

Le nouvel article 1833 du Code civil français et l'intégration de l'intérêt social et de la responsabilité sociale d'entreprise: constat ou révolution?¹

The New Article 1833 of the French Civil Code and the Integration of Interest of the Company and Corporate Social Responsibility: Stating the obvious or another French Revolution?

Pierre-Henri Conac *

ABSTRACT

L'articolo si concentra sulla modifica dell'art. 1833 del codice civile francese introdotta dalla recente legge n. 2019-486 del 22 maggio 2019, c.d. *Loi PACTE*, relativa alla crescita e alla trasformazione delle imprese.

La norma stabilisce che gli amministratori, nel gestire la società, devono perseguire l'interesse sociale e, allo stesso tempo, tenere in considerazione le implicazioni sociali e ambientali dell'attività sociale.

L'analisi si concentra sul possibile significato dell'ampliamento della nozione di interesse sociale realizzata dalla *Loi PACTE*, soffermandosi altresì sul campo di applicazione della norma e sulle sue conseguenze.

Parole chiave: *Loi Pacte* – responsabilità sociale d'impresa – *raison d'être*

The article comments on the modification of Article 1833 of the French civil Code created by the recent law (Law No. 2019-486 of 22 May 2019, the so-called "Loi-PACTE"), relating to the growth and transformation of businesses.

This rule provides that directors in managing a company shall pursue the interest of the company, while taking into due consideration social and environmental issues in company activities.

* Professeur à l'Université du Luxembourg, ECGI Research Member, email: pierre-henri.conac@uni.lu.

¹ Cet article est issu de deux articles parus à la *Revue des sociétés* (Dalloz) en 2018 et 2019. La reproduction est possible grâce à l'aimable autorisation des éditions Dalloz.

The present article focuses on the possible meaning of enlarging the notion of company's interest, and analyzes the scope of the new rule and its effects.

Keywords: *Loi Pacte – corporate social responsibility – raison d'être*

RÉSUMÉ:

Introduction. – 1. La portée de la réforme. – A) L'intérêt social élargi. – 1°) L'intérêt social. – 2°) L'élargissement de l'intérêt social. – B) Le champ d'application quant aux sociétés. – 1°) La modification du Code civil et du code de commerce. – 2°) Le champ d'application dans les groupes de sociétés. – 2. Les conséquences de la réforme. – A) Les conséquences juridiques. – 1°) Le risque de nullité. – 2°) Le risque de responsabilité. – B) Les conséquences non-juridiques. – 1°) Les conséquences en termes de gestion. – 2°) Les conséquences en termes d'organisation. – 3. L'intérêt social remplacé par l'intérêt collectif? – A) Un débat ancien. – 1°) Le débat en Allemagne et aux Etats-Unis dans l'entre-deux guerres. – 2°) Le retour de l'«intérêt collectif» en Europe. – B) Une vision naïve et dangereuse. – 1°) Une vision naïve. – 2°) Une vision dangereuse. – 4. Conclusion.

Introduction

1. La réforme de l'article 1833 du Code civil français par la loi n° 019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite «Loi PACTE», est l'aboutissement d'un processus ancien dont le déclencheur immédiat se trouve dans le rapport Notat-Sénart de 2019: «L'entreprise, objet d'intérêt collectif»².

Ce rapport appelait à prendre en compte une notion élargie de l'intérêt social. L'article 1833 alinéa 2 du Code civil dispose donc désormais que «La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité».

Bien que de portée en apparence limitée, la réforme s'inscrit dans une révision plus large du droit des sociétés français où le capitalisme, financier ou non, est mis en accusation en France. En effet, la loi PACTE modifie aussi l'article 1835 du Code civil pour autoriser les statuts à donner aux sociétés une «raison d'être»³. Cette dernière réforme, qui est plus révolutionnaire qu'on le pense, a été contestée parce qu'elle serait inutile et vide. Pourtant, Isabelle Urbain-Parleani, dans sa contribution publiée également dans ce numéro de la

² N. NOTAT, J.D SENARD, *L'entreprise, objet d'intérêt collectif. Rapport aux ministres de la transition écologique et solidaire, de la justice, de l'économie et des finances du travail, La Documentation française*, 9 mars 2018.

³ V. I. URBAIN-PARLEANI, *L'article 1835 et la raison d'être*, *Revue des sociétés*, 2019, XXX.

Rivista ODC, expose la «raison d'être» de la «raison d'être»: incarner le *Zeitgeist* (l'esprit du temps)⁴.

La loi PACTE crée également des sociétés à mission⁵. Un changement de paradigme s'opère donc vers un droit des sociétés «sociétal». Dans le même temps, le législateur français cherche à renforcer l'actionnariat de long terme. Ainsi, une réforme intéressante, inclue également dans la loi PACTE, est la création de «Fonds de pérennité» destinés à contrôler le capital de sociétés, cotées ou non, sur le modèle germanique et scandinave de la Fondation (*Privatstiftung*). L'idée est excellente mais actuellement vouée à l'échec car les héritiers du fondateur ne peuvent pas être bénéficiaires de cette Fondation⁶. Cet instrument ne peut donc pas être adapté au capitalisme familial.

