



HAL
open science

Responsabilité sociale des entreprises (RSE) et objet social

Yvonne Muller-Lagarde

► **To cite this version:**

Yvonne Muller-Lagarde. Responsabilité sociale des entreprises (RSE) et objet social. René De Quenaudon, Kathia Martin-Chenut La RSE saisie par le droit, Pedone, 2016. <hal-01743293>

HAL Id: hal-01743293

<https://hal.science/hal-01743293v1>

Submitted on 26 Mar 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization



RSE et intérêt social

Yvonne Muller¹

« 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 ».

Ainsi amendé dans le rapport Attali de 2013², l'article 1833³ du Code civil traduit la volonté d'une « révolution positive de l'économie » obligeant de repenser profondément les objectifs des entreprises⁴. Faisant écho à la proposition de l'association Sherpa d'intégrer les obligations sociétales et environnementales dans le contrat de société de l'article 1832 du Code civil⁵, et repris à l'occasion du projet de loi pour la croissance et l'activité⁶ de 2014 (dit « projet de loi Macron »), l'amendement⁷ n'a pas été retenu dans le texte de loi final du 6 août 2015 relatif à la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques⁸.

1. RSE et objet social

Pourtant, l'objectif d'inscrire la triple mission sociale, environnementale et économique de l'entreprise dans sa définition même⁹ et de dépasser ainsi sa finalité strictement financière, participe d'une nouvelle approche de la notion d'entreprise, portée par le mouvement de responsabilité sociale des entreprises (RSE) depuis plus d'une trentaine d'années. L'émergence d'entreprises transnationales dont la puissance financière et politique

¹ Maître de conférences à l'Université Paris Ouest Nanterre, co-Directrice du Centre de droit pénal et de criminologie (CDPC), Administrateur de la Compagnie des conseils et experts financiers (CCEF).

² Rapport J. Attali, *Pour une économie positive, proposition n° 1*, p. 79, La Documentation française, 2013.

³ Dans sa rédaction actuelle, l'art. 1833 du Code civil dispose que : « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés ».

⁴ Proposition n°1 du Rapport Attali, préc.

⁵ Y. Queinec et W. Bourdon, *Réguler les entreprises transnationales, 46 propositions*, Association Sherpa, 2010, proposition n° 1. Serait ajouté à l'article 1832 du Code civil (qui définit le contrat de société), l'alinéa suivant : « les associés s'engagent à satisfaire aux exigences sociales et environnementales que la poursuite durable et responsable de l'activité encadrée implique ».

⁶ Assemblée nationale, projet de loi n° 2447 du 11 décembre 2014.

⁷ Il s'agissait, plus exactement, de deux amendements identiques respectivement n° 1555 (rejeté) du 22 janvier 2015 et n° 2314 du 23 janvier 2015 (retiré).

⁸ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « Loi Macron ».

⁹ Selon les propos du député, secrétaire de la Commission des lois, Alain Touret, lors des débats parlementaires, séance du vendredi 13 février 2015.

concurrence celle des États oblige, dans une économie financière globale, à dépasser les frontières public-privé, les entreprises transnationales ne pouvant plus séparer leurs intérêts privés de leur impact public¹⁰, comme l'a brutalement rappelé la crise économique de 2008.

L'enjeu, qui participe d'une révolution, est alors « de repenser la nature et les finalités de l'entreprise en rapport avec l'intérêt général¹¹ » l'obligeant à combiner l'intérêt des actionnaires de maximisation de la valeur avec les intérêts sociétaux (écologiques, sociaux) des autres parties prenantes.

Les textes sont nombreux qui vont en ce sens, qu'il s'agisse du Pacte mondial (*Global compact*) des Nations Unies (2000), qui à travers dix principes auxquels les entreprises sont invitées à adhérer, promeut « L'entreprise citoyenne de l'économie mondiale », des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales (1976, mise à jour en 2011) qui posent des normes non contraignantes pour une conduite raisonnable des entreprises dans un environnement mondialisé, et les invitent « à contribuer aux progrès économiques, environnementaux et sociaux en vue de parvenir à un développement durable » (§ II, A, 1), ou encore, sur le plan national, les lois issues du Grenelle de l'environnement.

