Le projet de loi Pacte et les nouvelles « personnalités » de l'entreprise

Les résultats de la rencontre entre les sciences de gestion et la doctrine juridique ont souvent été féconds, avec les lois dites de nouvelles régulations économiques en 2001 et de sécurité financière en 2003. Un nouvel exemple est donné avec le projet de loi Pacte qui propose aux dirigeants et aux actionnaires de faire évoluer la conception même de l'entreprise.

Auteur
Jean-Baptiste Lenhof
Maître de conférences, Centre de droit des affaires, université Rennes 1

Bacon, dans ses *Essais de morale et de politique* (1625), écrivait que « tout homme qui pense trop à ses intérêts est mauvais citoyen, mauvais parent, mauvais ami ». Les entreprises seraient-elles soumises à une telle fatalité ? C'est du moins ce que laisse entendre le rapport « L'entreprise, objet d'intérêt collectif » rédigé par Jean-Dominique Senard et Nicole Notat[1], qui a été remis aux ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances, et du Travail, le 9 mars 2018. Ce document de 128 pages attire en effet l'attention sur la place de l'entreprise dans la société, avec pour ambition assumée de « redonner de la substance à l'entreprise, l'amener à réfléchir à sa raison d'être ».

La définition de l'entreprise, toutefois, reste à déterminer en droit. Il s'agit en effet d'un concept économique et si le terme « entreprise » est invoqué dans certains textes[2], le droit des affaires est uniquement articulé autour de la notion de société, définie comme une institution dédiée à la recherche de profits. Ainsi, l'article 1832 du Code civil établit, dans son alinéa 1, que « la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ». Cet article est complété par les dispositions de l'article 1833 qui établit que toute société doit « [...] être constituée dans l'intérêt commun des associés ».

Or, c'est précisément ce dernier texte qui fait l'objet de toutes les attentions dans le projet de loi Pacte (Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises) présenté au conseil des ministres le 18 juin 2018, le législateur étant

1 > J.-D. Senard et N. Notat, « L'entreprise, objet d'intérêt collectif », rapport, 2018.
2 > La première utilisation de ce concept par le législateur remonte à la loi du 22 février 1945 instituant le « comité d'entreprise ».

confronté au défi de tenter de soumettre le fonctionnement des sociétés au concept de « responsabilité sociale des entreprises » (RSE). La RSE, toutefois, est un concept très large, susceptible d'englober davantage de matières que celles que recouvre traditionnellement le droit des sociétés. Ainsi, pour s'en tenir à une définition juridique, la Commission européenne, dans sa troisième communication sur la RSE (2011), a pu établir que cette dernière doit s'analyser comme « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société ». Il s'agirait, pour être plus précis, d'aller au-delà des obligations juridiques « [...] et investir "davantage" dans le capital humain, l'environnement et les relations avec les parties prenantes » (Livre vert de l'UE, 2001).

La teneur du rapport Senard/Notat mais aussi les débats ouverts par de nombreux parlementaires auraient pu faire croire, un instant, que la définition même de la société serait modifiée pour la modeler sur les principes de la RSE. Il n'en a toutefois rien été et la solution retenue dans le projet de loi nous semble plus viable et plus sage : sans altérer la définition de la société, le législateur a simplement introduit, à l'article 1833, l'obligation légale de prendre en considération des enjeux sociaux et environnementaux. La mise en œuvre de la RSE a, par ailleurs, été envisagée sous une autre forme, le projet de loi Pacte disposant que les sociétés pourront introduire volontairement dans leurs statuts les indications de leur « raison d'être » (futur article 1835 du Code civil).

Le respect de l'intérêt social prime sur toute autre considération

En toute hypothèse, cet agencement de l'intérêt social et de la responsabilité sociale des entreprises suscite nombre d'interrogations, d'abord quant à la nouvelle obligation qui figurera à l'article 1833, car les entreprises devront imaginer, au cas par cas, l'instauration de modalités de fonctionnement permettant de faire coïncider des notions apparemment antinomiques. Elles pourront rencontrer, ensuite, des difficultés à articuler les domaines respectifs de l'intérêt social et du nouveau concept de « raison d'être » introduit dans la loi Pacte.

À la recherche d'un équilibre entre intérêt des associés, intérêt social et RSE

Les enjeux sociaux et environnementaux vont prendre une nouvelle place en droit des sociétés, tout en demeurant subsidiaires. Le projet de loi Pacte prévoit, en effet, de faire de l'intérêt social l'axe principal d'orientation de la gestion des sociétés.

