



HAL
open science

L'intérêt social, concept à risques pour une nouvelle forme de gouvernance

Isabelle Cadet

► **To cite this version:**

Isabelle Cadet. L'intérêt social, concept à risques pour une nouvelle forme de gouvernance. Management & sciences sociales, 2012, Risque : Ethique et Gouvernance, 13, pp.14-26. hal-01870831

HAL Id: hal-01870831

<https://hal.science/hal-01870831v1>

Submitted on 9 Sep 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.

Copyright

L'intérêt social, concept à risques pour une nouvelle forme de gouvernance

Isabelle Cadet

Enseignant-Chercheur en Droit, Éthique et
RSE-Laboratoire Groupe INSEEC-ECE LYON
icadet@groupeinseec.com

La recherche d'une définition du concept d'intérêt social, sociétal voire général est un jeu d'équilibriste. Elle dépend avant tout de la conception que l'on a des entreprises, contractuelle ou institutionnelle. Le débat juridique n'est pas clos : la crise économique, financière et sociale actuelle oblige à poser les jalons de nouvelles formes de gouvernance et à repenser la responsabilité d'entreprise selon ses finalités. La rencontre de ces thématiques contemporaines issues des sciences de gestion avec le monde du droit est donc incontournable. Il y a même urgence car les conflits d'intérêts, dans un système d'autorégulation, virent toujours à la confusion ou la confiscation des pouvoirs.

Mots-clefs : Intérêt social, gouvernance, pouvoir, RSE, régulation, Grenelle

Introduction

« Il ne s'agit pas de donner un supplément d'âme à la gouvernance actionnariale, mais bien de lui substituer une autre gouvernance, qui générerait la grande entreprise comme une institution, au service de la société »¹.

Les lois s'arrêtent souvent sur le seuil de l'entreprise. Après quelques pas en matière de corporate governance des lois MURCEF (Mesures Urgentes à Caractère Économique et Financier) et NRE (Nouvelles Régulations Économiques) de 2001, même les dispositions drastiques prises par la LSF (Loi Sécurité Financière, 2003), puis par la loi de modernisation de

l'économie de 2008², n'ont pas produit les résultats attendus (Danet, 2008). La crise des subprimes révèle les insuffisances de ces dispositifs, finalement limités aux sociétés cotées par la loi Breton (2005). Seuls quelques assouplissements, introduits par le décret du 26 avril 2012³ d'application de la LENE (Loi portant Engagement de la Nation en faveur de l'Environnement, 2010)⁴,

1. Weinstein O. (2010), Pouvoir, finance et connaissance. Les transformations de l'entreprise capitaliste entre XXe et XXIe siècle : Ed. La Découverte, série « Économie », p.181.

2. Loi n° 2008-776 du 4 août 2008.

3. Décret n° 2012-557 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale.

permettent d'étendre graduellement le périmètre des obligations de reporting aux sociétés non cotées. La catégorie des entreprises de taille intermédiaire est née (ETI), sans remise en cause fondamentale de la distinction traditionnelle entre sociétés admises sur un marché réglementé et les autres, jugée pourtant irrecevable par le Conseil d'État⁵.

On observe également les tentatives avortées du Grenelle pour introduire une faculté de dialogue avec les parties prenantes, notamment avec les représentants du personnel, avec la suppression de l'alinéa 2 de l'article 225⁶ par la loi du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière. Jugé trop flou, le concept de parties prenantes a été écarté, du fait de l'absence de définition du terme. Le risque pour les organisations était double : soit un risque de non-représentativité des parties prenantes, soit à l'inverse, des intérêts en présence trop nombreux, donc un risque de cacophonie, rendant illisible et incohérente l'analyse de leur démarche de responsabilité sociale, sociétale et environnementale.

Néanmoins, si les « porteurs d'intérêts » (*Stakeholders*) sont galvaudés par le législateur, la notion d'intérêt social, quant à elle, est déjà acceptée en filigrane dans le droit positif, comme le dépassement de la valeur actionnariale (*Shareholders Value*), au cœur de la problématique. La jurisprudence française n'est effectivement pas avare d'interprétations des textes pour défendre des intérêts autres que ceux des actionnaires dans une conception élargie de l'intérêt de l'entreprise⁷. Mais, la diversité des approches jurisprudentielles et doctrinales, selon les branches du droit, rend la définition de cet outil essentiel de régulation, « aléatoire, incertaine voire insaisissable » (Degdeg, 2008, p.5).

