

L'entreprise et l'environnement juridique

Pr. Hamid BERCHICHE

Professeur agrégé de Droit, Enseignant EHEC

L'entreprise et l'environnement juridique

Par : Pr. Hamid BERCHICHE

Professeur agrégé de Droit, Enseignant EHEC

Introduction

L'entreprise peut être définie comme l'exploitation d'une activité économique, industrielle ou commerciale, par une personne ou un groupe de personnes constitué par le chef d'entreprise et ceux qui travaillent avec lui, chacun ayant une fonction distincte dans le processus économique;

Cette définition unitaire peut ainsi s'inscrire dans deux formes juridiques différentes: la forme individuelle reposant sur le patrimoine de la personne physique de l'entrepreneur (création d'un fonds de commerce ou d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée ayant la personnalité morale), et la forme collective ou sociale (constitution d'une société commerciale) reposant sur le patrimoine d'une personne morale, patrimoine (capital) constitué de divers apports (en numéraires ou en nature) de la part d'associés.

Quelque soit sa forme, l'entreprise se trouve insérée dans un environnement juridique qu'elle ne peut ni ignorer, ni éviter de le subir, car elle se doit d'intégrer la dimension juridique à son fonctionnement quotidien, comme d'ailleurs à sa démarche stratégique. Le juridique, bien que fixant les règles même dans le domaine économique, est souvent perçu par les dirigeants d'entreprises comme une contrainte, alors que son intégration dans la stratégie entrepreneuriale est implicite: ainsi, par exemple, pour se développer, l'entreprise doit-elle procéder par une augmentation de capital en émettant des actions nouvelles ou éviter une telle augmentation entraînant l'arrivée de nouveaux actionnaires avec le risque d'une perte de contrôle, se lancer dans un partenariat, optimiser la part de marché dans un environnement économique et réglementaire de moins en moins souple ou encore investir, ce qui interpelle inmanquablement la sphère juridique, plus précisément, le droit des sociétés, le droit boursier ou financier, le droit des investissements, le droit fiscal.

Est-il besoin de rappeler que la finalité du droit en général est « d'organiser un certain ordre social » (Cf. Marty et Raynaud, Traité de Droit civil, c'est-à-dire

organiser les rapports ou définir des structures, tout en prévoyant les modes de régulation. Les relations économiques ne sont-elles pas fondées de plus en plus sur le contrat, dans un contexte où le secteur productif se « tertiarise ». Par ailleurs, la compétition économique passe, à l'heure actuelle, par la globalisation; dès lors, l'entreprise tournée vers l'extérieur se doit d'acquérir au mieux une capacité à devenir globale pour pouvoir s'adapter à la mondialisation des produits, dans leur production comme dans leur distribution, des marchés et des services; bien entendu, une telle globalisation s'inscrit dans un cadre juridique et les règles de droit international privé ou du droit du commerce international (crédit documentaire, garanties internationales bancaires, virements internationaux...) prennent peu à peu le pas sur le droit interne, dans les relations économiques et commerciales privées. Et par voie de conséquence, ce type d'entreprise se retrouve lui-même face à ce changement d'environnement juridique.

Il apparaît de plus en plus indispensable aujourd'hui de prendre en compte le juridique dans la stratégie de l'entreprise, laquelle a réagi de différentes façons à son environnement juridique, soit en dédaignant carrément le droit ou en le confinant dans un rôle secondaire pour ne pas dire effacé (absence de service juridique assez étoffé pour la gestion des contrats, des marchés publics notamment), soit en considérant le droit comme une contrainte externe par son aspect répressif dans l'hypothèse de commission d'infractions diverses dans le domaine des affaires, soit au contraire en intégrant la nécessité de manager son environnement juridique, et là réside la solution idéale et optimale, en ce que l'entreprise va appréhender le droit comme une ressource, un facteur valorisant, car il ne fait aucun doute que le droit apparaît comme un des éléments fondamentaux de la démarche stratégique des entreprises. C'est lui, en effet, qui détermine en grande partie l'organisation et les différentes structures au sein de l'entreprise, qui conditionne l'attitude des managers face aux risques qu'elles sont susceptibles d'engendrer, risques que l'on peut classer grosso modo en deux catégories, compte tenu de leur nature:

- les risques juridiques, inhérents aux fautes ou erreurs de gestion et à la pertinence des stratégies entrepreneuriales arrêtées, engageant souvent la responsabilité civile des dirigeants d'entreprises, d'une part (1) ;

- les risques judiciaires étendus à la sphère pénale, caractérisés par une gravité plus prononcée puisque leur responsabilité pénale est mise en jeu, d'autre part (2).

