources fiscales résultant de l'*incorporation* des sociétés. De larges groupes économiques se sont ainsi constitués et, d'ailleurs, cela coïncida avec l'émergence aux États-Unis du droit de la concurrence par l'adoption du Sherman Act en 1890.

L'évolution de la responsabilité limitée des personnes morales. – Aux États-Unis, une distinction s'opérait à l'origine en matière de responsabilité limitée de la société selon qu'il s'agissait d'une responsabilité contractuelle ou pour *tort*. Ceux contractant avec la société sont informés, peuvent évaluer et, *in fine*, accepter le risque résultant de la responsabilité limitée à laquelle ils s'exposent. Les tiers qui subissent d'éventuels dommages résultant des activités d'une société n'ont pas consenti à une telle limitation. On peut dès lors s'interroger sur le bien-fondé de l'opposabilité à leur égard de la responsabilité limitée [21]. La question est d'autant plus légitime que les actionnaires de cette société peuvent bénéficier de la remontée des profits qu'elle réalise tout en circonscrivant dans leurs filiales d'éventuelles pertes allant au-delà de leurs apports. Cette configuration peut ainsi générer une incitation pour les entreprises d'isoler dans certaines filiales des activités dangereuses pour les tiers [22].

Cette question a d'ailleurs fait l'objet de contentieux aux États-Unis dans le courant du XIX[e] siècle afin de déterminer si la responsabilité limitée des actionnaires pour les *debts* de la société incluait ou non ses *liabilities* pour *torts*. Pour les États fédérés, la solution dépendait de la façon dont était rédigée la législation sur le droit des sociétés. La législation californienne effectuait une distinction entre les deux catégories jusque dans les années 1930 [23]. Dans la grande majorité, celle-ci ne faisait référence qu'à une responsabilité limitée des actionnaires à l'égard des *debts*, et la Cour suprême américaine a considéré en 1885 dans l'affaire Chase v. Curtis que les *debts* incluaient les obligations financières relevant à la fois des situations de responsabilité contractuelle et délictuelle [24]. Le voile de la personnalité morale a ainsi pu jouer pleinement dans le cadre de la responsabilité délictuelle.

6. Repenser la responsabilité de l'entreprise

Cette relecture historique de l'évolution du droit des sociétés doit conduire à repenser le problème résultant de l'indépendance juridique de la personnalité morale. Les entreprises génèrent des richesses mais sont aussi « de formidables machines à produire des externalités » [25]. Les richesses peuvent circuler librement dans l'entreprise et la structure du groupe peut être mise à profit pour le paiement de l'impôt au niveau du groupe ou pour la remontée des dividendes. Lorsqu'il s'agit d'engager la responsabilité de la société mère pour les externalités négatives générées par ses filiales, cette responsabilité peut rester cloisonnée. Il est donc impératif de rééquilibrer cette asymétrie afin d'aligner les droits et les obligations des entreprises, et d'envisager un mécanisme d'imputation des comportements des filiales sur la société mère [26], et ce, en s'éloignant du leurre - drapé de bonnes intentions - du devoir de vigilance. Les précédentes contributions ont pu faire état de certains progrès réalisés et des obstacles persistants. Ces difficiles avancées ne sont que les prémices d'une reconquête de ce que nous avons laissé s'égarer au cours de l'Histoire.

16. *Ibid., p. 22 et s.*
17. V. *J.-Ph. Robé, op. cit., p. 88-90.*
18. V. *A. Lefebvre-Teillard, op. cit., p. 417.*
19. V. *J.-Ph. Robé, op. cit., p. 101 et s.*
20. V. *Ph. I. Blumberg, op. cit., p. 56.*
21. V. *P. Le Goff, Faut-il supprimer les sociétés à risque limité ? Apport et critique de l'analyse économique américaine du droit des sociétés : RIDC, 1999, n° 3, p. 598-599.*
22. V. *H. Hansmann & R. Kraakman, Toward Unlimited Liability for Corporate Torts : Yale Law Journal, vol. 100, 1991, p. 1881.*
23. V. *S. M. Bainbridge et T. Henderson, op. cit., p. 40-42.*
24. *Chase v. Curtis, 113 U.S. 452 (1885).*
25. V. *J.-Ph. Robé, op. cit., p. 393.*
26. Pour une proposition plus détaillée, V. *R. Bismuth, La responsabilité (limitée) de l'entreprise multinationale et son organisation juridique interne - Quelques réflexions autour d'un accident de l'histoire, in SFDI, L'entreprise multinationale et le droit international, L. Dubin, P. Bodeau-Livinec, J.-L. Iten et V. Tomkiewicz (ss dir.) : Paris, Pedone, 2017, p. 429.*