La justification première repose sur la nature spécifique du « contrat de société » qui déroge au droit commun des contrats, mais demeure défini par le droit civil (article 1832

du Code civil). Ce n'est pas un hasard si, relevant du droit commercial, et en grande partie du droit de la consommation, puis du droit des sociétés jusqu'au droit de l'entreprise, les organisations privées appartiennent aujourd'hui au droit économique au sens large, où l'ordre public règne parfois en maître. La recherche de l'intérêt social, dans toute décision managériale, tangente alors celle de l'intérêt général.

Irréductible, idéologique puisque irréaliste, le clivage entre la conception contractuelle de la société et la conception institutionnelle a-t-il vraiment fait long feu (Gaillard, 1932, Ripert, 1951, Guyon, 1997, Lapeyre, 2004) ? Les théories modernes opérant une synthèse d'éléments éclectiques ont donné naissance à une société de nature hybride (de source contractuelle, de fonctionnement institutionnel) également critiquables par l'absence d'explication globale de la spécificité de la société et de l'exercice original du pouvoir en son sein, qu'il s'agisse de ses objectifs et de ses modalités dans un contexte de mondialisation et de groupe de sociétés holdings.

4. Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 dite loi Grenelle II. *treprises en matière sociale et environnementale.*

5. <http://www.comite21.org/docs/presse/communiquede-presse/2012/communiquere-sortie-decret-225.pdf>

6. Article L. 225-102-1 du Code de commerce : « Il (le rapport de gestion) comprend également des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité ainsi que sur ses engagements sociétaux en faveur du développement durable. Un décret en Conseil d'État établit la liste de ces informations en cohérence avec les textes européens et internationaux, ainsi que les modalités de leur présentation de façon à permettre une comparaison des données. Les institutions représentatives du personnel et les parties prenantes participant à des dialogues avec les entreprises peuvent présenter leur avis sur les démarches de responsabilité sociale, environnementale et sociétale des entreprises en complément des indicateurs présentés ».

7. On peut dénombrer 106 arrêts de la Cour de cassation, toutes chambres confondues en une année, qui ont statué en utilisant le concept d'intérêt social (recherche opérée entre le 16 septembre 2011 et le 16 septembre 2012) et 882 arrêts en 10 ans, ce qui signifie une référence profondément ancrée dans la jurisprudence <http://www.legifrance.gouv.fr/initRechJurJudi.do>.

L'enjeu est cependant plus important dans les sociétés commerciales puisque l'apport en capital confère à l'actionnariat une légitimité à l'exercice du pouvoir qui n'existe pas dans toutes les formes de sociétés. Celles-ci retiendront donc toute notre attention.

A l'origine, ce sont les rapports Viénot (1999)⁸ et Bouton (2002)⁹, sur les modalités de « gouvernement d'entreprise », qui ont porté le débat sur la scène publique, peu après la loi sur les fonds de pension (1997)¹⁰ en définissant l'intérêt social comme « l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant ses propres fins, distinctes notamment de ceux de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur intérêt commun qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise ».

Mais la théorie de l'agence, d'une part, qui refuse de responsabiliser l'actionnaire, au premier chef, et la nouvelle tendance holistique, d'autre part, qui consiste à étendre la notion d'intérêt social au risque de le diluer dans l'intérêt général ne représentent-elles pas les deux faces de Janus ? Quelles nouvelles formes de gouvernance peuvent en résulter ? Où fixer les limites de la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) ?

Requalifier la nature de la société en acte collectif susceptible d'engager la responsabilité de l'entreprise envers ses associés et les tiers (salariés, fournisseurs, créanciers, etc.) conduit indubitablement à creuser cette idée. Rapports et colloques se multiplient sur la façon de gouverner une entreprise. Les discussions sur la corporate governance ne sont pas épuisées du seul fait de l'adoption du nouveau droit des sociétés par la loi NRE, amendée par le Grenelle I et II, à défaut d'être réformée en profondeur.

Quelle est la finalité de cette nouvelle forme de gouvernance sur fond de régulation ou plus précisément sous tension permanente entre intérêts contradictoires ?

Il convient au préalable de rechercher la signification de l'intérêt social, ou plus exactement, d'une troisième voie permettant la synthèse entre les intérêts identifiés, en droit des sociétés, pour mieux comprendre les enjeux de pouvoirs donc les risques inhérents à l'élasticité du concept et ses répercussions en termes de gouvernance des organisations.