Cela étant, il est essentiel que les entreprises prennent sérieusement en considération ces deux aspects, dans leur stratégie, quelque soient d'ailleurs leur dimension ou la place qu'elles occupent dans le secteur économique, industriel ou commercial.

1 – L'entreprise face aux risques juridiques

L'importance des risques juridiques n'est pas la même selon la nature de l'entreprise, individuelle ou collective. Au niveau de l'entreprise individuelle, telle le fonds de commerce, la personne physique commerçante doit, sans être spécialiste du droit commercial, posséder quelques notions élémentaires si elle veut éviter des désagréments au plan civil, et parfois au plan pénal. Ainsi, il faut qu'elle sache qu'elle dépend d'un statut juridique particulier, lequel prévoit les incompatibilités et les déchéances ne permettant pas l'acquisition de la qualité de commerçant ou sa perte, et surtout, les diverses obligations qui pèsent sur elle pour l'obtenir: l'inscription au registre du commerce, le respect de la publicité légale, la tenue de livres de commerce obligatoires et d'une comptabilité, l'obligation de non rétablissement (et de concurrence loyale, plus généralement) en cas de cession ou de location de son fonds de commerce. Bien souvent, le commerçant ignore ou feint d'ignorer, pour des raisons fiscales évidentes, de procéder à une inscription modificative auprès du Centre national du registre de commerce, aussi importante que l'inscription initiale, dans le cas d'extension de son activité. Les sanctions civiles et pénales encourues sont les mêmes que pour le défaut d'inscription. Par ailleurs, les commerçants désirant céder leur fonds à crédit s'entourent-ils des garanties que leur offre la législation commerciale qui a précisément prévu un privilège et une action résolutoire audit vendeur, pour renforcer le crédit? Encore faut-il qu'ils les inscrivent et les fasse publier au bulletin officiel d'annonces légales pour s'en prévaloir. On relève de très nombreuses règles dans le Code de commerce qu'un commerçant diligent doit d'autant plus connaître que les opérations juridiques qu'il effectue sont nombreuses. D'un autre côté, combien de commerçants susceptibles d'accorder un crédit à leurs clients savent-ils faire la différence entre un chèque et une lettre de change (traite)? Très peu, il convient de le reconnaître car la pratique nous enseigne qu'ils s'adonnent plutôt à l'établissement de chèques de garantie, interdits par la loi

Par ailleurs, en guise d'illustration, il convient de rappeler le rôle exact de la consistance du patrimoine et son unité dans le temps: cette consistance varie naturellement presque à chaque instant, mais le patrimoine reste toujours conceptuellement identique à lui-même, il demeure toujours le patrimoine de la personne juridique. Ce caractère se justifie:

- sur le plan philosophique, le patrimoine est une projection sur le plan économique de la personne physique: il naît et disparaît donc avec elle;
- sur le plan technique, une telle conception permet à elle seule une organisation juridique acceptable des rapports et notamment des rapports d'échange dans une société donnée.

Les commerçants, personnes physiques, ignorent dans leur écrasante majorité la règle civile de droit commun selon laquelle « le patrimoine d'une personne représente le gage général de ses créanciers ». En d'autres termes, ses éléments d'actif constituent la garantie par la réalisation de laquelle, si le débiteur ne s'exécute pas spontanément, les créanciers tenteront de faire régler le passif, par voie judiciaire dans la plupart des cas. Dans l'hypothèse toujours probable d'une cessation de paiement et d'un règlement judiciaire, le commerçant peut se rendre coupable du délit de banqueroute:

- soit simple, en commettant un des actes matériels suivants: caractère excessif de ses dépenses, personnelles ou en relation avec son activité commerciale, la dépense de sommes élevées dans des opérations hasardeuses ou fictives, le paiement après ladite cessation de paiement à un créancier au préjudice de la masse des créanciers ... (article 370 du Code pénal) ;

- soit frauduleuse, en augmentant son passif dans ses écritures ou dans son bilan, en détournant ou en dissipant tout ou partie de son actif; il organise en quelque sorte son insolvabilité (article 374 du Code pénal).