La place des enjeux sociaux et environnementaux

Le projet de loi Pacte prévoit, dans son article 61, de modifier l'article 1833 du Code civil qui dispose, comme nous l'avons vu, que toute société doit « [...] être constituée dans l'intérêt commun des associés ». Il y sera ajouté un alinéa ainsi rédigé : « La société est gérée dans son intérêt social et en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. » Nous reviendrons ultérieurement sur cette notion d'intérêt social, pour souligner que la véritable innovation législative consiste en l'introduction dans le Code civil de concepts-socles de la RSE.

Pour autant, la responsabilité sociale et environnementale, quoique hautement proclamée, apparaît être une responsabilité résiduelle. L'exposé des motifs du projet de loi est clair sur ce point : le nouvel alinéa de l'article 1833 s'adresse avant tout aux dirigeants (et non aux actionnaires) et n'a que vocation à orienter leur prise de décision. « Tout dirigeant devrait s'interroger sur ces enjeux et les considérer avec attention, dans l'intérêt de la société, à l'occasion de ses décisions de gestion. » Le texte réduit ainsi la RSE à une dimension subsidiaire alors que le respect de l'intérêt social par les dirigeants est, lui, obligatoire. On comprend aisément, en effet, que la recherche du profit et la défense des intérêts sociaux et environnementaux coïncident rarement. On imagine, par ailleurs, que les dirigeants, en cas de problème financier, pourraient se trouver déclarés comptables envers les actionnaires des pertes dues à la mise en œuvre de la RSE. Cette dernière a donc été imaginée comme constituant une contrainte de second rang, les dirigeants étant placés à l'abri de poursuites abusives par le législateur qui aura pris soin de préciser, en exergue du texte, qu'un « éventuel dommage social ou environnemental ne pourra pas prouver [*sic*] à lui seul l'inobservation de cette obligation ».

On mesure bien, ici, que le respect de l'intérêt social prime sur toute autre considération, mais que la société doit se doter, en dépit de cette primauté, de processus de réflexion, voire d'une organisation *ad hoc* permettant de contrôler le respect des impératifs liés à la RSE (voir encadré). Il n'y aurait cependant pas faute des dirigeants à ne pas mettre en œuvre de RSE, dès lors que, dans le cadre de leur gestion, ils pourront établir qu'ils se sont interrogés sur ces questions ou auront institué les organes permettant de la promouvoir[3].

3 > Reste à savoir quelle sera la sanction de cette inobservation ? La responsabilité extra-contractuelle de la société, sans doute, mais qu'en sera-t-il si c'est un contrat qui contrevient à la RSE ? La question, pour l'instant, semble sans réponse.

La RSE de la Société Générale

Depuis quelques années, des entreprises majeures se sont dotées d'outils permettant de mettre en œuvre la RSE, utilisant parfois des mécanismes juridiques sophistiqués. La Société Générale, par exemple, a publié dès 2011 ses « Principes généraux Environnementaux et Sociaux (E&S) » qui n'ont qu'une valeur de charte interne au groupe mais qui, *de facto*, s'articulent avec des textes majeurs de portée supra-législative. Ainsi dans son rapport financier 2017, le groupe établit-il, p. 256, que la « Société Générale conduit son développement dans le respect des valeurs et principes énoncés dans : la Déclaration universelle des droits de l'homme et ses engagements complémentaires ; les conventions fondamentales de l'OIT ; la Convention du patrimoine mondial de l'Unesco ; les Principes directeurs pour les entreprises multinationales de l'OCDE ; les Principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme ». Ces différentes articulations confèrent ainsi aux « principes » internes à l'entreprise une force singulière même s'ils sont de nature infra-normative.

À la recherche de l'équilibre autour de l'intérêt social

La véritable question qui se pose aux entreprises (du moins celles qui sont constituées en sociétés) est celle de l'équilibre à instaurer dans la gestion quotidienne des affaires. Le texte de la loi Pacte ne donne pas d'indication sur ce point, ce qui pourrait constituer des zones d'insécurité juridique majeures : jusqu'à quel degré les dirigeants pourront-ils faire prévaloir l'intérêt social sur la RSE ? La réponse est loin d'être évidente, même si des solutions voisines ont déjà été dégagées par la jurisprudence et les textes.

