

Intérêt social et raison d'être

Considérations sur deux dispositions clés de la loi PACTE amendant le droit commun des sociétés

Par Alain PIETRANCOSTA

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne

La loi du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi PACTE, affiche ouvertement l'ambition de « repenser la place des entreprises dans la société ». À côté de la création du label particulier « société à mission », elle apporte, en son article 169, deux modifications importantes du droit commun français des sociétés : l'une impérative, l'autre optionnelle. La première incorpore à l'article 1833 du Code civil un second alinéa pour disposer qu'une société « est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». Si l'on peut estimer que cet ajout n'est pas de nature à emporter de bouleversements de notre conception de l'intérêt social, il suscite néanmoins un certain nombre d'interrogations irritantes quant à ses implications juridiques et pratiques. La seconde introduit la faculté pour les sociétés d'insérer dans leurs statuts une « raison d'être ». Si l'usage observé de cette pratique peut parfois s'apparenter à un exercice de relations publiques, il n'en comporte pas moins quelques conséquences juridiques significatives qu'il importe d'intégrer.

La loi PACTE du 22 mai 2019 n'ambitionne rien moins que de « repenser la place des entreprises dans la société ». Ses promoteurs affichent l'objectif d'une prise de distance vis-à-vis d'un modèle économique que le Président Emmanuel Macron a qualifié de « capitalisme ultralibéral et financier, trop souvent guidé par le court terme », et la volonté, soulignée par le ministre de l'Économie, Bruno Le Maire, que les entreprises endossent une responsabilité sociétale et prennent toute leur part dans la contribution au bien commun. Loin d'abîmer la compétitivité de nos entreprises, cette orientation repose sur l'idée d'une conciliation – ou réconciliation – de la rentabilité économique à long terme et de l'attention portée aux considérations sociales et environnementales.

Cette ligne de pensée a justifié l'insertion dans la loi PACTE d'une série de dispositions modificatives du droit commun des sociétés, rapidement décrite comme représentative d'une fusée à trois étages : *primo*, la révision de la notion d'intérêt social, imposant expressément la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux liés à l'activité de la société ; *secundo*, la possibilité offerte à toute société d'inscrire dans ses statuts une « raison d'être » ; *tertio*, la faculté conditionnelle pour une

société de faire état de la qualité de « société à mission ». Le particularisme de ce dernier label, qui confine à l'innovation de rupture, et surtout le traitement dédié dont il fait l'objet dans cet article, nous conduisent à cantonner nos observations aux deux premiers apports législatifs précités, incorporés au Code civil, à leur influence plus diffuse ou à leur impact médiatique, en raison, pour le premier, de son impérativité et, pour le second, de l'engouement qu'il paraît susciter auprès de nos grandes entreprises.

La prise en compte impérative des enjeux sociaux et environnementaux dans le cadre de la gestion des sociétés

La loi PACTE modifie l'article 1833 du Code civil, disposition commune applicable à l'ensemble des sociétés françaises, qui se contentait jusque-là d'énoncer qu'une société doit « avoir un objet licite et être formée dans l'intérêt commun des associés ». Elle le complète d'un second alinéa : « La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. »

Cette révision a fait l'objet de vifs débats et d'une large couverture médiatique. Ceux-ci s'expliquent par l'impé-

rativité juridique du texte, sa généralité d'application et sa portée, voire sa charge symbolique, en ce qu'il touche à une disposition faïtière du droit commun des sociétés qui, quasiment inchangée depuis Napoléon I^{er}, constitue l'une des clés de voûte juridiques de notre modèle économique. L'objectif au service duquel est placée cette révision, gravé dans la loi elle-même, à savoir « Repenser la place des entreprises dans la société », pouvait légitimement susciter l'appréhension.

L'idée d'une nécessaire retouche de cet article 1833 plaignait en réalité depuis des années. La crise financière de 2007-2008 l'avait en particulier alimentée, en créant un climat de pensée favorable à la diffusion des doctrines *pro-stakeholders*, en réaction aux excès allégués des doctrines *pro-shareholders*. On assiste là en vérité à un phénomène de cycle doctrinal et réglementaire, dont les racines sont bien plus anciennes et profondes...