Lorsque la personne physique opte pour la création d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, il est indispensable qu'elle sache comment elle fonctionne et qu'en tant que personne morale, elle a son propre capital distinct du patrimoine de l'associé unique, lequel confond souvent les deux notions. Une telle confusion peut lui être préjudiciable, notamment au regard de l'administration fiscale.

Au niveau de l'entreprise collective (société commerciale), les risques juridiques sont fonction de la forme sociale choisie par elle; ils sont d'autant plus importants que l'on passe d'une forme de société à responsabilité limitée à celle de société par actions, en particulier celle qui fait appel public à l'épargne. La complexité du droit des sociétés apparaît avec cette dernière, à laquelle plus de deux cent cinquante articles sont consacrés par le Code de commerce. L'omniprésence de la dimension juridique de l'environnement de l'entreprise, sous cette forme sociale, est constante. Cet environnement juridique, à la fois instable et complexe, est à l'origine de risques avec des conséquences certaines dans la gestion quotidienne des entreprises et dans leur gestion stratégique. Il y a là assurément une insécurité juridique d'où découle le risque juridique, dont l'analyse met en évidence les facteurs déterminants sur lesquels l'entreprise peut agir. C'est précisément de sa réaction au risque juridique que vont dépendre d'une part sa demande de droit, laquelle s'adresse à ceux chargés de produire les règles de droit ou autres normes juridiques afin d'obtenir un cadre légitime conciliant les intérêts de l'entreprise et son insertion sociale ou environnementale, d'autre part sa demande de structures ou services juridiques (organisation, données, information...).

Néanmoins, pour ne point engager leur responsabilité civile sur la base de l'article 715 bis 23 du Code de commerce, les dirigeants doivent être en mesure d'assimiler les règles essentielles de fonctionnement, d'analyser les avantages et inconvénients de chacun des systèmes d'administration, à savoir le mode traditionnel du conseil d'administration et le mode contemporain du directoire et du conseil de surveillance, afin d'opter en toute connaissance de cause pour l'un ou l'autre. Du côté financier, ces mêmes dirigeants sont-ils capables de comprendre convenablement les règles régissant les diverses valeurs mobilières et au moment opportun, arrêter une stratégie de développement de l'entreprise par l'augmentation de capital, ce qui nécessite une émission d'actions nouvelles se traduisant par l'entrée de nouveaux actionnaires avec un risque de perte de contrôle, ou par un emprunt obligataire avec le risque d'endettement?

Il y a deux décennies à peu près, on évoquait au sein des grandes entreprises occidentales le rôle de

L'audit juridique qui permettait de mesurer les risques d'ordre juridique, en s'efforçant de rechercher

les manquements à la sécurité de l'entreprise. La typologie des risques juridiques pouvait être envisagée sous un double angle de ladite sécurité: un angle passif avec le respect des normes issues des différentes branches du droit (droit des contrats, droit commercial et des sociétés, droit social, droit fiscal...); un angle actif avec la recherche et la prévention des situations à risques, notamment structurelles ou statutaires (par exemple, inadéquation des statuts ou mauvais choix de la forme sociale, objet de la société trop étroit ou mal défini).

C'est dans un tel contexte que l'audit juridique, par l'intermédiaire de certains juristes d'entreprise, permettait d'attirer l'attention des dirigeants ou managers sur la notion de risques juridiques ou sur l'idée de coût des choix juridiques, et partant de valoriser la règle de droit comme outil de gestion.

Mais en quoi consiste au juste le risque juridique?

D'abord, il peut correspondre à la survenance d'un problème juridique et à son appréhension dans la stratégie de l'entreprise. Il s'inscrit dans le cadre d'une insécurité juridique pour les entreprises qui présenteraient des lacunes ou des insuffisances au niveau de leur système ou organisation juridiques, par exemple une méconnaissance parfaite de l'environnement législatif et réglementaire des entreprises en tant que sociétés commerciales, une non actualisation des textes relatifs au droit des sociétés, aux marchés publics, au droit du travail et de la sécurité sociale, au droit de la concurrence, aux pratiques bancaires, entre autres, et qui subissent constamment des modifications.