S'agissant, en premier lieu, de la jurisprudence, le juge du droit a eu à traiter des questions très proches et ce, à l'occasion de la méconnaissance de l'intérêt social de filiales par une société mère dans le cadre de groupes[4]. En cas de difficultés économiques au sein d'un groupe, il s'est en effet avéré que les sociétés de tête devaient parfois opérer des choix financiers susceptibles de pénaliser certaines filiales dans le but légitime d'en sauver d'autres. Il s'agissait, par exemple, de solliciter une des sociétés filles afin qu'elle consente des avances de trésorerie ou un prêt à un taux avantageux à la filiale en difficulté. Or, dans ces situations, la société mère pouvait voir son action qualifiée d'« abus de biens sociaux », ses agissements ayant atteint à l'intérêt social d'une société (prospère) du groupe au bénéfice d'une autre (en difficulté, cette fois). Cette condamnation s'avérait cependant souvent inique, car le comportement de la mère était presque toujours judicieux, tant au plan économique que social. La Cour de cassation a donc dû faire prévaloir un concept jurisprudentiel – celui « d'intérêt du groupe » – pour justifier la prise de décisions économiques qui constituaient des atteintes à l'intérêt social de certaines filiales. En d'autres termes, l'intérêt du groupe, depuis la confirmation constante de cette jurisprudence, l'emporte sur l'intérêt social des sociétés[5].

Ce recul de l'absolutisme de l'intérêt social a trouvé, en second lieu, un support textuel récent avec la loi du 27 mars 2017[6]. Ce texte, qui dégage un nouveau champ d'application de la responsabilité extracontractuelle des sociétés mères vis-à-vis de leurs filiales, prévoit que lorsqu'un groupe emploie plus de 5 000 personnes en France, la société mère doit établir et mettre en œuvre un plan de vigilance. Ce plan 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 ». Il s'applique aux filiales que la société mère contrôle ainsi qu'aux sous-traitants ou fournisseurs les plus proches. Ainsi, la société mère, autant que les sociétés du groupe qu'elle contrôle, ne peut se focaliser sur la seule satisfaction de l'intérêt social ou de l'intérêt du groupe : la situation des parties prenantes doit être prise en considération pour déterminer la politique et la gestion de l'ensemble de l'entreprise.

L'intérêt du groupe l'emporte sur l'intérêt social des sociétés

Intérêt social et « raison d'être » de la société

Cette nouvelle organisation des rapports sociaux rencontre un obstacle d'envergure : il n'existe pas de définition légale ni jurisprudentielle de l'intérêt social, et si on devait retenir que ce dernier est la « boussole[7] » de la société, comme la doctrine le prétend, il risquerait alors de se confondre avec la nouvelle notion de « raison d'être » introduite par la loi Pacte.

4 > L'arrêt de principe est l'arrêt Rozenblum, Cass. crim., 4 février 1985.

5 > Cass. com., 2 avril 1996, *JCP*, 1997, II, 22803, note Chazal ; *Rev. Sociétés*, 1996, p. 573, note Gavalda ; Cass. com., 20 janvier 1998, *Bull. Joly*, 1998, p. 474, note Dom. Trois conditions – en substance – ont été posées par la Cour pour écarter l'incrimination d'abus de biens sociaux. Les décisions dictées par l'intérêt du groupe ne pourront être justifiées que si elles révèlent une politique commune ; ne seront pas dépourvues de contreparties ou ne rompront pas l'équilibre entre les sociétés ; et n'excéderont pas les possibilités financières de la société qui en supportait la charge.

6 > Loi n° 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre du 27 mars 2017.

7 > A. Pirovano, « La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *Recueil Dalloz*, n° 24, 1997, p. 189-196.