Véritable objet de recherches et réflexions académiques, l'entreprise « dans un monde sans frontières¹² », analysé comme « point aveugle du savoir¹³ », doit être « refondée¹⁴ » afin d'être responsable des effets qu'elle exerce sur la société¹⁵. La RSE vient saisir l'entreprise dont aucun aspect, aucune activité ne semble désormais pouvoir ou, du moins, devoir échapper aux exigences sociétales : les investissements, les restructurations, la comptabilité, la gouvernance, le dialogue social, les délocalisations, les conditions de travail, etc. Mais, parce que la RSE vient en quelque sorte compenser l'impuissance des États à produire un droit de la responsabilité des entreprises transnationales¹⁶, l'entreprise sommée d'intégrer de nouveaux objectifs sociétaux, devient la cible des normativités émergentes de la

¹⁰ A. Hatchuel, « Gestion publique, gestion privée, supplément économique », *Le Monde*, 10 février 2009.

¹¹ M. Capron et F. Quaire-Lanoizelée, *L'entreprise dans la société, Une question politique*, La découverte, 2015, p. 9.

¹² A. Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières, Perspectives économiques et juridiques*, Dalloz, 2015.

¹³ B. Segrestin, B. Roger et S. Vernac (dir.), *L'entreprise, Point aveugle du savoir*, colloque de Cerisy, éd. Sciences humaines, 2014.

¹⁴ B. Segrestin et A. Hatchuel, *Refonder l'entreprise*, Seuil, 2012.

¹⁵ Selon la définition de la Commission européenne dans sa communication du 25 octobre 2011, § 3.1.

¹⁶ J.-Ph. Robé, in E. Mazuyer, « Faut-il faire une évaluation sociale des entreprises ? », *Rev. Droit du travail*, 2010, p. 413.

mondialisation¹⁷ qui, dans le cadre d'une compétition mondiale, ambitionnent de définir les règles de la nouvelle « entreprise citoyenne ». Ainsi, les outils visant à l'intégration de la RSE dans l'entreprise sont multiples et comprennent des codes d'éthique ou codes de conduite, des chartes, avis, principes, labels, recommandations, déclarations, lignes directrices, loi, et dont l'adoption peut aussi bien relever d'une démarche spontanée de l'entreprise, à l'image du Pacte mondial des Nations Unies, que de la contrainte comme l'obligation, en France, d'un *reporting* extra financier¹⁸ pour les entreprises les plus importantes.

C'est dans ce contexte d'enchevêtrement de normes visant à redéfinir la mission de l'entreprise afin qu'elle s'approprie les enjeux de la RSE, qu'ont émergé les propositions d'une « nouvelle option juridique¹⁹ », visant à redéfinir les statuts de la société afin de faire « monter la RSE dans l'objet social statutaire²⁰ ». Concrètement, l'objectif traditionnel de la société tel que défini dans les statuts²¹ est le « partage du bénéfice²² » (art. 1832 C. civ.) dans « l'intérêt commun des associés » (art. 1833 C. civ.), la part de chacun des associés étant déterminée à proportion de sa participation dans le capital social²³ (art. 1844-1 C. civ.). Aux fins d'intégrer les objectifs de la RSE dans les statuts, serait acté, par un élargissement légal de l'objet social, que la société doit être gérée dans l'intérêt de toutes les parties prenantes et non pas dans le seul intérêt financier des actionnaires, donnant naissance à une nouvelle forme de société, appelée « société à objet social étendu » ou SOSE²⁴. La redéfinition de l'article 1833 du Code civil (ou de l'article 1832 du Code civil) participerait de ce mouvement qui, d'ores et déjà, a trouvé un écho à l'étranger. Ainsi, les droits des sociétés belge, anglais ou américain ont prévu la création de sociétés dont l'objet social est tourné, en toute ou partie, vers des finalités sociales²⁵.