Ensuite, cette notion d'insécurité juridique varie bien entendu en fonction

de l'attitude des chefs d'entreprise ou autres managers envers le droit. 1\ est essentiel pour eux d'identifier correctement le risque juridique, en amont, pour ne point subir les conséquences souvent fâcheuses qui en découlent au plan civil comme au plan pénal:

Sur le plan civil, signer un contrat mal rédigé, ayant omis d'inclure des clauses contractuelles parfois essentielles pour son économie, telles une clause de variation des prix (indispensable dans des contrats à exécution successives s'inscrivant dans le moyen ou le long terme), ou une clause pénale devant prévoir les pénalités de retard dans l'exécution du contrat ou une clause compromissaire envisageant le règlement d'un litige dans le cadre international par voie d'arbitrage ... Des défaillances de cette nature sont susceptibles de causer un préjudice matériel (financier) à l'entreprise et il est fort probable que les associés retiendront des fautes de gestion commises par les dirigeants, auxquels ils demanderont une réparation sur la base de l'article 715 bis 23 du Code de commerce.

L'analyse des risques juridiques peut être approfondie en distinguant le risque judiciaire, qui concerne exclusivement l'utilisation de l'appareil judiciaire, particulièrement en matière répressive, dans la pratique des affaires industrielles et commerciales.

2 – L'entreprise et le risque judiciaire

Le risque judiciaire mesure en quelque sorte les potentialités d'intervention en justice ou de mise en cause. il ne prend pas seulement en compte le résultat d'un procès (sa perte notamment, en matière civile), mais également la possibilité de mise en œuvre du système judiciaire, en particulier dans le domaine pénal. il dépend donc, étroitement, de l'insécurité juridique et du strict respect des textes en vigueur; ainsi, lorsque les dirigeants d'entreprise respectent scrupuleusement la réglementation et évitent d'avoir des comportements déviants, dans le monde des affaires, ils n'ont rien à craindre de la justice.

Quoi qu'il en soit, conscient du danger de voir les dirigeants sociaux excéder leurs prérogatives,

la loi a, en prévoyant plusieurs incriminations, cherché à préserver autant que possible l'équilibre social, tant structurel que fonctionnel.

a. Les risques judiciaires nés du déséquilibre structurel dans l'entreprise:

il convient d'avoir à l'esprit que les associés possèdent deux séries de droits fondamentaux, au sein de la société: un droit à l'information et un droit à l'expression que les dirigeants sociaux doivent impérativement respecter.

1) Le non respect par les dirigeants sociaux du droit à l'information:

Pour faire respecter un tel droit des associés, les articles 801-2» et suivants

(pour la SARL) et les articles 818 et 819 (pour la SPA) du Code de commerce sanctionnent les gérants ou les administrateurs qui n'auront pas mis à la disposition des associés, pour consultation au siège social, des documents sociaux tels que le compte de résultats, le bilan, le rapport de gestion ou ne les auront pas adressés, dans le délai de quinze jours avant la date de la réunion de l'assemblée générale ordinaire; ce même délai est requis avant la réunion de l'assemblée générale extraordinaire, pour leur faire parvenir le texte des résolutions proposées, le rapport du conseil d'administration et le cas échéant, le rapport du commissaire aux comptes. C'est grâce à l'information que les associés pourront précisément exercer leur droit d'expression.

2) Le non respect par les dirigeants sociaux du droit à l'expression:

Afin que les associés puissent s'exprimer dans le cadre des assemblées, il importe d'abord que les convocations leur parviennent dans les délais légaux, qu'une feuille de présence soit mise à leur disposition pour émargement, feuille à laquelle d'ailleurs seront annexés les éventuels pouvoirs donnés à chaque mandataire (système des procurations). De nombreuses dispositions garantissent le droit de vote, en assurant notamment sa sincérité. Toutefois, plus grave paraît être le déséquilibre fonctionnel.

b. Les risques judiciaires nés du déséquilibre fonctionnel dans l'entreprise

Les dirigeants de sociétés se trouvent souvent confrontés à deux séries de problèmes, engendrés soit par des abus de gestion, soit par des défaillances au niveau des contrôles.