2. La réforme française ne s'est pas opérée de manière isolée. Un débat s'est également ouvert aux Etats-Unis sur le but des sociétés et la *Business Roundtable*, l'équivalent de l'Association Française des Entreprises Privées (AFEP) en France (limité en France aux plus grandes sociétés cotées et non cotées), et de *Confindustria* en Italie, a publié en 2019 une déclaration sur le but d'une société. Les dirigeants d'entreprises signataires y indiquent que leurs obligations sont à l'égard de toutes les parties prenantes: clients, salariés, fournisseurs, communautés et enfin et seulement les actionnaires dans le but de générer de la valeur à long terme. C'est un rejet de la vision Milton Friedman qui estimait que l'intérêt social d'une société se résume à augmenter son profit afin de le distribuer aux actionnaires, qui est contestée⁷. Le rejet est d'autant plus étonnant que les dirigeants des sociétés signataires ont été les grands bénéficiaires de la vision de Milton Friedman et de la primauté donnée aux intérêts des actionnaires. Les programmes radicaux des «démocrates socialistes», alimentés par la montée des inégalités aux Etats-Unis, comparable uniquement aux années 1920, ne sont sans doute pas étrangers à cette conversion subite. Bien que les signataires soient certainement de bonne foi, il est difficile de ne pas évoquer à leur propos la célèbre formule de Bossuet (1627-1704), dont l'éloquence lui valut de prêcher à la Cour devant Louis XIV: «Dieu se rit des hommes qui déplorent les effets dont ils chérissent les causes».

⁴ V. I. URBAIN-PARLEANI, *L'article 1835 et la raison d'être*, préc. (note 2), XXX.

⁵ E. MASSET, *Vers la société à mission*, *Revue des sociétés*, novembre 2018, 635.

⁶ P.H. CONAC, *Le fonds de pérennité : the French Privatstiftung ?*, *Revue Trimestrielle de Droit Financier*, n° 3, 2019, 29.

⁷ M. FRIEDMAN, *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*, *The New York Times Magazine*, 13 sept. 1970.

Il restera à voir quelle sera la position des conseils d'administration et des tribunaux du Delaware lorsqu'un cas concret se présentera de conflit entre les parties prenantes, surtout entre les actionnaires et les salariés. Poser la question n'est-il déjà pas déjà y répondre?

3. La réforme a donc une dimension politique forte. Elle a d'ailleurs donné lieu à de nombreux débats et a suscité l'hostilité d'une grande majorité de la doctrine en France.⁸ Elle proclame l'existence d'un intérêt social élargi et l'exigence d'un «droit des sociétés sociétal», c'est-à-dire un droit soumis à des impératifs sociétaux. La loi PACTE ouvre un nouveau paradigme. La réforme a aussi une dimension symbolique forte. En effet, la proclamation de l'intérêt social élargi et de la prise en compte de la responsabilité sociale d'entreprise a été faite dans le Code civil lui-même. Or, il constitue la Constitution civile de la France, l'une des «masses de granit» jetée par Napoléon Bonaparte pour refonder la France après la Révolution. Il s'agit donc d'un message politique fort.

Pourtant, la loi PACTE réalise sans doute davantage un constat qu'une révolution. En effet, depuis 2001⁹, et avec une accélération très nette depuis la grande crise financière de 2008, le législateur français a empilé les textes visant à obliger les grandes sociétés à se conformer à un nouveau concept: la responsabilité sociale d'entreprise (RSE)¹⁰. Le législateur européen, inspiré au moins en partie par la France sur ce point, a également suivi cette voie, au moyen principalement d'un renforcement des obligations d'information.

⁸ V. F.X. LUCAS, *Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société*, *Bull. Joly Soc.*, sept. 2018, 477; A. TARDOS, *Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE*, *Dalloz*, 2018, 1765; M. ROUSSILLE, *Projet de loi PACTE: quel impact? Réflexion sur la consécration de l'intérêt social et de la raison d'être de la société*, *Droit des sociétés*, n° 8-9, août 2018, étude 10; D. SCHMIDT, «*La loi PACTE et l'intérêt social*», *D.*, 2019, 633; sous la direction d'I. URBAIN-PARLÉANI, *La réécriture des dans le projet de loi PACTE*, *Dalloz*, 2018, 1765; sous la direction d'I. URBAIN-PARLÉANI, *La réécriture des articles 1833 et 1835 du code civil : révolution ou constat?*, *Rev. des soc.*, oct. 2018, 551 s. et nov. 2018, 623 s.; I. GROSSI, *L'intérêt social élargi, quel(s) intérêt(s)?*, *Journal des sociétés*, avril 2019, n° 173, 11 s.; H. LE NABASQUE, *Genèse et objectifs de la loi PACTE*, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 6, 2019, 33; D. PORACCHIA, *De l'intérêt social à la raison d'être des sociétés*, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 6, 2019, 13.

⁹ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (NRE) ayant modifié l'article L. 225-102-1 du Code de commerce en imposant une obligation aux sociétés cotées d'indiquer dans leur rapport «a manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité».

¹⁰ F.-G. TREBULLE, *Personnalité morale et citoyenneté, considérations sur «l'entreprise citoyenne»*, *Revue des sociétés*, 2006, 41.

4. Étant donné que la réforme constitue l'aboutissement d'un processus ancien, il n'est pas étonnant que le texte ait été peu modifié lors du processus parlementaire. Le Sénat, dont la majorité est à droite, s'est opposé totalement à la réforme, citant les risques d'insécurité juridique: «En complétant deux articles du code civil, cet article fait peser un risque juridique et contentieux important sur les sociétés de toute taille. En effet, ce texte est de nature à favoriser des actions en responsabilité liées à la prise en considération, que certains acteurs pourraient estimer insuffisante, des enjeux sociaux et environnementaux. Comment le juge interprétera-t-il la notion imprécise de prise en considération de ces enjeux?»¹¹. Toutefois, l'Assemblée nationale a imposé sa volonté qui était aussi celle du gouvernement. La réforme n'a ensuite pas été contestée devant le Conseil constitutionnel, d'autres sujets plus politiques ayant pris l'ascendant.