L'intérêt immédiat d'une société à objet social étendu serait de donner au dirigeant social le support juridique (par la définition légale élargie de l'objet social) à des actes de gestion qui seraient, au-delà de considérations financières, motivés par des objectifs environnementaux ou sociaux. Serait

¹⁷ K. Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme, Les normativités émergentes de la mondialisation*, Thémis, 2015.

¹⁸ V. terme thésaurus « reporting » : www.rse.cnrs.fr

¹⁹ B. Segrestin et A. Hatchuel, *Refonder l'entreprise*, op. cit., p. 106.

²⁰ B. Dondero, « Vers la société-association ? », *Bull. Joly Sociétés*, 1^{er} janv. 2012, p. 1.

²¹ L. Nurit-Pontier, « L'inscription statutaire, vecteur juridique de RSE », *Rev. Sociétés*, 2013, p. 323.

²² L'art. 1832 du Code civil prévoit également, outre le partage du bénéfice, la réalisation d'une économie (« profiter de l'économie » qui pourra résulter de la société).

²³ Sauf clause contraire, à l'exclusion toutefois de toute clause (alors réputée non écrite) qui attribuerait la totalité des profits à l'un des associés, ou qui l'exclurait totalement du profit.

²⁴ B. Segrestin et A. Hatchuel, *Refonder l'entreprise*, op. cit., p. 107.

²⁵ V. sur ce point, D. Poracchia, *Regard sur l'intérêt social*, op. cit.

QUI REpond ?

ainsi autorisée une « gestion plus libre, dégagée du seul critère de la rentabilité financière²⁶ ». L'intérêt à plus long terme est l'image positive qu'elle véhicule pour la réputation de la société.

Mais cela pourrait conduire à un nouveau paradigme de la responsabilité civile du dirigeant social. En effet, la définition statutaire de l'objet social fixe les limites des pouvoirs d'agir consentis par les associés aux dirigeants, les actes du dirigeant dépassant l'objet social étant inopposable à la société. Or, dans une société à objet social élargi, le dirigeant pourrait se voir reprocher une faute de gestion, non pas dans le simple fait de dépasser le cadre des activités autorisées pour la sociétés, mais aussi dans le fait de n'avoir pas contrôlé la conformité de l'acte de gestion aux engagements RSE. Cela rendrait les limites des pouvoirs d'agir particulièrement mouvantes car susceptibles d'évoluer avec le champ même de la RSE. Non seulement l'appréciation par les associés de la conformité de l'acte serait difficile, voire impossible à évaluer²⁷, mais cela ferait en outre peser une incertitude – inacceptable – sur la faculté des dirigeants d'engager juridiquement la société²⁸. En outre et surtout, un tel élargissement statutaire participerait d'une remise en cause de la finalité originelle de la société rendant ainsi « la bienfaisance obligatoire²⁹ ». De fait, l'intérêt commun des associés de retirer sa part légitime dans l'enrichissement social constitue le fondement même de la société et donne sens à l'*affectio societatis*, sans lequel la société ne se conçoit pas, ou plus³⁰. Ripert n'écrivait-il pas « la société est créée pour réaliser des bénéfices. C'est par cette fin que le groupement se caractérise. S'il était désintéressé, il serait association et non société³¹ », d'où sans doute la récente mise en garde d'un auteur rappelant, à propos de l'objet social étendu, que « les actionnaires choisissent librement d'apporter leurs capitaux, et que laisser entendre que la société n'en est pas véritablement une, mais une "société-association" pourrait les faire fuir » et de conclure, « la société, si elle n'est plus la société, aura-t-elle encore des associés³² ? ».

Il nous semble qu'en réalité, si elle veut rester cohérente au regard de la construction juridique de la société, la question de l'intégration de la RSE dans la société doit prendre pour « véhicule », non pas l'objet social, mais l'intérêt social.