Notre posture épistémologique est celle de tous les juristes. Essentiellement positiviste, elle s'attache à une recherche fondée sur les sources du droit : en théorie, sur les textes de loi ou de règlement, y compris les dispositions internationales ou nationales, et, surtout, en pratique, sur la jurisprudence accompagnée des nombreux commentaires de la doctrine.

Un essai de définition du concept d'intérêt social : la recherche d'une troisième voie

La recherche d'une définition du concept d'intérêt social, en droit, est un jeu d'équilibriste. Depuis le Code de commerce de 1807, le droit français des sociétés hésite toujours entre l'approche contractuelle d'inspiration anglo-saxonne et la conception institutionnelle qui caractérise le droit germanique. A défaut d'adopter une conception franche et déterminée, la loi du 24 juillet 1966, enrichie abondamment (excessivement ?), a oscillé au gré des tendances : elle offre ainsi une piètre entreprise de codification. Dans le rapport Marini sur la modernisation du droit des

8. Rapport du comité sur le gouvernement des entreprises par Marc Viénot (1999 juillet), MEDEF/AFEP.

9. Rapport Bouton, « Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées » (2002 octobre), MEDEF/AFEP.

10. Loi n° 97-277 du 25 mars 1997.

sociétés, une refonte des textes était de mise¹¹. Mais aucune réforme de fond ne voit finalement le jour. A cet égard, l'extrême mansuétude dont fait preuve le législateur vis-à-vis du pouvoir de sanction des juges contraste singulièrement avec la rigidité apparente des textes.

L'intérêt social reflète cette dichotomie. La jurisprudence décèle, en effet, la coexistence de deux concepts d'intérêt social, l'un concernant le seul intérêt convergent des associés, l'autre celui de l'institution sociétaire (Mazères, 1998, Monsallier, 1998, Bissara, 1999).

La nature de la société, source d'intérêts divergents

Longtemps, la qualification de la nature de la société a prévalu pour déterminer l'enjeu économique et analyser les relations de pouvoir dans toute société commerciale.

Classiquement, on distinguait la conception contractuelle de la société et la conception institutionnelle. Dans la première, le pouvoir appartenait aux apporteurs de capitaux qui dans les statuts marquaient une volonté entre associés de mettre en commun un apport afin de partager les bénéfices en résultant. Dans la seconde, construite en réaction à la première, on privilégiait un intérêt à géométrie variable selon que l'on s'intéressait à la société personne morale, aux associés propriétaires du capital, aux dirigeants gestionnaires et chargés de la réalisation de l'objet social, aux créanciers, aux salariés, tiers...). L'une absolue et d'inspiration néolibérale ne permettait pas d'expliquer le fonctionnement et la pérennité de la société, l'autre floue ne rendait pas la nature moins complexe. Les auteurs s'éreintaient dans cette controverse (pour une revue de littérature récente, Rousseau et Tchotourian, 2008), sans pour autant trouver le fondement idoine de ce « contrat spécial » (Savatier, 1952, n° 95 ; Guyon, 1997, p.22, Bergel, 1999, n° 169, Libchaber, 1999, p.281).

Car la société est plus qu'un contrat, c'est « un organisme vivant » selon le doyen Carbonnier (1990, p.203). Elle n'est pas d'essence individualiste mais l'œuvre d'un travail collectif, d'un groupe d'individus dont les intérêts convergent.

Les théoriciens modernes avaient alors trouvé une parade dans la synthèse. Ils rejetaient purement et simplement la notion économique d'entreprise pour n'en retenir que l'élément juridique ou inversement. Jean Paillusseau (1967, 1987, p.12, n° 11 ; 1996, n° 74, p.17) développait ainsi toute une théorie sur la personnalité morale comme technique d'organisation. Or toute société n'est pas une entreprise. Ainsi de nouveaux concepts ou mélanges se faisaient jour : le « contrat-échange » à opposer au « contrat-organisation » par Paul Didier (1995, p.74). D'autres proposaient l'analyse de la société que sous l'angle du financement, de la représentation ou du contrôle (Champaud, 1987). C'était pour le moins réducteur. Alors que les sociétés s'internationalisent et la notion de parties prenantes grandissait, le débat s'essouffait.

L'École de Rennes avait toutefois permis de mettre en lumière l'importance de la finalité d'une entreprise au-delà de sa nature ; peu importe la structure de la société pour peu que sa fonction offre de nouvelles perspectives, sans placer la société hors du champ contractuel.