5. En insérant la nouvelle définition de l'intérêt social dans le Code civil, le législateur français a voulu donner à cette réforme la portée la plus large possible. Pour autant, ses conséquences pourraient se révéler différentes de celles anticipées par le Sénat. De plus, le débat n'est pas terminé car, dans un pays qui, depuis la Révolution de 1789, estime incarner le progrès et les idées universalistes, certains veulent remplacer la notion d'intérêt social par celle d'intérêt collectif. L'adoption de cette vision serait véritablement révolutionnaire et isolerait la France dans le monde. Ceci ne décourage pas les promoteurs de cette vision, bien au contraire car ils estiment que la France, comme en 1789, doit apporter ses «lumières» à l'Europe et même au monde. Après la crise du coronavirus, cette volonté «d'aller de l'avant» va reprendre avec vigueur en France, et peut être aussi se développer en Italie?

1. La portée de la réforme.

6. La portée de la réforme est large tant d'un point de vue substantiel, puisqu'elle consiste à élargir l'intérêt social (A) que dans son champ d'application puisqu'elle touche toutes les sociétés et n'est pas limitée aux grandes sociétés cotées (B).

¹¹ Sénat, Compte Rendu Intégral, Séance du mercredi 6 février 2019, Année 2019, n° 11 S. (C.R), Jeudi 7 février 2019, 932.

A) *L'intérêt social élargi.*

7. La loi PACTE consacre la notion d'intérêt social (I) et en élargit la portée pour prendre en compte la responsabilité sociale d'entreprise (II).

1°) *L'intérêt social.*

8. La notion d'intérêt social ne figurait pas à l'article 1833 du Code civil. En effet, celui-ci indiquait uniquement que «Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés». La société était donc en 1804 la seule chose des associés et l'article 1832 l'illustre aussi. En fait, le législateur et la jurisprudence ont fait depuis longtemps évoluer cette notion, même si l'article 1833 était resté inchangé depuis 1804.

En effet, la définition de l'abus de biens sociaux, introduit en France par un décret loi du 8 août 1935, reposait sur le concept d'intérêt social. Le législateur des années 1930, période de crise et de remise en cause du capitalisme libéral en France comme en Europe, comme aujourd'hui, ne pouvait pas en rester au concept du seul intérêt commun des associés. Le texte punissait «les gérants qui, de mauvaise foi, ont fait des biens ou du crédit de la société un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, dans un but personnel ou pour favoriser une autre société dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement». La notion d'«intérêt de la société» apparaît clairement.

La jurisprudence a suivi. Elle faisait également référence, sous l'influence du droit public, à l'intérêt général de la société, notamment dans un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation de 1943¹², puis dans un arrêt de la Section commerciale de la Cour de cassation de 1961 consacrant la notion d'abus de majorité et qui évoque une mesure contraire à «l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité»¹³. De même, dans le cas d'abus de droit, la notion d'atteinte à l'intérêt social était explicitement évoquée, par exemple dans un

¹² Cass. req., 16 novembre 1943 Morniche c. Etablissements «Au Planteur de Caiffa», S., 1947.1.1, note R. HOUIN ; *J.C.P.*, 1944.II.2251, note LESCOT ; *Gaz. Pal.*, 1944.1.14 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, Sirey, 1962, 225. La Chambre des requêtes a été supprimée en 1947. Elle avait pour fonction de filtrer les pourvois qui devaient être jugés par la chambre civile de la Cour.

¹³ Cass. com., 18 avril 1961, *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, préc. (note 12), 225.

arrêt de la Section Commerciale de la Cour de cassation du 6 février 1957¹⁴.

La jurisprudence a aussi intégré la notion d'intérêt social dans d'autres domaines, comme par exemple en matière de responsabilité des dirigeants.

9. Certains auteurs, s'appuyant sur l'article 1833 du Code civil, ont vu dans la notion d'intérêt social simplement une autre formulation de l'intérêt commun des associés. La solution était fidèle à la lettre de l'article 1833 du Code civil mais ne correspondait pas à la vision, au moins théorique, des parties prenantes. D'autres auteurs ont pris une position opposée et ont estimé que l'intérêt social ne se résumait pas au seul intérêt des actionnaires. En matière de sociétés cotées, le code de gouvernement d'entreprise Afep-Medef a clairement en 1995, lors de sa première publication, une vision élargie de l'intérêt social. Ce dernier y était défini comme «l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme un agent économique autonome poursuivant des fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur intérêt général commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise». Même si le débat est important d'un point de vue théorique, le choix d'une vision élargie n'a eu que peu d'impact pratique en jurisprudence et notamment dans le domaine le plus sensible, c'est-à-dire en matière de responsabilité des dirigeants. En pratique, une décision des dirigeants sociaux est conforme à l'intérêt social si elle est opportune, c'est-à-dire si elle favorise le développement de l'entreprise ou profite à la société.

L'intégration du terme «intérêt social» dans l'article 1833 du Code civil ne constitue donc pas un véritable changement mais plutôt la simple consécration législative d'une évolution jurisprudentielle. L'exposé des motifs cédait donc à une certaine emphase lorsqu'il notait que les modifications proposées «*entérinerai(en)t ainsi pour la première fois au niveau législatif un aspect fondamental de la gestion des sociétés: le fait que celles-ci ne sont pas gérées dans l'intérêt de personnes particulières, mais dans leur intérêt autonome et dans la poursuite des fins qui lui sont propres*». Pour autant, le législateur n'a pas défini ce en quoi consiste l'intérêt social, pas plus d'ailleurs que la jurisprudence. C'est que la notion est surtout utilisée de manière négative pour juger ou non de l'existence d'une violation.

¹⁴ Cass. com., 6 février 1957 Bascou et autres c. Tripier, *J.C.P.*, 1957.11.10325, note D. BASTIAN ; *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, préc. (note 12), 225.