²⁶ L. Nurit-Pontier, *L'inscription statutaire, vecteur juridique de RSE*, *op. cit.*

²⁷ *Idem.*

²⁸ En ce sens mais sur une autre question, E. Schlumberger, « Réaffirmation d'une conception large de l'objet social », note s/com. 8 oct. 2013, *Rev. sociétés*, 2014, p. 313.

²⁹ B. Dondero, « Vers la société-association ? », art. cité.

³⁰ D. Schmidt, « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme », *Joly*, n° 4, 2004, p. 3.

³¹ G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951, p. 82, § 34.

³² B. Dondero, « Vers la société-association ? », art. cité.

2. RSE et intérêt social

L'intérêt social ne doit pas être confondu avec l'objet social et oblige, de ce fait, à poser le débat sur l'intégration de la RSE dans la société en des termes différents. En effet, si l'objet social peut être défini comme l'ensemble des activités déterminées par les statuts qu'une société peut exercer, autrement dit « son programme statutaire³³ » exercé conformément à l'intérêt des actionnaires, l'intérêt social traduit, au-delà de l'approche contractuelle mais aussi institutionnelle de la société, l'intérêt supérieur de l'entreprise, entendu comme entité économique ayant des finalités propres et distinctes de celles de ses seules actionnaires³⁴. Ainsi entendu, l'intérêt social, qui vise à assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise, se fait l'écho de la « stakeholders theory³⁵ » ou « théorie des parties prenantes », qui considère que l'entreprise n'est pas uniquement fondée sur les intérêts particuliers de ses actionnaires mais doit également prendre en compte celui de toutes les parties prenantes, c'est-à-dire celles qui sont directement ou indirectement intéressées par les activités de l'entreprise³⁶. Il reste qu'ainsi entendue, la notion d'intérêt social peine encore à trouver un écho en jurisprudence.

D'une façon générale, le dirigeant social, qui ne doit pas être en situation de conflit d'intérêts, doit agir dans le seul intérêt de la société et trouve, dans celui-ci, les finalités et limite de son action. La notion d'intérêt social ne figure dans le droit des sociétés que de manière détournée³⁷, faute d'une disposition générale la consacrant ; elle est notamment posée comme une limite aux pouvoirs du gérant d'une SARL et d'une SNC. S'agissant du droit pénal, la notion d'intérêt social, entendu comme « l'intérêt de la société », est au cœur des deux délits d'abus de biens et de crédit sociaux d'une part et d'abus de pouvoirs d'autre part qui tous deux³⁸ sanctionnent d'une façon générale le fait, pour le dirigeant social, de faire soit un usage des biens ou crédit sociaux, soit un usage des pouvoirs, contraire à l'intérêt de la société et dans son intérêt personnel étant précisé que l'interprétation jurisprudentielle

³³ F. Pasqualino et V. Pasqualino-Salerno, « Le crépuscule de l'objet social », note s/com. 12 déc. 2006, *Rev. sociétés*, 2007, p. 346.

³⁴ Définition proposée, dès 1995, par le rapport M. Viénot sur *Le conseil d'administration des sociétés cotées*, AFEP/CNPF, 1995, p. 8 qui retient que « sans conduire à méconnaître le marché, régulateur de la vie économique », le respect de l'intérêt social doit être le seul souci des administrateurs.

³⁵ F.-G. Trébulle, « Stakeholders Theory et droit des sociétés (deuxième partie) », *Bull. Joly sociétés*, 1^{er} janv. 2007, p. 7.

³⁶ M. Bonnafous-Buchet et J. Dahl Rendtorff, *La théorie des parties prenantes*, La Découverte, 2013, p. 18 et s.

³⁷ V. les art. L. 221-4, L. 223-18 (renvoyant à l'art. L. 221-4), L. 233-3 ; ég. L. Nurit-Pontier, « L'inscription statutaire, vecteur juridique de RSE », art. cité.

³⁸ Art. L 241-3, 4^o et L. 242-6, 3^o du Code de commerce.

du délit tend à ramener sa caractérisation à la seule contrariété de l'acte de gestion à l'intérêt social³⁹.