Une première proposition fut émise en 2013, contenue dans le rapport de la Commission Attali, « Pour une économie positive », qui invitait à « repenser profondément les objectifs des entreprises » et prônait un modèle multi-fiduciaire renvoyant à « l'intérêt pluriel des parties prenantes ». En 2015, Emmanuel Macron, alors ministre de l'Économie, reprit l'idée de la Commission Attali, dont il était secrétaire général, tout en objectivant la formulation pour renvoyer à l'« intérêt supérieur » de la société respectueux « de l'intérêt général économique, social et environnemental ». Mais la tentative avorta en raison de critiques liées à son opportunité, voire à sa constitutionnalité. Devenu Président de la République, il relança le projet de réforme tout en l'assortissant de travaux de réflexion et d'auditions préalables – BercyLab et rapport Notat-Senard – destinés à accroître les chances de parvenir à un compromis acceptable entre la volonté de maximiser le signal politique de la mesure, qui ne pouvait se manifester qu'au moyen d'une révision du Code civil, et le souhait de minimiser les risques juridiques associés. Ce compromis s'est établi dans les termes susmentionnés, lesquels appellent, de la part du juriste que je suis, un certain nombre de remarques, brièvement exposées ci-après.

Relevons, pour commencer, que le nouvel alinéa de l'article 1833 constitue la première disposition générale imposant la gestion d'une société dans son « intérêt social » – vilaine redondance qui laisserait à penser qu'il existe d'autres intérêts pour une société que son intérêt social. Mais, si la loi PACTE consacre ainsi généralement la notion d'intérêt social, à laquelle la réglementation spéciale opère déjà de nombreux renvois, elle se garde toujours de la définir, suivant en cela la leçon du législateur commercial de 1966, qui avait insisté sur la nécessaire flexibilité de la notion et sa résistance naturelle à tout confinement. L'intention du législateur ressort clairement, en tout cas, celle de reconnaître un intérêt propre à la société prise en tant qu'entité, un intérêt supérieur à celui, particulier, de toutes ses parties prenantes, y compris les associés. La succession des deux alinéas suivants – la société est formée dans l'intérêt des associés ; elle est gérée dans son intérêt social, lequel incorpore des considérations sociales et environnementales – conforte l'interprétation.

À la vérité, le nouveau texte traduit largement la jurisprudence française, favorable à une conception ouverte de l'intérêt social, et donc, non réduite, contrairement à ce qui a souvent été allégué au cours des débats, à la maximisation de la valeur actionnariale. Aucun juge français, à notre connaissance, n'a jamais condamné un dirigeant social faute d'avoir maximisé la valeur actionnariale.

Moins explicite, mais sous-jacente, apparaît l'association dans l'esprit du législateur de l'intérêt propre de la société et du long terme. Le renvoi aux considérations sociales et environnementales apparaît même conçu pour intégrer l'horizon long dans le processus de décision sociale. Le long terme serait aujourd'hui devenu un impératif de court terme, et de vanter le capitalisme patient, sur le modèle rhénan. Reste que la chose en fait et en droit est moins assurée. Sans même évoquer les sociétés qui ne possèdent pas d'objet inscrit dans la durée, et l'existence d'enjeux sociaux et/ou environnementaux de court terme, les décisions sociales résultent souvent d'arbitrages intertemporels dont le respect mérite, en principe, d'être garanti.

Observons ensuite que l'allusion à la **prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux** est en soi plus innovante et, partant, soulève un certain nombre d'interrogations.

Certaines concernent son **champ d'application**, qui peut en opportunité être considéré comme trop étroit, sous un certain jour, et trop large, sous un autre. Trop étroit, d'abord, en ce que le texte ne s'applique qu'aux sociétés. Pourquoi cette restriction ? Pourquoi ne pas inclure toutes les formes d'entreprises, collectives, mais aussi individuelles, voire viser d'autres contrats économiques ? La raison de cette limitation n'a jamais été exposée. Pire encore, les débats ont révélé un degré élevé de confusion entre les termes « sociétés » et « entreprises »... Rappelons que la Charte de l'environnement, telle qu'interprétée par le Conseil constitutionnel, soumet déjà toute personne à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement. Trop large, à l'inverse, en ce que la réforme atteint toutes les sociétés, indépendamment de leur taille ou de la matérialité de leur impact social ou environnemental. Alors que les dispositions sur la RSE ne visent traditionnellement que les grandes entreprises et se limitent à des obligations de transparence, voici que des millions de PME entrent dans le champ d'une disposition imposant une obligation substantielle de type social et environnemental.