2°) *L'élargissement de l'intérêt social.*

10. La loi PACTE exige que la société poursuive son intérêt social «en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité». Ces éléments font donc désormais partie de l'intérêt social et ne viennent pas simplement s'y rajouter. C'est le sens de la suppression par l'Assemblée nationale de la conjonction «et» qui avait été introduite à la suite de l'avis du Conseil d'Etat sur le projet de loi PACTE. En effet, le projet de loi indiquait que «La société est gérée dans son intérêt social et en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité»¹⁵.

11. La portée de l'élargissement de l'intérêt social est source de risque juridique. En effet, la référence à la prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux ne peut simplement signifier que la société doit respecter la réglementation sociale et environnementale en vigueur. Une telle précision est inutile. C'est donc que les administrateurs et dirigeants doivent aller au-delà d'une simple application de la législation en vigueur. La réforme ouvre donc une zone grise et laisse la place à un grand espace de subjectivité que les juges devront délimiter. Les entreprises semblent devoir se soumettre à une injonction morale «*Fais le bien et sois vert*» (*do good and be green*). Il leur est demandé de faire preuve de vertu. Cette injonction est désormais intégrée dans le corpus juridique français sans toutefois que la loi indique dans quelle mesure.

L'impact est d'autant plus fort que le champ d'application quant aux sociétés est large.

B) *Le champ d'application quant aux sociétés.*

12. Le champ d'application de la réforme vise toutes les sociétés puisque l'article 1833 du Code civil s'applique à toutes les sociétés, cotées ou non. Par cohérence, le Code de commerce a aussi été modifié pour prendre en compte l'élargissement de l'intérêt social.

1°) *La modification du Code civil et du Code de commerce.*

13. Dans la mesure où la référence à l'intérêt social élargi figure à l'article 1833 du Code civil, la réforme affecte toutes les sociétés, qu'elles soient civi-

¹⁵ Conseil d'Etat, *Avis sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises*, Séance du 14 juin 2018.

les ou commerciales, avec ou sans personnalité morale, cotées ou non. Même des sociétés unipersonnelles ou à l'activité réduite, comme une épicerie ou une boulangerie, sont couvertes par la réforme alors que leur impact social ou environnemental peut être complètement négligeable. L'étendue de la réforme est contestable car la prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux concerne en fait surtout les grandes sociétés ou les sociétés cotées, surtout lorsqu'elles ont une activité internationale.

Le législateur a également modifié le Code de commerce pour y intégrer la notion d'intérêt social élargi. Ainsi, les articles L. 225-35 et L. 225-64 du Code de commerce relatifs au conseil d'administration et au directoire ont été modifiés. Désormais, le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre, conformément à son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. Le changement s'applique également, par renvoi, aux sociétés en commandites par actions.

Quand aux sociétés par actions simplifiées (SAS) et les sociétés à responsabilité limitée (SARL), la réforme s'applique à elles puisqu'elles sont soumises aussi l'article 1833 du Code civil.

2°) Le champ d'application dans les groupes de sociétés.

14. La réforme impacte aussi les filiales étrangères de groupes de sociétés. En effet, les dirigeants de la société mère de droit français doivent veiller à ce que les filiales soient soumises à l'intérêt social élargi. En effet, la prise en compte de cet intérêt doit se faire au niveau du groupe, sous peine de priver le concept de sa substance. La réforme a donc *de facto* une portée extra-territoriale. La situation est similaire à celle résultant de la loi de 2017 sur le devoir de vigilance, à la différence que ce dernier ne s'applique qu'aux sociétés d'une certaine taille.

Le champ d'application de la réforme est donc simple à connaître mais ses conséquences sont plus délicates à apprécier.

2. Les conséquences de la réforme.

15. Le débat parlementaire s'est beaucoup focalisé sur les risques juridiques liés à l'élargissement de la notion d'intérêt social. Ces risques existent mais ne sont sans doute pas aussi importants que redoutés. En revanche, les conséquences non juridiques de la réforme devraient avoir un impact beaucoup plus significatif.

A) Les conséquences juridiques.

16. Les conséquences juridiques de la réforme consistent en l'existence d'un risque juridique accru.

1°) Le risque de nullité.

17. Le risque de nullité a été circonscrit. En effet, suite à un amendement à l'article 1844-10 du Code civil, la violation de l'article 1833 alinéa 2 n'est sanctionnée ni par la nullité de la société ni par celle des actes et des délibérations des organes sociaux¹⁶. La précaution était utile même si le risque était limité en pratique. Ceci d'autant plus que la jurisprudence, reflétant en cela la position du législateur, est très hostile aux nullités.

En revanche, les actes passés avec les tiers dans des sociétés à responsabilité illimitée, c'est-à-dire dans une société en nom collectif (SNC) ou dans une société civile, peuvent être frappés de nullité s'ils sont contraire à l'intérêt social. En effet, l'exclusion insérée à l'article 1844-10 ne les vise pas. Néanmoins, en pratique le risque de nullité pour violation de l'obligation de prendre en compte les enjeux sociaux et environnementaux est très limité. D'une part, la jurisprudence en matière de nullité d'actes conclus avec des tiers dans les sociétés à risques illimités est très circonscrite à des situations spécifiques, comme par exemple un cautionnement, et vise à protéger les associés. D'autre part, il est difficile d'imaginer la nullité d'un acte conclu avec un tiers pour insuffisance prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux.

En fait, le risque juridique se situe plutôt en matière de responsabilité des dirigeants.

2°) Le risque de responsabilité.