Faute d'une définition légale, l'intérêt social, pourtant destinée à guider l'action du dirigeant social, reste une sorte de « standard, notion à contenu variable, notion plastique ou encore concept mou⁴⁰ » dont la définition est laissée à l'appréciation souveraine des juges combinée avec les positions doctrinales. Son évolution montre que la définition adoptée reste étroitement dépendante de la vision de l'entreprise alors dominante⁴¹. Ainsi, dans les années 1960, marquées sur le plan politique par la recherche d'une troisième voie entre capitalisme et socialisme, émerge une vision large de l'intérêt social défini comme l'intérêt de l'entreprise, celui-ci englobant l'intérêt des associés, l'intérêt des créanciers, salariés et autres partenaires de l'entreprise. Cette définition se fait alors l'écho des doctrines sociales visant à concilier le capital et le travail, à l'image de la théorie institutionnelle de Paul Durand, approfondie par celle de Michel Despax⁴² et relayée par l'école de Rennes, à travers notamment les travaux de Jean Paillusseau⁴³. Elle trouve un écho en jurisprudence, pour le droit commercial dans l'arrêt *Fruehauf* de la Cour d'appel de Paris du 22 mai 1965⁴⁴ présenté comme intégrant l'intérêt des travailleurs dans la logique sociétaire. Pour le droit pénal, les années 1960 correspondent à l'application soudaine par les tribunaux du délit d'abus de biens sociaux, qui depuis sa création en 1935, n'était quasiment pas appliqué. Tout a changé, note un auteur, « avec la transformation de l'économie française, la constitution de sociétés importantes, et surtout de groupes de sociétés⁴⁵ ». La jurisprudence pénale se fait alors l'écho de la doctrine de l'entreprise comme en témoigne un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 5 novembre 1963 jugeant que « le délit d'abus de biens sociaux a été prévu non dans l'intérêt des associés mais pour protéger le patrimoine social dans l'intérêt de la société elle-même et des tiers⁴⁶ » ; Comme le note un auteur, « les tribunaux répressifs placent ainsi l'intérêt

³⁹ L'élément intentionnel étant souvent présumé. V. Y. Muller, « Le délit d'abus de biens sociaux ou la symbolique de l'abus », *Gaz. Pal.*, 19 déc. 2009, n° 353, p. 30 ; ég. « Le droit pénal des conflits d'intérêts », *Droit pénal*, 2012, p. 7 et s., spéc., p. 9.

⁴⁰ D. Poracchia, « Regard sur l'intérêt social », *Revue des sociétés*, 2012, p. 475. Pereira Brigitte, « Fraude et intérêt social : la problématique de l'abus de biens sociaux », *Annales des Mines - Gérer et comprendre*, 3/2013 n° 113, p. 19-29.

⁴¹ G. Goffaux-Callebaut, « Le défi de l'intérêt social », *RTDCom*, 2004, p. 35. D. Poracchia, « Regard sur l'intérêt social », art. cité.

⁴² *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957.

⁴³ *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967.

⁴⁴ *JCP* 1965.II.14274, *Rev. Sociétés*, 1965.288.

⁴⁵ M. Véron, « Discours », in *L'abus de biens sociaux, Le particularisme français à l'épreuve de l'Europe*, *Gaz. Pal.*, 2004, n° 324 à 325, p. 7.

⁴⁶ Cass. Crim., 5 nov. 1963, *Bull.*, n° 307 ; *D.*, 1964.52.

social, critère de la qualification pénale, au point de rencontre des divers intérêts constitutifs de l'entreprise⁴⁷ ».