Certains auteurs (Roujou de Boubée, 1961, Cabrillac, 1990), ont alors développé l'idée d'un acte collectif (ou individuel, si la société est unipersonnelle) ou bien encore « conjonctif ». La complexité de l'intérêt social se dissout dans la notion uniforme et plus large d'« intérêt collectif » (Demogue, 1911, p.169).

11. Marini Ph. (1996), La modernisation du droit des sociétés, Rapport au premier ministre, Collection Rapports officiels, Paris : La Documentation française.

C'est un nouvel ordre public sociétaire qui prend place progressivement pour la défense de ces intérêts collectifs. La loi NRE, amendée et complétée par les dispositions du Grenelle, en est la réplique exacte (Schiller, 2001 ; Frydman et Haarscher, 2010), avec son idée de bonne marche de la société (Le Goff, 2007). Certains l'ont mise en perspective au regard de tous les intérêts en présence, « n'excluant ni l'intérêt général, ni l'ordre public » (Trébulle, 2007, p.7).

Mais le terme d'intérêt collectif n'est que peu usité. Pour l'instant, on se contente de régulation, d'harmonisation, d'intégration progressive des intérêts des *Stakeholders* dans le cadre d'une gouvernance nationale ou internationale mouvante. Les enjeux politiques et économiques font fi de la portée juridique de règles juridiques de plus en plus flexibles. Ce qui n'est pas sans danger. Le collectif n'est jamais qu'un agrégat d'intérêts particuliers. Il s'agit parfois de l'intérêt du groupe. Les conflits d'intérêts ne sont pas rares.

Aujourd'hui, les impératifs de l'ouverture internationale et la nécessité pour les entreprises d'évoluer dans un cadre juridique compétitif semblent appeler effectivement une remise en cause de ce modèle complexe, désordonné, sans hiérarchie des valeurs pour aller vers un « droit post-moderne » (Chevallier, 2004 ; Delmas-Marty, 2006).

En tout état de cause, la notion d'intérêt social ne peut être définie in *abstracto* : elle est à rapprocher des notions génériques comme la gestion « en bon père de famille »¹². Le droit des sociétés a cherché, d'un point de vue pratique, à assimiler l'intérêt social à l'objet social, pour analyser si un acte de la personne physique ou morale avait une visée contraire à l'intérêt social.

La finalité de la société, point de convergence pour définir l'intérêt sociétal

L'intérêt social représenterait l'intérêt supérieur de la personne morale ; mais le privilégier conduit à légitimer la classe dirigeante de l'entreprise. L'intérêt commun des associés, quant à lui, souligne l'importance de la propriété du capital et l'objectif final de toute société (article 1833 du Code civil). L'intérêt de l'entreprise même n'est à l'heure actuelle pas pris en considération par le droit positif : notion trop large ou reflet d'intérêts trop antagonistes, les efforts doctrinaux restent lettre morte (Didier, 1967, Mercadal, 1991 ; Friedel, 1996).

L'emploi incertain et fluctuant de l'intérêt social, comme outil répressif, procédé d'équité du juge ou norme de comportement, à caractère moralisateur parfois, contrevient au principe de légalité des peines, d'égalité devant la loi et surtout au besoin de sécurité juridique : il en résulte de nombreuses dissensions sur le plan jurisprudentiel qui font douter de l'objectivité et de la pertinence du concept (Degdeg, p.20-21, et surtout Lyon-Caen déjà en 1978, spéc. p.611).

Ce standard, paradoxalement mou et mouvant, justifie aujourd'hui encore l'intervention (l'immixtion ?) du juge dans la gestion des entreprises¹³. Nonobstant le fait que la loi le mentionne rarement dans ses dispositions¹⁴, il domine tout le droit des sociétés (Cozian et al. 2011)! La raison de cette discordance réside sans nul doute dans le fait que la boussole de l'intérêt social indique deux directions : l'intérêt de la société personne morale proprement dit et l'intérêt commun des associés. Toute tentative de définition est alors vouée à

12. Rapport Coulon, (2008), *La Documentation française*, p.39.

13. *Tous les exemples de jurisprudence cités par Bissara Ph. (1997), p. 9s. ; pour un exemple récent : (Cass. Soc.18 janvier 2011, pourvoi n° 09-69199).*

14. *Articles 1848 du Code civil, 13, 355-1, 425-4° et 5°, et 437-3° et 4° de la loi du 24 juillet 1966.*

l'échec. Coexistence (Bertrel, préc., p.43) ou opposition (Courret 1996, Schmidt, 1994, 1995), la jurisprudence offre une alternative peu propice à l'unité du critère.