Mais ce sont naturellement **les implications juridiques et pratiques de la réforme** qui ont suscité et continuent de susciter le plus d'inquiétudes, tant elles apparaissent incertaines et délicates à déterminer *a priori*. Il est difficile pour l'heure d'évaluer la mesure dans laquelle l'état du droit positif, de même que les pratiques, se trouvent modifiés.

L'on peut certes anticiper que la réforme n'emportera pas à cet égard de bouleversements. Les éléments de stabilité sont forts, qui tiennent essentiellement au maintien en l'état de l'objet légal des sociétés, formulé à l'article 1832 du Code civil, cœur de la définition même d'une société, consistant principalement à réaliser des profits et

à les partager entre associés ; ainsi qu'à celui du pouvoir des associés, auxquels revient la charge exclusive de conduire le destin de la société, et, éventuellement, de l'interrompre.

Reste que cette prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux de l'activité sociale est désormais expressément mentionnée et se présente sous les traits d'une obligation. Et cela en dépit des sorties de ses défenseurs, qui n'ont eu de cesse d'indiquer que cette mention ne créait pas d'obligation nouvelle, mais était plutôt destinée à apporter un confort juridique aux entreprises développant des activités de type social et environnemental. Une vision en partie démentie par les efforts déployés au cours des débats pour atténuer cette nouvelle contrainte normative, comme le remplacement, à l'invitation du Conseil d'État, des mots « en considérant » par l'expression « en prenant en considération » ou la désactivation de la nullité au cas d'actes et délibérations contraires au nouvel alinéa 2 de l'article 1833. Quant au droit des sociétés anonymes, mais lui seul, pour une raison non explicitée, il incombe expressément aux organes de direction – le conseil d'administration, pour les sociétés monistes, et le directoire, pour les sociétés dualistes – de déterminer les orientations de l'activité sociale et de veiller à leur mise en œuvre, conformément à l'intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité.

Le sens et la portée de cette prise en considération ont vocation à être définis incrémentalement au gré des pratiques sociétaires, dans un premier temps, qui se cherchent un peu actuellement, et, éventuellement, de l'interprétation judiciaire, dans un second temps. La clarification prendra donc du temps. Lorsqu'ils seront saisis, on peut escompter des juges qu'ils fassent du texte une lecture sinon minimaliste, du moins raisonnable. Sur le papier, la loi PACTE introduit en effet une exigence légère : prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux liés à l'activité de la société. Il en résulte une obligation *ex ante*, pesant principalement sur les dirigeants, de s'informer sur ces enjeux et de documenter leur prise en considération. Celle-ci sera sans doute adaptée en fonction de l'impact social et environnemental de la société en cause. Au-delà de cet aspect procédural, il restera à trancher la délicate question de la portée matérielle ou substantielle de cette contrainte. On n'imagine pas qu'elle puisse conduire à l'interdiction pour une entreprise de fermer une usine ou pour un fabricant d'alcool, de tabac ou d'armes de poursuivre son activité. L'intérêt de l'entité dans son ensemble doit demeurer prioritaire et l'on ne saurait l'obliger à prendre des décisions qui mettraient en péril sa compétitivité, et encore moins sa viabilité. Le test ultime sera de savoir si, après avoir examiné les questions sociales et environnementales, une société demeure totalement libre de ses mouvements ou s'il est nécessaire, en présence d'options équivalentes, de retenir celle qui minimise les effets externes négatifs pour la société et l'environnement.

Les enjeux sont ici majeurs, en ce qu'ils touchent aux risques liés à l'immixtion des tiers et des juges dans les