1) Les abus de gestion:

L'administration des sociétés expose leurs dirigeants à certaines tentations auxquelles ils finissent, certains d'entre eux, par succomber. L'inadéquation de la qualification pénale classique de l'abus de confiance (ainsi le contrat de société n'est pas visé par l'article 376 du Code pénal, ou encore ce texte ne peut pas sanctionner un bail abusif consenti par

l'administrateur sur un immeuble appartenant à la société) a conduit à l'émergence d'une infraction spéciale autonome propre aux sociétés (la SNC n'y étant pas soumise) et consacrée respectivement par les articles 800-4' (pour la SARL) et 811-3' (pour la SPA) du Code de commerce. Il s'agit de l'abus des biens et du crédit de la société, duquel le législateur rapproche une infraction voisine, à savoir l'abus des pouvoirs et des voix (article 800-5' pour la SARL et article 811-4' pour la SPA).

En ce qui concerne le délit d'abus de biens et de crédit sociaux, la loi vise les biens de manière extensive, puisque ce concept recouvre tous les éléments

mobiliers et immobiliers du patrimoine de la société. Le crédit revêt lui aussi une acception large, à savoir la réputation ou la notoriété de la société et surtout sa surface financière: par exemple, ladite surface sera exposée lorsque le dirigeant engage la signature sociale par l'acceptation d'effets (traites, chèques) de complaisance ou comme caution (garantie) d'un prêt consenti à titre personnel.

En ce qui concerne le délit d'abus des pouvoirs et des voix, la législation entend les pouvoirs comme l'ensemble des droits que les dirigeants possèdent en vertu de leur mandat, c'est-à-dire tous leurs pouvoirs statutaires et légaux: par exemple, le fait pour un dirigeant social d'user de ses pouvoirs de président du conseil d'administration pour organiser une fusion absorption contraire à l'intérêt de la société et avantageuse pour lui-même et d'autres sociétés dans lesquelles il était intéressé directement ou indirectement. D'ailleurs sur ce point, on peut rapprocher le délit de prise illégale d'intérêt. En pratique, dans la majorité des cas, l'abus de pouvoirs est absorbé par l'abus de biens sociaux et l'on se trouve alors en présence d'un cumul idéal d'infractions, sans conséquence pour le juge répressif, les deux délits étant punis des mêmes peines, encore qu'il sera fait application de la règle du non cumul des peines.

Quant aux voix, il s'agit des procurations généralement délivrées en blanc, que les associés ont adressées aux dirigeants pour les représenter dans les assemblées et voter en leur lieu et place.

Néanmoins, de tels délits sont d'autant plus commis facilement que les contrôles s'avèrent insuffisants quand ils ne sont pas carrément défaillants.

2) Les atteintes au contrôle:

En droit des sociétés, il est impérieux d'organiser un contrôle des activités des dirigeants et autres acteurs de la vie sociale, car il faut protéger les droits des associés et des créanciers sociaux. Ce faisant, deux dangers guettent l'entreprise: l'absence ou la fausseté d'un contrôle et l'inexactitude de la comptabilité.

Pour le premier point, on pense surtout au délit d'obstacle à l'exercice des fonctions de commissaire aux comptes (article 831 du Code de commerce) ou l'absence de désignation du commissaire aux comptes de la société ou du défaut de sa convocation à toute assemblée d'actionnaires ou associés (article 828 du Code de commerce).

Le second aspect relatif à l'inexactitude de la comptabilité concerne d'une part, la présentation et la publication de comptes inexacts (bilan inexact présenté aux associés, incriminé par l'article 800-3° pour la SARL et par l'article 811-2° pour la SPA) et d'autre part, la distribution de dividendes fictifs. Ces deux délits en quelque sorte jumeaux visent à tromper les associés et les créanciers sociaux sur la véritable situation financière et économique de l'entreprise qui accuse un passif et ne sont en principe possibles qu'avec la complicité du commissaire aux

comptes, dont la responsabilité pénale sera également engagée.