18. Le risque de responsabilité est pénal et civil. Du point de vue pénal, l'impact de l'élargissement de la notion d'intérêt social ne devrait pas avoir d'impact sur la répression des abus de biens sociaux. En effet, même si la jurisprudence fait référence à l'intérêt social, le concept d'abus de biens sociaux est tourné vers la protection des actionnaires pour lesquels il constitue une forme spécifique d'abus de confiance. De plus, comme l'a noté le Conseil d'Etat, la prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux dans la répression de l'abus de biens sociaux viendrait «à méconnaître l'obligation

¹⁶ Articles 1844-10 du Code civil et L. 235- 1 du Code de commerce.

constitutionnelle de clarté et de précision des dispositions répressives»¹⁷.

Du point de vue civil, la mise en jeu de la responsabilité des dirigeants implique classiquement l'établissement d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité.

La faute peut avoir plusieurs causes. D'une part, il peut s'agir d'une absence totale de prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux de l'activité de la société. Cette faute est peu probable car elle impliquerait que les dirigeants n'aient pas discuté l'impact de leur activité.

Le risque de faute réside plutôt dans une prise en compte insuffisante ou défectueuse des enjeux sociaux et environnementaux. Certains cas sont simples. Par exemple, une décision de gestion qui ne respecte pas la responsabilité sociale de l'entreprise et qui se traduit par des pertes constitue une faute. En revanche, la question sera plus délicate dans le cas d'une décision qui profite à la société mais qui serait en contradiction avec la responsabilité sociale de l'entreprise. Il appartiendra alors au juge de trancher. Toutefois, les juges en France sont réticents, sauf exception notamment en cas de faillite, à porter un jugement sur les opérations de gestion. De plus, la prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux constitue un domaine où règne une forte subjectivité. Enfin, l'impact social et surtout environnemental sera souvent difficile à déterminer car incertain et à long terme, tandis que le profit pour la société sera facilement chiffrable. Il est probable que les juges feront preuve d'une grande prudence.

Par exemple, que feront-ils lorsqu'une société devra procéder à des licenciements pour garantir sa pérennité ? La formulation de l'article 1833 al. 2 indique clairement que les enjeux sociaux et environnementaux doivent simplement être pris en compte. Ils sont subordonnés. En cas d'opposition, la survie de la société doit l'emporter. La situation est moins claire en cas de prise en compte insuffisante des enjeux environnementaux. Une situation difficile serait celle où une société devrait promouvoir un projet qui respecterait les normes environnementales mais qui pourrait néanmoins affecter l'environnement, comme par exemple une exploration pétrolière dans un écosystème fragile.

Hors cas extrême, il est très peu probable que les juges retiendront la responsabilité civile des administrateurs ou dirigeants au titre d'une prise en compte insuffisante des enjeux sociaux et environnementaux. La subjectivité est trop forte et le juge ne devrait souvent hésiter à substituer son appréciation à celle des dirigeants.

¹⁷ Conseil d'Etat, Avis préc. (note 15), 38, § 99.

19. Le dommage subi par la société pourrait consister en un préjudice financier ou plus probablement une atteinte à l'image de la société. En effet, le plus souvent la prise en compte insuffisante des enjeux sociaux et environnementaux aura créé un profit. Cela signifie que le montant des dommages et intérêts devrait demeurer limité.

20. La loi PACTE n'a pas précisé qui pourrait agir en justice. De ce fait, le droit commun de la responsabilité civile s'applique. Les actionnaires pourront agir en justice pour insuffisante prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux. Des tiers, comme par exemple des syndicats ou des organisations non gouvernementales, pourraient-ils agir en justice à l'encontre de la société ou des administrateurs? La réponse est a priori négative dans le cadre d'une action en responsabilité contre les administrateurs car les tiers n'auront sans doute pas d'intérêt à agir au sens de l'article 31 du Code de procédure civile. La question se pose de manière similaire dans le cadre de la loi de 2017 sur le devoir de vigilance¹⁸.

En définitive, les risques juridiques devraient être limités, même s'ils ne seront pas inexistantes. En revanche, les conséquences non juridiques devraient être importantes.

B) *Les conséquences non-juridiques.*

21. Les conséquences non juridiques de l'élargissement de la notion d'intérêt social devraient se manifester en matière de gestion et d'organisation des sociétés.

1°) *Les conséquences en termes de gestion.*

22. L'élargissement de l'intérêt social devrait affecter l'organisation des sociétés les plus concernées par la prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux. En effet, les administrateurs et les dirigeants devront documenter le fait qu'elles ont pris en compte ces éléments dans leur processus décisionnel. Le fait de ne pas le faire pourrait constituer une cause de responsabilité civile. Il faudra donc établir que tout dirigeant s'est interrogé sur ces enjeux et les a considéré avec attention, dans l'intérêt de la société, à l'occasion

¹⁸ P.H. CONAC, I. URBAIN-PARLÉANI, *The 2017 Act on the duty of vigilance of parent and outsourcing companies*, *Revue Trimestrielle de Droit Financier*, n° 3, 2019, 90.

de ses décisions de gestion¹⁹. La réforme va modifier les habitudes pour les sociétés les plus exposées à des enjeux sociaux et environnementaux. Des processus nouveaux devront être mis en place.

Afin de limiter les risques de responsabilité, les administrateurs seront incités à consulter de coûteux cabinets de conseil. Comme le note avec un grand réalisme un administrateur, «Beaucoup de temps, d'honoraires et de primes d'assurances vont ainsi être dépensés pour, au mieux, se ménager une preuve formelle de cette «prise en considération» indépendamment du résultat et, au pire, «gérer» une nouvelle cause de responsabilité des administrateurs en les poussant ainsi peut être à adopter une attitude excessivement conservatrice qui risque d'être peu compatible avec «l'esprit d'entreprise» que la loi cherche par «ailleurs à promouvoir»²⁰.