Les années 1980-1990 marquent une rupture ouvrant la voie à un autre courant doctrinal qui fait de l'intérêt social l'intérêt des actionnaires, l'entreprise étant conçue comme un simple nœud de contrats ; porté par le mouvement de globalisation et de financiarisation de l'économie, il est notamment marqué par les marchés financiers et la désintermédiation. Sur le plan économique, le mouvement trouve un écho dans la théorie de l'agence (Jensen et Mecking, 1976) qui va soutenir le mouvement du *corporate governance* (gouvernement d'entreprise). Ramener à l'intérêt des actionnaires et, plus encore, à celui des actionnaires potentiels⁴⁸, l'intérêt social tend alors à se confondre avec l'objet social et comme l'écrit un auteur : « aux actionnaires de fixer l'intérêt qu'ils entendent satisfaire⁴⁹ ». Alors que la jurisprudence commerciale se fait l'écho de la nouvelle vision de l'entreprise, la jurisprudence pénale se démarque en maintenant, au nom d'un ordre public sociétal, une vision large de l'intérêt social. La chambre criminelle confirme, dans un arrêt du 26 mai 1994⁵⁰, que le délit d'abus de biens sociaux porte atteinte non seulement aux intérêts des associés mais aussi à ceux des tiers qui contractent avec elle. Elle retient également la qualification d'abus de biens sociaux pour des actes de gestion ayant été unanimement approuvés par les associés ou qui font courir à la société un risque auquel elle ne devait pas être exposée, en dehors de tout préjudice. Dans les années 1990-2000, les critiques sont nombreuses contre ce qui est alors qualifié de « débordements jurisprudentiels⁵¹ ». Le rapport Saillard, présenté par la chambre de commerce et d'industrie de Paris, en 1995 préconise de ne sanctionner que les actes *manifestement* contraires à l'intérêt social (et de modifier le texte en ce sens), soulignant « qu'on ne saurait admettre qu'à l'occasion d'un jugement pénal, le juge répressif, magistrat de métier, se substitue aux organes légaux pour se prononcer sur l'intérêt social⁵² ». De même, le rapport du sénateur Marini sur la modernisation du droit des sociétés, remis au 1^{er} ministre, en juillet 1996, soucieux d'accorder une « plus grande confiance à l'égard des créateurs de la richesse et de l'emploi », propose de « resserrer » le texte du délit d'abus de biens sociaux en substituant « au critère vague fondé sur la contrariété à l'intérêt social de l'usage des biens [...] la notion, plus précise parce que plus concrète,

⁴⁷ A. Dekeuwer, « Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux », *JCP.E.*, 26 oct. 1995, 500.

⁴⁸ Ph. Bissara, « Le gouvernement d'entreprise en France, faut-il légiférer encore et de quelle manière ? », *Rev. Sociétés*, 2003, p. 64.

⁴⁹ D. Schmidt, « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme », *Joly*, 2004, p. 21, n° 13.

⁵⁰ *JCP*, 1994, éd. E, pan. 1014 ; *Bull. crim.*, n° 206 ; *Rev. Sociétés*, 1994, p. 771, note Bouloc ; *Dr. pénal*, 1994, comm. 218, obs. J.-H. Robert.

⁵¹ M. Franck, « Discours », art. cité, p. 5.

⁵² J.-P. Saillard, *Pour une réforme de l'abus de biens sociaux*, Rapport CCIP, 21 déc. 1995.

QUI REpond ?

d'atteintes aux intérêts patrimoniaux de la société » et le rapport d'ajouter « ce qui est en cause, en effet, c'est bien l'intégrité de l'actif social, et la valeur de l'entreprise pour ses différents ayants droits⁵³ ». Mais ni le texte du délit, ni la jurisprudence large de la chambre criminelle, ne seront modifiés. Un auteur, par ailleurs juge d'instruction, affirme en 2002⁵⁴, que l'intérêt social peut être « compris, non pas exclusivement comme l'intérêt du rendement du capital, mais également comme l'intérêt des auteurs parties prenantes de l'entreprise (salariés, créanciers, clients et actionnaires qui n'ont pas comme seul critère le retour sur investissement immédiat) ».