Une réflexion sur la différence devant exister entre l'intérêt social et l'intérêt commun est certes périlleuse mais ô combien passionnante, presque passionnelle (Pirovano, 1997). Mais le risque est grand de verser dans des raisonnements-miroirs qui se renvoient la même image à l'infini, de plus en plus indistincte.

Pourtant une nouvelle norme judiciaire s'élabore à l'occasion du contentieux. L'intérêt collectif marque la synthèse entre ces deux branches superposables : c'est le point de convergence entre l'intérêt de la société et la somme des volontés individuelles des associés. L'abus de majorité renvoie à cette définition puisqu'il se caractérise cumulativement par une rupture de l'égalité entre actionnaires et un acte contraire à l'intérêt de la société. L'intérêt commun des associés n'est jamais pris en considération exclusive de l'intérêt social et inversement. Affirmer la prééminence de l'intérêt supérieur de la personne morale tout en reconnaissant les intérêts catégoriels susceptibles d'être invoqués, c'est consacrer la notion d'intérêt collectif. Les propositions n° 77 et 78 du rapport Marini qui affirment la validité des conventions de vote et des autres pactes extra-statutaires n'ont guère d'autre fondement : leur légalité de principe, à titre individuel, est subordonnée au respect de l'intérêt social. Les exemples sont légions.

L'ordre public lui fait écho. Non-respect d'une disposition expresse ou violation d'une règle impérative, autrement dit un intérêt autre que celui de l'entreprise. C'est un fondement théorique commun de l'abus de bien social comme de l'acte anormal de gestion. Il en résulte que l'appauvrissement de la société ne peut être qu'hypothétique : c'est la notion de risque qui prévaut pour préserver la collectivité, notamment pour le droit fiscal voire pénal.

Plus récemment encore, ce sont tous les développements autour des principes de la corporate governance (notes en bas de pages de Bissara, art. préc., la notice bibliographique sur le "gouvernement d'entreprise", de Jean-Jacques Daigre, 1996) qui offrent à l'intérêt collectif ses lettres de noblesse.

Corporate governance ou gouvernement d'entreprise : le risque de confondre l'intérêt social avec l'intérêt des parties prenantes les plus puissantes

Ce mouvement parti d'un constat fait aux États-Unis et en Angleterre, sur l'inefficacité du conseil d'administration et la trop grande liberté des managers, a proposé de recentrer l'intérêt de la société sur un équilibre des forces en présence : propriété du capital d'un côté et dirigeants de l'autre. L'introduction des dirigeants indépendants susceptibles d'assurer la séparation de la gestion et du contrôle met un terme alors à une tendance naturelle vers l'affranchissement du contrôle des actionnaires afin d'éviter une gestion de l'entreprise tournée vers l'investissement et la croissance dans l'intérêt propre des dirigeants de l'entreprise au détriment des propriétaires du capital. Il fallait réinstaurer la confiance suite au scandale *Enron* (2001), entre actionnaires et dirigeants sociaux, en freinant les envies démesurées de spéculation des premiers tout en limitant la trop grande indépendance des seconds.

Là encore, la signification profonde de la question peut être dégagée à partir de l'opposition classique entre la société contrat et la société institution, c'est-à-dire de la finalité de l'exercice du pouvoir dans la société. Faut-il viser exclusivement l'intérêt commun des associés, autrement dit l'intérêt financier à gouverner ou la pérennité de l'entreprise qui peut être un mythe, une remise en cause de l'idéologie managériale (Le Goff, 1992, Pesqueux et Biefnot, 2002,

Boncori, 2011) ? La responsabilité pourrait-elle devenir de nature contractuelle envers tous les partenaires sociaux ? Quelle conception de l'intérêt social privilégier ?

La réflexion sur la gouvernance des entreprises, par l'apport de la *Stakeholder Theory* (Freeman, 1984), n'est pas un pur jeu intellectuel. L'enjeu est politique voire idéologique, car, par un glissement progressif, l'intérêt social de la personne morale couvrirait alors également un intérêt sociétal.

La nature de la société, source de pouvoirs antagonistes : l'intérêt social « éclaté »¹⁵

Dès lors que la thèse contractuelle est privilégiée, les dirigeants et les organes de la société chargés de réaliser l'objet de la société, l'activité commune, demeurent sous le contrôle des actionnaires. Ils n'assument que des responsabilités de gestion. Seuls les associés ont un pouvoir légitime. Alors que la loi de 1966 avait offert une certaine autonomie aux dirigeants, la loi NRE a restitué aux associés une place de choix en les réinvestissant de leurs pouvoirs. Il fallait enrayer la confiscation du pouvoir par une oligarchie de dirigeants au détriment des actionnaires, réduits à n'être que de simples bailleurs de fonds.