L'on peut se faire une idée générale sur l'insécurité juridique dans laquelle baignent l'entreprise en tant que personne morale et ses managers, en leur qualité de personnes physiques, à travers ces quelques illustrations reflétant de manière sommaire un environnement juridique beaucoup plus vaste.

Conclusion

L'homme d'affaires affronte l'environnement juridique à chacune des étapes du développement de l'entreprise. Il doit choisir entre plusieurs modèles juridiques lors de la création de sa société et respecter un certain nombre d'impératifs ou de paramètres. Il devra organiser les échanges entre l'entreprise et son environnement, prendre en compte les risques qui s'attachent à toute activité industrielle ou commerciale: le facteur juridique sera omniprésent. De même, la politique de développement de l'entreprise doit prendre en considération à la fois les moyens juridiques de ce développement (moyens comme supports juridiques des opérations de financement, par exemple) et les obstacles que rencontrera la politique de développement (règles juridiques organisant le marché). L'époque contemporaine a multiplié les besoins d'ordre juridique, lesquels résultent d'une multiplication des textes (inflation juridique) qui régissent les diverses activités de l'entreprise, d'où l'apparition d'un vrai droit des affaires dont l'optique est pluridisciplinaire, puisqu'autour du noyau que constitue le droit commercial et des sociétés, il englobe d'autres branches relatives à la qualité du produit et à la marque, à la distribution, à la concurrence, à la consommation, à la publicité, à la fiscalité

Aménager la contrainte juridique devient un impératif premier pour l'entreprise et le droit va s'exprimer en tant que technique d'organisation, il est une ressource pour l'entreprise et cette ressource, il va falloir apprendre à en gérer l'utilisation et maîtriser les risques juridiques; le droit, conçu comme instrument, est réducteur d'incertitude et d'insécurité, en ce qu'il recèle un fort pouvoir informationnel puisqu'il indique ce qui est licite et ce qu'il ne l'est pas à un moment déterminé.

La meilleure manière d'immuniser l'entreprise contre cette insécurité, c'est de la doter d'une structure qui soit flexible et qui s'adapte aisément aux contingences imprévisibles de son environnement. Le choix d'une structure de « veille juridique », interne ou externe, paraît donc fondamental. Plus l'entreprise est de dimension importante et plus, elle doit disposer d'une compétence d'expertise juridique, en interne ou/et en externe; le recours à un service externe n'est pas antinomique avec l'organisation d'une fonction juridique interne.

Pour les dirigeants, le droit est surtout analysé en termes de risques pour l'entreprise qui doit, sous peine d'échec, réagir rapidement à toutes les

variations de son environnement juridique. C'est précisément le rôle des juristes d'entreprise de permettre cette adaptation rapide. le juriste d'entreprise apparaît de plus en plus comme l'un des maillons les plus importants de l'entreprise: il doit notamment préparer les contrats, estimer les risques, assurer l'audit juridique et la consultation doit s'effectuer a priori, car il mène une action préventive. lors d'une action contentieuse, il doit aider au mieux à résoudre les conflits. En résumé, la création d'un service juridique interne a pour principal motif le besoin, pour une organisation, de rationaliser la gestion des problèmes juridiques. Toutefois, ledit service peut être appelé à prendre attache avec des avocats d'affaires ou autres conseils juridiques externes spécialisés dans divers domaines du droit; d'ailleurs, leur concours ne peut être éludé dans les situations contentieuses et de manière générale, pour faire face aux risques judiciaires.

En fin de compte, l'environnement doit être observé, interprété et analysé dans la perspective de l'implication des évolutions sur le plan stratégique. Si l'entreprise n'a pas les moyens d'assurer la veille juridique en interne, elle doit faire appel à un service externe.

Il convient de retenir des deux postulats: -la décision stratégique ne doit pas être contrainte par l'urgence des situations, génératrices des divers risques juridiques; -la structure de l'entreprise doit autoriser la mise en œuvre de cette décision stratégique.

Et de la même façon que le marketing est devenu stratégique, le juridique le devient à l'heure actuelle, tant et si bien que sont apparues deux modalités de l'organisation de la fonction juridique: la veille juridique et le risk management.