Le mouvement de la RSE ravive le débat sur la définition de l'intérêt social, que d'aucuns jugent dépassée⁵⁵, au regard des nouveaux objectifs extra financiers assignés à l'entreprise. La question posée est alors celle de savoir comment l'intérêt social peut être l'instrument de mesure d'un comportement sociétal de la société⁵⁶, des auteurs affirmant d'ores et déjà que l'intérêt social « apparaît comme l'outil d'intégration indispensable de ces nouveaux paradigmes que sont le développement durable, la responsabilité sociale des entreprises, ou encore la *stakeholder theory* au sein de la gouvernance et du cadre législatif⁵⁷ ».

Si la solution demeure incertaine au regard du droit commercial, elle peut en revanche trouver un écho en droit pénal.

Si le mouvement de la RSE a trouvé un écho dans la définition de l'intérêt social par la jurisprudence commerciale, celle-ci reste cependant incertaine. Ainsi la cour d'appel de Caen, appelée à se prononcer sur la notion de cause légitime au sens de l'article L 223-25 du Code de commerce, juge dans une décision du 2 février 2006, que « l'intérêt de l'entreprise en tant qu'entité économique et juridique [...] est spécifique et ne coïncide pas nécessairement avec celui des associés⁵⁸ ». De même, la jurisprudence commerciale n'hésite pas à subordonner la conformité d'une sûreté donnée par une société civile immobilière avec l'accord unanime des associés, à sa conformité à l'intérêt social. Aussi, elle prononce la nullité de la sûreté réelle consentie par les associés unanimes d'une SCI et jugée à l'intérêt social, lequel est nécessairement distinct de celui des associés et dirigeants⁵⁹. Mais

⁵³ Ph. Marini, *La modernisation du droit des sociétés*, Rapport, La documentation française, 1996, p. 113.

⁵⁴ E. Joly, avec C. Joly-Baumgartner, *L'abus de biens sociaux à l'épreuve de la pratique*, Economica, 2002, p. 112.

⁵⁵ F.-G. Trébulle, « Le développement durable, un enjeu global », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 3, mai 2010, dossier 12.

⁵⁶ D. Poracchia, « Regard sur l'intérêt social », art. cité.

⁵⁷ S. Rousseau et I. Tchotourian, « L'intérêt social en droit des sociétés », *Rev. Sociétés*, 2009, p. 735.

⁵⁸ Cité par F.-G. Trébulle, *op. cit.*

⁵⁹ Cass. Com. 8 nov. 2011, n° 10-24438 et F.-X. Lucas, commentaire, *Bull. Joly*, 1^{er} avr. 2012, p. 297.

la jurisprudence reste incertaine comme le montrent les commentaires réservés d'un auteur qui juge que « les inconvénients attachés à cette solution l'emportent sur ses mérites » et propose de s'en tenir à l'idée « que l'unanimité des associés tenus des dettes sociales exprime suffisamment l'intérêt de la société pour que celle-ci soit engagée par l'acte passé en son nom⁶⁰ ». Réserve qui a trouvé un écho dans un arrêt de la chambre commerciale du 12 mai 2015⁶¹ qui juge, dans le cas d'une société à responsabilité limitée (et non illimitée comme la SCI) que « [...] serait-elle établie, la contrariété à l'intérêt social de la sûreté souscrite par une société à responsabilité limitée en garantie de la dette d'un tiers n'est pas, par elle-même, une cause de nullité de cet engagement ». Si la solution semble s'expliquer par la nécessaire protection des tiers, elle révèle néanmoins le flou qui entoure (encore) la notion d'intérêt social mais aussi sa complexité, dès lors que les intérêts des tiers, entendus ici comme parties prenantes, peut varier selon les actes de gestion visés !

S'agissant de la jurisprudence pénale, demeurant soucieuse d'un certain intérêt public sociétal, elle confirme l'interprétation large de la notion d'intérêt social. Ainsi, dans une décision célèbre⁶², confirmée depuis, la Cour de cassation juge que l'acte de gestion qui procure un avantage patrimonial à la société constitue néanmoins un abus de biens sociaux dès lors qu'il expose la personne morale à un risque anormal de sanctions (pénales ou fiscales) contre elle-même et ses dirigeants et porte atteinte à son crédit et à sa réputation. En l'espèce, la société avait obtenu un marché grâce à des faits de corruption réalisés par ses dirigeants.