Enfin, l'élargissement de l'intérêt social pourrait avoir un impact pratique en matière d'offres publiques d'achat. La prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux pourrait justifier une opposition à une offre si l'offrant a une mauvaise réputation en matière de prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux. Sans constituer une arme anti-OPA absolue, l'élargissement de la notion d'intérêt social donne plus de marge de manœuvre aux dirigeants de la cible²¹.

2°) *Les conséquences en termes d'organisation.*

23. Le conseil d'administration, au moins dans certaines sociétés, pourrait être amené à créer un comité social et environnemental pour bénéficier d'une analyse plus spécifique. En effet, les administrateurs ne sont pas tous experts dans ces domaines car leur fonction est avant tout de surveiller la gestion de la société et de prendre les décisions de gestion les plus importantes. Il faudra donc que certains d'entre eux se spécialisent en fonction de la complexité de l'activité de la société. Le conseil d'administration devrait aussi être amené à consulter le Comité Social et Economique.

Il est aussi envisageable que le conseil d'administration consulte de manière formelle ou informelle des organisations non gouvernementales pour «valider» certains projets et limiter ainsi le risque de mise en jeu de la responsabi-

¹⁹ Dossier Législatif de l'Assemblée nationale n° 1088, 58.

²⁰ B. BASUYAUX, *Administrateurs et Loi PACTE: quelques réflexions générales*, *Journal des sociétés*, avril 2019, n° 173, 23.

²¹ V. aussi, PH. POIRIER, *Loi Pacte et intérêt social: contrainte ou opportunité?*, *Option Finance*, n° 1484, 5 novembre 2018, 40.

té des administrateurs. Ces derniers ne vont-ils pas devenir des organes de fait des sociétés avant de l'être de droit ? Ils y aspirent effectivement, comme l'indique le rapport Notat-Sénard de 2019²².

Enfin, il est possible de se demander si les sociétés ne vont pas s'orienter en France vers la formule dualiste à conseil de surveillance et de directoire, qui existe aussi en Italie. En effet, dans cette structure, les membres du conseil de surveillance voient leur responsabilité limitée. Or, la nouvelle mission imposée aux administrateurs est particulièrement complexe. Des administrateurs pourraient donc préférer la formule dualiste qui impose aux membres du directoire de réaliser la prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux²³. Or, ils sont mieux placés que les administrateurs pour les analyser.

Bien que la réforme soit très mesurée et que son impact juridique soit sans doute finalement très limité, elle s'inscrit dans le débat contemporain sur le but des sociétés. En effet, pour certains, les sociétés devraient agir dans l'intérêt collectif.

3. *L'intérêt social remplacé par l'intérêt collectif ?*

24. Le rapport Notat-Sénart de 2018 sur «L'entreprise, objet d'intérêt collectif», qui a servi de support intellectuel au projet de loi PACTE a ouvert un débat dont la portée est beaucoup plus large que le simple choix entre l'intérêt des actionnaires ou l'intérêt de l'entreprise et qui s'annonce derrière la proposition de réforme actuelle des articles 1833 et 1835 du Code civil²⁴. En effet, le rapport note que «l'entreprise n'a pas de propriétaire». Cette formule malheureuse est fautive. Elle trahit une pensée qui serait que l'entreprise n'appartiendrait pas à ses actionnaires et peut être même non plus à ses salariés mais davantage à la collectivité. En effet, le rapport note également que l'actionnaire devrait être, interprète de l'intérêt collectif. Cet intérêt ne peut pas être celui de la société ou de l'entreprise puisque sinon ce terme aurait été utilisé. Il faut donc qu'il soit

²² N. NOTAT, J.D SENARD, *L'entreprise, objet d'intérêt collectif, Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Economie et des Finances du Travail*, 9 mars 2018.

²³ B. BASUYAUX, *Administrateurs et Loi PACTE: quelques réflexions générales, Journal des sociétés*, avril 2019, n° 173, 23.

²⁴ N. NOTAT, J.D SENARD, *L'entreprise, objet d'intérêt collectif, Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Economie et des Finances du Travail*, 9 mars 2018.

différent. Il ne peut donc s'agir que de l'intérêt général, dont le monopole appartient à l'Etat, et qui est donc camouflé dans sa dimension sociétaire sous le terme d'«intérêt collectif». C'est une vision rousseauiste qui fait des actionnaires de simples interprètes de l'intérêt collectif.

Cette approche figure de manière plus brutale encore dans un rapport de 2013 qui préconise que l'article 1833 soit rédigé ainsi «Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés ; elle doit être gérée au mieux de son intérêt supérieur, dans le respect de l'intérêt général économique, social et environnemental»²⁵.

Cette vision n'est pas nouvelle et a retrouvé une certaine actualité à cause de la crise de 2008 et de la globalisation (A). Toutefois, elle est naïve et dangereuse (B).

A) *Un débat ancien.*

25. Le débat ouvert par le rapport Notat-Sénart est ancien, notamment en Allemagne, et il est revenu récemment dans le débat académique européen.

1°) *Le débat en Allemagne et aux Etats-Unis dans l'entre-deux guerres.*

Le premier à avoir théorisé que les grandes sociétés cotées privées devaient être dirigées selon l'intérêt collectif du pays où elles sont implantées est Walther Rathenau.