affaires sociales, au caractère invasif pour les droits et libertés fondamentaux d'une disposition qui commanderait à une personne privée d'agir, même partiellement, sur délégation de l'État, dans l'intérêt de la collectivité ou même dans l'intérêt de la nature, lorsqu'elle n'a pas accepté de le faire et sans définir précisément ses obligations à cet égard. On peut aussi s'inquiéter des risques d'instrumentalisation d'une disposition interprétée trop largement, en particulier dans les grandes sociétés non contrôlées sur le plan capitalistique, par des groupements activistes très orientés « social » et « environnemental » à l'encontre d'une gestion prétendument court-termiste. Ce d'autant plus qu'à la différence du droit américain ou anglais, le droit français ne paralyse pas la faculté de toute personne ayant intérêt à agir d'engager des actions en responsabilité civile à l'encontre d'une société et de ses dirigeants ; ne formalise pas le ménagement aux dirigeants diligents et de bonne foi d'une marge de manœuvre dans leurs choix de gestion, au travers d'une notion équivalente à la « *business judgment rule* » ; et que la neutralisation du risque de nullité opérée par la loi PACTE demeure incomplète. On peut, à l'inverse, redouter l'usage que pourraient en faire certains dirigeants sociaux dans le but de renforcer leur position vis-à-vis d'actionnaires jugés trop exigeants en termes de performance économique, à l'instar des *constituencies statutes* adoptés aux États-Unis dans les années 1980 pour contrer la vague d'OPA hostiles.

Aussi peut-on espérer qu'une autre interprétation prévale, fondée sur l'idée qu'il est par principe dans le meilleur intérêt de la société et de ses associés de prendre en compte les enjeux sociaux et environnementaux. On peut effectivement craindre qu'une société qui s'est donné un objet de long terme ne handicape son propre développement en négligeant des enjeux sociaux et environnementaux jugés de plus en plus importants par ses salariés, clients et partenaires. Ce ne serait donc que si cette prise en compte était favorable à l'intérêt social global qu'elle devrait être suivie d'effets. L'interprétation est en ligne avec l'amendement parlementaire ayant cherché à reconnecter la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux et l'intérêt social, en substituant une virgule à la conjonction « et » qui les séparait dans le texte initial. Mais s'il est vrai qu'une certaine convergence des intérêts catégoriels est supposée exister sur le long terme, l'épreuve des faits invite à la nuance et les impératifs de gestion à des arbitrages parfois délicats...

La nouvelle faculté d'inscrire une raison d'être dans ses statuts

Le même article de la loi PACTE complète l'article 1835 Code civil d'une phrase indiquant que les statuts d'une société peuvent préciser sa « raison d'être ». C'est donc une option qui est ici offerte aux sociétés françaises.

Il fut un temps où la raison d'être d'une société faisait peu de doute : la recherche de l'avoir valait raison d'être. Aujourd'hui, cette justification apparaît – ou réapparaît – presque provocatrice, à tout le moins insuffisante. Comme l'indiquent les travaux préparatoires, il importe de donner « du sens à l'objet collectif qu'est l'entreprise »,



Photo © ATOS SE 2019

Le siège social de la société Atos, à Bezons (Val d'Oise).

« Atos fut ainsi la première à inscrire dans ses statuts une raison d'être, consistant à "contribuer à façonner l'espace informationnel" ».

exprimer pour celui-ci « un futur désirable », poursuivre « une recherche de cohérence », décrire « l'identité et la vocation de l'entreprise », « un dessein, une ambition, ou toute autre considération générale tenant à l'affirmation de ses valeurs ou de ses préoccupations de long terme ». On admettra d'emblée que ce nouveau concept juridique présente un caractère relativement brumeux, « nougateur », a même dit un parlementaire. En dépit de la recommandation de précision du Conseil d'État, il fut seulement ajouté, par voie d'amendement, que cette raison d'être est « constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité ». Il est piquant de noter que, au moment où l'on commence à parler d'automatisation et d'intelligence artificielle appliquées à la gouvernance des entreprises, le législateur invite les sociétés à procéder à un exercice d'introspection de type psychologique, voire psychanalytique, afin d'approcher leur raison d'exister et dépeindre leur surmoi...

La pratique atteste en tout cas d'un certain intérêt pour ce nouvel objet juridique non identifié, en particulier dans les grandes sociétés. Atos fut ainsi la première à inscrire dans ses statuts une raison d'être, consistant à « contribuer à façonner l'espace informationnel ». Chez Veolia Environnement, elle est résumée par la formule « ressourcer le monde » ; chez Carrefour, à « être leader de la transition alimentaire pour tous » ; chez Michelin à « offrir à chacun une meilleure façon d'avancer » ; chez Total, à « fournir au plus grand nombre une énergie plus abordable, plus disponible et plus propre » ; chez Sanofi, à « prévenir, soigner et guérir le plus grand nombre de patients » ; chez Safran, à « contribuer durablement à un accès au ciel plus libre,

plus confortable, plus sûr et plus propre » ; chez PSA, à « assurer la liberté de mouvement en assurant une mobilité plus sûre, durable, agréable et accessible, au plus grand nombre ». La définition d'une raison d'être apparaît *a priori* plus aisée pour une entreprise mono-activité que pour un conglomérat...