© Yoann Constantin

La notion de « raison d'être », une simple indication statutaire

L'article 1835, tel qu'il figure actuellement dans le Code civil, instaure que « les statuts doivent être établis par écrit. Ils déterminent, outre les apports de chaque associé, la forme, l'objet, l'appellation, le siège social, le capital social, la durée de la société et les modalités de son fonctionnement ». La loi Pacte propose d'ajouter à ces dispositions la phrase suivante : « Les statuts peuvent préciser la raison d'être dont la société entend se doter [*sic*] dans la réalisation de son activité. »

Tel qu'il est rédigé, le projet de loi Pacte n'est guère explicite : la « raison d'être » serait-elle un concept vraiment nouveau ? L'exposé des motifs ne nous aide pas, en tout cas, à déterminer les objectifs de l'introduction de cette notion, non plus que son contenu. À ce titre, la référence qui est sans cesse faite au rapport Senard/Notat dans l'exposé des motifs du projet de loi n'apporte aucune clarté, bien au contraire : la notion viserait, selon ce texte, « à rapprocher les chefs d'entreprise et les entreprises avec leur environnement de long terme. Le rapport "L'entreprise, objet d'intérêt collectif" réalisé par Jean-Dominique Senard et Nicole Notat indique que la notion de "raison d'être" peut être définie "comme l'expression de ce qui est indispensable pour remplir [*sic*] l'objet social" ».

Ainsi décrite, la « raison d'être » semblerait devoir s'insérer dans un cadre statutaire impératif, comme le suggère l'emploi des termes « indispensable » à la réalisation de « l'objet social ». D'autres parties de l'exposé des motifs démontrent toutefois qu'il n'en est rien. Nous sommes, ici, confrontés à l'apparition d'un nouveau concept de droit mou, dit également de « *soft law* », qui a pour caractéristique de ne pas être obligatoire. Le texte, reprenant toujours les propos des auteurs du rapport, établit en effet qu'« à la manière "d'une devise pour un État, la raison d'être pour une entreprise est une indication, qui mérite d'être explicitée, sans pour autant que des effets juridiques précis y soient attachés". Ce projet d'article incite ainsi, sous la forme d'un effet d'entraînement, les sociétés à ne plus être guidées par une seule "raison d'avoir" [*sic*], mais également par une raison d'être, forme de doute existentiel fécond [*sic*] permettant de l'orienter vers une recherche du long terme ».

La « raison d'être » se traduirait donc par la rédaction d'une mention indicative et facultative, insérée dans des statuts qui, eux, ne comportent – par nature – que des sujétions dont la portée est obligatoire. Face à l'ambiguïté apparente de la démarche retenue, il convient toutefois de souligner que la RSE n'a que peu de rapport avec la notion juridique de responsabilité : il s'agit, avant tout, d'une démarche volontaire, fondée sur la prise de conscience que les activités des entreprises peuvent causer des dommages à leur environnement comme aux tiers. En ce sens, il s'agit

davantage de l'inscription dans le pacte social d'une déclaration d'ordre moral et éthique que d'une stipulation juridique contraignante pour les dirigeants. L'intérêt social, à l'inverse, est une véritable notion juridique, ce qui rend l'articulation des concepts que nous venons d'évoquer particulièrement délicate.

Il apparaît notamment que, dans l'esprit des concepteurs du texte, la RSE aurait vocation, en principe, à imprégner l'intérêt social ou du moins en modifier les contours. Or, l'intérêt social revêt des sens très variés en doctrine et, malgré une littérature surabondante, la jurisprudence s'est bien gardée de préciser sa définition car c'est sa plasticité même qui en a fait un outil permettant de juguler les comportements fautifs de dirigeants ou d'actionnaires[8]. En effet, le juge en a fait une utilisation prétorienne pour qualifier l'abus de majorité[9], analyser la validité des pactes d'actionnaires[10], nommer un administrateur provisoire[11]. Par ailleurs, la notion sert toujours de fondement à nombre d'incriminations pénales ainsi qu'il en est, par exemple, de l'abus de biens sociaux[12]. L'intérêt social apparaît donc aujourd'hui être essentiellement marqué par des approches théoriques complexes alors que le juge continue volontairement à conserver toute disponibilité à ce concept et refuse, de la sorte, de participer à tout débat doctrinal.

La raison d'être, une articulation improbable avec l'intérêt social

Il serait donc vain, et fastidieux, de tenter de rapporter toutes les constructions théoriques élaborées par la littérature. Il suffira simplement, pour illustrer la difficulté à articuler la « raison d'être » avec l'intérêt social, de renvoyer aux trois grands courants d'analyse de cette notion.

Le premier assimile l'intérêt social à celui des associés, sur la foi de la rédaction – toujours d'actualité – de l'article 1833 du Code civil qui établit que la société est gérée dans leur « intérêt commun ». Cette approche, souvent critiquée, se conçoit toutefois aisément lorsqu'elle est examinée sous un prisme étroit. Dans les sociétés à responsabilité illimitée comportant peu d'associés, comme la société en nom collectif, la solidarité des associés est si forte, et l'*affectio societatis* constitue un tel ciment du pacte social, qu'on peut admettre que l'intérêt social recouvre assez exactement celui des associés[13].