Walther Rathenau est surtout connu hors d'Allemagne comme étant le ministre des Affaires étrangères de la République de Weimar qui a fut assassiné par des extrémistes de droite. Cependant, il a aussi été pendant longtemps le président du conseil de surveillance de la grande société industrielle cotée AEG (*Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft*). Il a tiré de son expérience un ouvrage célèbre publié en 1917 «sur la nature de la société par actions»²⁶. Rathenau part du constat que les sociétés cotées ne sont pas contrôlées par les actionnaires ou les organes d'administration mais par leurs dirigeants. Pour lui, les actionnaires ne sont pas intéressés par exercer un contrôle sur la société cotée. Il en déduit dans la phrase de conclusion de son ouvrage, qui en est la

²⁵ Rapport J. ATTALI, *Pour une économie positive*, proposition n° 1, 79, *La Documentation française*, 2013.

²⁶ W. RATHENAU, *Vom Aktienwesen. Eine geschäftliche Betrachtung*, Berlin, 1917; V. aussi H. FLEISCHER, *Wiedergelesen, Walther Rathenau: Vom Aktienwesen – Eine geschäftliche Betrachtung*, 1917, *Juristenzeitung*, n° 20, 2017, 991.

phrase clef, que «La grande entreprise est aujourd'hui absolument plus seulement une réflexion d'un intérêt privé, elle est bien davantage, ... devenue depuis longtemps et dans une mesure croissante redevable à l'intérêt public et par cela elle a trouvé une nouvelle raison d'être». Les sociétés cotées sont d'intérêt public et non pas d'intérêt privé et doivent être gérées dans ce sens. Les dirigeants doivent être protégés de l'influence des actionnaires et être désignés de manière autonome par eux-mêmes. Cette approche, qui a été critiquée en Allemagne comme conduisant à une «entreprise poursuivant ses propres fins» (*Unternehmen an sich*) n'a pas eu d'impact en droit positif si ce n'est que le droit allemand des sociétés minimise l'influence des actionnaires sur les dirigeants²⁷. La structure dualiste, qui place un organe entre les actionnaires et les dirigeants, en est une illustration.

26. Aux Etats-Unis, le constat de l'affaiblissement du contrôle des actionnaires sur les dirigeants (*separation of ownership and control*) a aussi été fait par Berle et Means en 1932 dans un ouvrage très célèbre²⁸. Berle et Means avaient lu Rathenau. Ils présentent en conclusion de leur ouvrage trois évolutions possibles, mais sans trancher: que la société soit gérée dans l'intérêt de tous les actionnaires même passifs, qu'elle soit gérée exclusivement dans l'intérêt du groupe qui arrive à exercer un contrôle, ou qu'elle évolue vers une gestion technocratique dans l'intérêt public. En fait, Berle avait considéré dans un article de 1931, à l'occasion d'un débat avec Merrick Dodd de Harvard, que les dirigeants devaient être soumis à un devoir de loyauté uniquement envers les actionnaires²⁹.

Ce débat sur les finalités des sociétés cotées est donc ancien. Après une forte vague de libéralisme depuis les années 1980, il a été réactivé dans le champ universitaire.

2°) *Le retour de l'«intérêt collectif» en Europe.*

27. En Europe, un auteur norvégien, Beate Sjøfjell, avance que les préoccupations environnementales doivent constituer une part dominante de l'intérêt social³⁰.

²⁷ T. BAUMS, *The Organ Doctrine. Origins, Development and Actual Meaning in German Company Law*, ILF Working Paper n° 148, 2016.

²⁸ A.A. BERLE, G. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, 1932.

²⁹ A.A. BERLE, *For Whom Managers are Trustees: A Note*, *Harv. L. Rev.*, 45, 1931, 1365.

³⁰ B. SJØFJELL, *Dismantling the Legal Myth of Shareholder Primacy: The Corporation as a Sustainable Market Actor*, 2017.

Un auteur anglais, Colin Mayer, Doyen de la *Business School* d'Oxford a publié en 2013 un ouvrage clef intitulé *Firm commitment* qui réactualise la thèse de Rathenau et en tire à nouveau les conséquences logiques en termes d'organisation des sociétés. Colin Mayer est hostile à la «*Corporate Social Responsibility*» qu'il estime inefficace car le conseil d'administration ne représente que les actionnaires. Il est donc inapte à prendre en compte d'autres intérêts que les leurs. Son approche est radicale. La raison d'être d'une société (*purpose*) est de remplir des fonctions qui vont bénéficier aux communautés, sociétés, consommateur, et générer en conséquence un profit pour les actionnaires. La notion d'intérêt collectif l'emporte sur l'intérêt des actionnaires, surtout à court terme. Pour diminuer l'influence de ces derniers, comme le souhaitait aussi Rathenau, le droit de vote serait dépendant de la durée de détention des actions pendant une certaine période (un, trois, cinq ou dix ans).

À côté du conseil d'administration serait créé un conseil fiduciaire (*Board of Trustee*) nommé par les actionnaires ou auto-nommés qui représenterait les parties prenantes, comme des organisations non gouvernementales (ONG). Bien qu'il ne précise pas les conséquences de ce choix, la conclusion logique est que les sociétés cotées devraient adopter une direction bicéphale où les actionnaires et les parties prenante seraient à égalité. Le modèle de gouvernance proposé est proche de celui des fondations qui gèrent les collèges de Cambridge et d'Oxford. Elles sont un succès, mais est-ce un modèle légitime pour des sociétés cotées qui disposent d'un actionnariat de contrôle?

B) *Une vision naïve et dangereuse.*

28. La vision selon laquelle les grandes sociétés devraient agir dans l'intérêt collectif est naïve (I) et, malheureusement comme souvent dans ce cas, dangereuse (II).

1°) *Une vision naïve.*

29. Cette vision est naïve car il est illusoire de penser qu'une société puisse modifier son *business model* pour assurer le respect des droits sociaux ou environnementaux. La société serait schizophrénique. Prenons quelques exemples.