Un esprit cynique pourrait réduire cet exercice à un concours Lépine de vertus en vogue, un catalogue de bonnes intentions et de slogans. L'homme de loi doit pour sa part s'interroger sur la portée juridique de ces déclarations publiques. Fondamentalement, la raison d'être ne saurait, à notre sens, constituer une finalité concurrente de celle, lucrative, pour laquelle la société est conçue ; elle est plutôt une description de la manière dont la société entend se comporter pour atteindre cet objectif. Ce qui devrait *a priori* placer les sociétés cotées contrôlées qui décident de s'y référer à l'abri d'une demande d'offre publique de retrait de la part des minoritaires récalcitrants.

Il ne faut pas en conclure, pour autant, qu'elle est dépourvue d'effets juridiques spécifiques. L'un d'eux est expressément formulé en matière de SA (société anonyme), où il est précisé que le conseil d'administration est tenu, dans l'exercice de ses fonctions, de prendre en considération la raison d'être de la société (L. 225-35 Code de commerce). On notera ici que le législateur n'a pas pris soin, étonnamment, de désactiver l'annulation des actes et délibérations sociales en cas de non-prise en considération de cette raison d'être. Au-delà des SA, des actions en responsabilité civile et des révocations de dirigeants pour méconnaissance de la raison d'être sociale sont toujours envisageables. La question se posera également de l'obligation

d'associer à sa définition le comité social et économique. L'ampleur des risques juridiques dépendra finalement de la précision de la définition de la raison d'être. Les pratiques sont sur ce point assez variées.

Compte tenu des effets de droit attachés à l'inscription d'une raison d'être dans les statuts d'une société, l'usage de raisons d'être extra-statutaires pourrait être sujet à critique. D'aucuns pourraient voir d'un mauvais œil que des sociétés, la majorité pour le moment, affichent une raison d'être afin de profiter de l'effet d'image s'y rattachant, sans pour autant l'incorporer dans leurs statuts avec l'assentiment de l'assemblée générale de leurs actionnaires et s'exposer aux risques juridiques particuliers qui en découlent. Faute pour les sociétés ayant joué le jeu légal de profiter d'un effet *signalling* particulier, la bonne information du marché et la concurrence loyale entre entreprises pourraient ne pas y trouver leur compte.

Bibliographie

Rapports

NOTAT N. et SENARD J.-D. (2018), « L'entreprise, objet d'intérêt collectif ».

CLUB DES JURISTES (2018), « Le rôle sociétal de l'entreprise – Éléments de réflexion pour une réforme », avril.

Articles

COURET A. (2017), « Faut-il réécrire les articles 1832 et 1833 du Code civil ? », D. 2017, p. 222.

GROSSI I. (2019), « L'intérêt social élargi, quel(s) intérêt(s) », *Journal des sociétés*, n°172, avril, p. 13.

LUCAS F.-X. (2018), « L'inopportune réforme du Code civil par la loi PACTE », *Bull. Joly Soc.*, n°118z0, septembre, p. 477.

PORACCHIA D. (2019), « De l'intérêt social à la raison d'être des sociétés », *Bull. Joly Soc.*, n°119w8, juin, p. 40.

ROUSSILLE M. (2019), « Projet de la loi PACTE : quel impact ? Réflexions sur la consécration de l'intérêt social et de la raison d'être de la société », *Dr. sociétés* 2018, étude 10.

SCHMIDT D. (2019), « La loi PACTE et l'intérêt social », D. 2019, p. 633.

TADROS A. (2019), « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », D. 2018, p. 1765.

VIANDIER A. (2019), « La raison d'être d'une société » (C. civ., art. 1835), *BRDA* 10/19 inf. 30.

Dossier « La réécriture des articles 1833 et 1835 du Code civil, révolution ou constat », *Rev. sociétés* 2018, pp. 551 et s.