À l'inverse, d'autres auteurs ont pu soutenir, à l'appui de décisions de justice, que l'intérêt social se confondait avec celui de « l'entreprise », en référence à l'arrêt Fruehauf du 22 mai 1965[14] dans lequel on retrouve cette formule devenue désormais célèbre : « Le juge des référés doit s'inspirer des intérêts sociaux par préférence aux intérêts personnels de certains associés[15]. » Cette autre thèse, que l'on a pu également critiquer comme prenant trop en considération l'intérêt des « parties prenantes » (fournisseurs, salariés, partenaires de l'entreprise, etc.), semble également admissible lorsqu'elle est considérée sous un autre angle. Quand « l'entreprise » est un groupe de sociétés, par exemple, on comprend que les intérêts d'une société dominante puissent parfois se confondre avec ceux des sociétés filles avec lesquelles elle est étroitement liée.

Toutefois, l'analyse qui semble fédérer aujourd'hui la plus grande partie des juristes est celle dite du « juste milieu[16] », l'intérêt social étant alors rattaché – toujours en simplifiant exagérément les subtilités doctrinales – à l'intérêt de la personne morale. Ce bref balayage de l'éventail des différentes approches de l'intérêt social démontre donc que son articulation avec la RSE est loin d'être aisée. Si en effet, lorsque la doctrine assimile l'intérêt social à celui de l'entreprise, cet intérêt n'apparaît guère éloigné des fondements de la RSE, il n'en va pas de même des autres approches qui sont davantage tournées vers la valorisation actionnariale. En tout état de cause, il faudra examiner avec attention, si le texte est adopté, les nouvelles pratiques juridiques qui seront imaginées par les entreprises pour la mise en œuvre de leur responsabilité sociale et environnementale. ●

> Il s'agit d'avantage de l'inscription dans le pacte social d'une déclaration d'ordre moral et éthique

8 > M. Germain, « Sur une jurisprudence de l'intérêt social » in *Mélanges P. Le Cannu*, Dalloz, 2014, p. 289 ; D. Martin et G. Buge, « L'intérêt social dans le contentieux des ordonnances sur requête, en référé et la forme des référés », *RTD Com.*, 2010, p. 481 *sq.*

9 > Pour une définition de l'abus de majorité, Cass. com., 18 avril 1961, Établissements Piquard, *JCP*, 1961, II, n° 12164. L'abus de majorité est « la résolution prise contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité ».

10 > Par exemple : CA Paris, 30 juin 1995, Metaleurop, *JCP E*, 1996, II, n° 795. Un engagement de vote est licite dès lors qu'il est « limité à l'opération concernée, conforme à l'intérêt social et exempt de toute idée de fraude ».

11 > CA Paris, 22 mai 1965, Fruehauf, *JCP*, 1965, II, n° 14274 *bis* ; *Recueil Dalloz*, 1968, p. 147, note R. Contin. « Pour nommer un administrateur provisoire, le juge des référés doit s'inspirer des intérêts sociaux par préférence aux intérêts personnels de certains associés [...]. »

12 > Articles L. 241-3 [SARL] (al. 4) et L. 242-6 [SA] (al. 3).

13 > D. Schmidt, « De l'intérêt social », *JCP E*, 1995, p. 488 sq ; voir également : « De l'intérêt commun des associés », *RD bancaire et bourse*, 1994 ; le compte rendu du colloque organisé au Sénat le 23 mai 1996 sur le thème « Actionnaires et dirigeants. Où se situera demain le pouvoir dans les sociétés cotées ? » ; et plus précisément les interventions des professeurs Schmidt, Couret et Germain, *RD bancaire et bourse*, 1996.

14 > CA Paris, 22 mai 1965, *JCP E*, 1965, II, *bis*, concl. R. Neveu ; R. Contin, *Recueil Dalloz*, 1968, art. cité.

15 > CA Paris, 22 mai 1965, Fruehauf, *loc. cit.*

16 > J.-P. Bertrel, « Liberté contractuelle et sociétés, essai d'une théorie du "juste milieu" en droit des sociétés », *RTD Com.*, 1996, p. 595.