Dans le cas de Facebook, l'actionnaire de contrôle n'a pas intérêt à réduire la commercialisation des informations relatives à la vie privée de ses clients, qui sont en réalité plutôt de ses «produits», puisque cela affecterait ses bénéfices.

Dans le cas de la société Uber, qui propose des services de mobilité urbaine, son *business model* officieux est la destruction des salariés remplacés par des «entrepreneurs» afin d'échapper aux contraintes du statut de salarié et aux charges sociales. Le «licenciement» se limite à couper l'accès à l'application. Il est difficile de croire que la société modifiera son *business model* volontairement car elle détruirait sa raison d'être.

Le *business model* de Ryanair, compagnie aérienne à bas coût, est fondé sur la mise en concurrence du droit du travail de tous les Etats membres de l'Union européenne. Les salariés sont soumis au contrat de travail de l'Etat le moins disant en matière de protection sociale.

Quant au *business model* d'Amazon, il implique le renforcement d'une position dominante dans le commerce en ligne et la destruction du commerce de détail. Les salariés de ces activités sont embauchés comme magasiniers dans des centres de distribution, avant d'être remplacés à terme par des robots ...

Vouloir imposer à ces sociétés de changer leur *business model*, en modifiant la définition de l'intérêt social, pour les obliger à réaliser le bien commun est naïf. Elles ne peuvent servir deux maîtres à la fois: le profit et l'intérêt général.

Cette approche empêche de réfléchir aux véritables solutions. Il appartient au pouvoir politique de réglementer ces entreprises en adaptant d'urgence le droit de la concurrence à cette nouvelle réalité, comme le fit Theodore Roosevelt en son temps. Il leur appartient aussi de mieux protéger la vie privée des citoyens. Tout cela demande du courage politique... Le problème est là.

2°) *Une vision dangereuse.*

30. Pire encore, l'approche par l'intérêt collectif est dangereuse. En effet, elle a pour conséquence logique de donner le pouvoir aux dirigeants plutôt qu'aux actionnaires, ce qui renforce le problème déjà noté par Berle et Means. De plus, si les grandes entreprises cotées sont chargées d'agir dans l'intérêt général ou dans l'intérêt collectif, le pouvoir dans l'entreprise doit appartenir à l'Etat et aux fonctionnaires. Le risque est grand dans un pays comme la France marquée par une forte tradition centralisatrice et colbertiste d'assister à une «renationalisation» sans indemnisation des grandes sociétés cotées. Les partisans de ce changement d'approche, en dehors d'associations activistes, sont souvent des fonctionnaires ou anciens fonctionnaires travaillant dans des entreprises publiques, ou anciennement publiques, ou encore des entreprises vivant de commandes de l'Etat. Les ONG demanderont une place dans la gouvernance des entreprises cotées. Elles le font déjà et soutiennent déjà pour certaines

l'adoption volontaire d'un comité des parties prenantes, indépendant du conseil d'administration³¹. Qui peut penser qu'elles n'exigeront pas d'y exercer en fait, un véritable pouvoir de décision ?

Les conséquences économiques de cette approche ne sauraient être favorables et constituent en réalité une remise en cause radicale du système capitaliste globalisé.

4. Conclusion.

31. L'élargissement de la notion d'intérêt social pour prendre en compte les enjeux sociaux et environnementaux marque un manque de confiance à l'égard des entreprises, des dirigeants et des actionnaires, et finalement un rejet de l'auto-régulation en France. Cela n'est pas surprenant dans un pays de tradition centralisatrice, forte et ancienne, que l'Etat est la solution à tous les problèmes. La crise du Coronavirus a d'ailleurs, sans surprise, relancé les appels en France à plus d'influence de l'Etat dans l'économie et sur les grandes sociétés cotées. Pourtant, nombre d'entreprises, notamment dans des secteurs polluant comme l'énergie, affichent leur conscience environnementale, ne fût-ce que pour éviter d'être exposée au pilori médiatique et des réseaux sociaux. Il n'est donc pas certain que cette législation était véritablement nécessaire.

La réforme ne sera cependant pas sans conséquences sur les entreprises françaises. Certes, le risque de responsabilité juridique est sans doute réduit. De ce point de vue, la réforme constitue beaucoup de bruit pour rien. Toutefois, elle obligera les sociétés les plus concernées par les enjeux sociaux et environnementaux à établir des processus plus contraignants et bureaucratiques pour bien documenter la prise en compte de ces enjeux. Quant aux petites entreprises, leur soumission à l'article 1833 alinéa 2 du Code civil ne devrait avoir qu'un impact limité sur leur organisation et leur comportement.

Malgré cet impact sans doute limité de la réforme d'un point de vue juridique, la réforme pourrait affecter l'attractivité du droit français des sociétés. En effet, la modification de l'article 1833 du Code civil a une portée symbolique et vise à envoyer un message. Malheureusement, il risque d'être entendu au-delà des frontières³².

³¹ N. CUZACQ, *La RSE sur le frontispice du droit des sociétés: un roi sans couronne?*, in *Mélanges Alain Couret*, 2019.

³² V. aussi, A. COURET, *La réforme de l'entreprise passe-t-elle nécessairement par une réécriture du Code civil?*, *Revue des sociétés*, n° 11, Novembre 2018, 643, n° 29.

L'approche française risque de coûter cher en termes d'image, notamment à l'égard des investisseurs étrangers dans des sociétés non cotées. En effet, elle créera un risque juridique même si les juges français se montreront probablement timides. En ce qui concerne les sociétés françaises cotées, elles seront soumises à une contrainte qui ne s'appliquera pas à leurs concurrents étrangers, européens, américains ou asiatiques. Dans un monde globalisé, il n'est pas possible de se retirer sur un Aventin.