Par ailleurs, le texte du délit d'abus de biens et de crédit sociaux sanctionne, à côté de l'usage des biens, l'usage du crédit social contraire à l'intérêt social. Or, la notion de crédit social s'entend de la foi accordée à la société, de « la confiance financière qui est attachée à la société à raison de son capital, de la nature de ses affaires, de la bonne marche de celle-ci⁶³ ». Il reste donc possible d'imaginer que l'atteinte au crédit de la société, par le biais d'une atteinte à son image, soit le vecteur des objectifs RSE. Or, la même interprétation peut être tirée du texte du délit d'abus de pouvoirs comme cela a été relevé pour une affaire de rémunération excessive du dirigeant social.

Dans un arrêt du 16 mai 2012, la chambre criminelle de la Cour de cassation a en effet, sanctionné pour abus de pouvoir, le dirigeant social, qui pour obtenir un vote positif des membres du comité de rémunération, en avait tout simplement changé la composition. A été sanctionnée ici, non pas le montant

⁶⁰ F.-X. Lucas, com. préc.

⁶¹ N° 13-28504 et commenté par D. Robine, in *D.*, 2015. 2427.

⁶² Cass. crim., 27 oct. 1997, n° 96-83698.

⁶³ M.-P. Lucas de Leyssac et A. Mihman, *Droit pénal des affaires*, Economica, 2009, p. 196, n° 288.

QUI REPOND ?

de la rémunération qui, même très élevé, restait proportionné à la large capacité financière de la société, mais l'atteinte portée au fonctionnement normal et licite des organes de direction. La contrariété à l'intérêt social résulte ici directement du fait que l'acte est de nature à vicier sa gouvernance⁶⁴. L'enjeu, relève un auteur, « est important dans la formule selon laquelle ce qui est de nature à nuire à l'image de la société est contraire à son intérêt ». Ce qui, ajoute-t-il, pourra « d'évidence dicter des réflexions en matière RSE⁶⁵ ».

L'observation fait directement écho aux propos d'un auteur, alors juge d'instruction au pôle financier et qui, dès 2002 écrivait, s'agissant du délit d'abus de biens sociaux : « la réputation éthique de l'entreprise fait partie de ses actifs, a une valeur patrimoniale, ce dont témoigne l'émergence de l'idée de « développement durable » y compris dans les entreprises ? La perte de confiance du public dans l'agissement d'une multinationale peut aussi avoir des conséquences dramatiques sur le cours des actions et partant sur la possibilité pour l'entreprise de financer ses projets par le marché⁶⁶ [...] ».

Au final, la question de savoir si l'intérêt social peut être le vecteur des objectifs de la RSE au sein de l'entreprise, est un véritable enjeu de pouvoir. Détacher l'intérêt social des intérêts des actionnaires, le porter au-delà d'une conception purement institutionnelle de la société, vers la notion d'entreprise, c'est donner au juge le moyen de contrôler la conformité de la gestion de la société à des objectifs extra-financiers. C'est ouvrir ici le débat sur le droit post-moderne qui serait marqué par la place centrale désormais conférée au dispositif pénal en tant que garant de l'ordre social reposant sur le respect de normes de bonne conduite. Le mouvement de pénalisation serait alors « le revers et la contrepartie du relâchement des mécanismes d'intériorisation des disciplines collectives⁶⁷ ».

Le débat est ouvert.

⁶⁴ Selon l'analyse de l'avocat général : v. F.-G. Trébulle, « Chronique Entreprise et Développement durable », *JCP*, avril 2013, chron.2.

⁶⁵ F.-G. Trébulle, *op. cit.*

⁶⁶ E. Joly, avec C. Joly-Baumgartner, *op. cit.*, p. 112.

⁶⁷ J. Chevallier, *L'État post-moderne*, LGDJ, 2014, p. 121 et 122.