Mais l'idée du mandataire, si chère à la conception originelle de la *corporate governance* s'effrite quand le dirigeant devient, réinvesti de pouvoirs, compétences professionnelles, sans cumul de fonctions possibles, un véritable organe qu'il convient de révoquer pour faute et non *ad nutum*. Certes, la jurisprudence avait quasiment toujours exigé les justes motifs sauf en cas de clause de *golden parachute*... La distinction entre les gérants (organes légaux ou statutaires) et les dirigeants de SA (mandataires) s'était estompée, sinon dans les textes, du moins en pratique.

Inspirées de la loi américaine Sarbanes-Oxley (2002)¹⁶ sur le renforcement des procédures d'audit et de contrôle, ces réformes sur « le gouvernement des entreprises » ont servi bien davantage le courant libéral favorisant la régulation interne des organisations et par conséquent le renouveau de la conception contractuelle de la société. La théorie des nœuds de contrats est ici avalisée, avec l'accent mis sur le pouvoir des actionnaires.

La place de l'*intuitus personae* ou de l'*affectio societatis* dans la loi NRE est tout à fait symptomatique de cette division de la société sous forme d'une organisation contractuelle spécifique selon sa dimension et selon sa forme. Les SARL sont désormais rangées dans des sociétés de personnes exclusivement, alors que l'incertitude perdurait sous l'empire des lois précédentes. Mais la *summa divisio* se porte davantage entre la société faisant appel public à l'épargne et les autres. Le curseur a toujours glissé dans l'intérêt des actionnaires, apporteurs de fonds.

Le Livre Vert de la gouvernance européenne de 2011 n'a fait que renforcer cette tendance¹⁷ en définissant la gouvernance comme « le système de direction et de contrôle des entreprises et comme un ensemble de relations entre la direction de l'entreprise, son conseil d'administration, ses actionnaires et ses autres parties prenantes. Le cadre régissant la gouvernance d'entreprise des sociétés cotées dans l'Union européenne est une combinaison de dispositions législatives contraignantes et de mesures non contraignantes («soft law»), comprenant notamment des recommandations et des codes de gouvernance d'entreprise ».

15. Rousseau et Tchotourian, art. préc.

16. Sarbanes-Oxley Act. Corporate Responsibility (30 juillet 2002).

17. Commission européenne, 5 avril 2011 (COM, 2011, 164, final) Livre vert : le Code de la gouvernance d'entreprise dans l'Union européenne.

La gouvernance, dans sa grande fluidité, s'avère avant tout un compromis, un équilibre des pouvoirs, où les instances publiques ne déterminent plus la norme. Certains y décèlent un « désintérêt social » (Constantin, 2002, Couret, 2002) voire l'expression d'une « politique éclatée » (Pesqueux, 2004)

La norme ISO 26000 a tenté une synthèse de plusieurs conceptions (Helfrich, 2011) pour obtenir une modélisation tendant vers un dialogue avec les parties prenantes sur sept questions centrales ; le consensus aussi satisfaisant soit-il appelle toutefois les responsables de la normalisation à l'AFNOR à créer, depuis 2012, un nouveau groupe de travail sur la « gouvernance responsable ». Le titre est symbolique puisqu'il ne reprend pas la notion de « bonne » gouvernance considérée comme subjective et choisit volontairement d'ajouter l'épithète « responsable », ce qui, *a contrario*, suppose que la mise en place de certaines formes de gouvernance n'est pas en elle-même source d'une plus grande prise en considération de la responsabilité sociale dans les organisations. A cet égard, les lignes directrices de l'ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale offre des perspectives intéressantes d'intégration des parties prenantes, de réflexion sur la responsabilité des organisations et par conséquent sur la qualité de la gouvernance.

L'intérêt social a fait place à l'intérêt sociétal. Ce glissement sémantique est la résultante de l'harmonisation spontanée des intérêts économiques par la démocratie participative. La recherche rationnelle de l'intérêt général passe par l'exercice collectif du pouvoir¹⁸. Cette logique d'intérêts appelle le système de réseau qui, sans coup férir, dépasse la souveraineté des États (Cadet, 2010) et ne connaît, en outre, pas la frontière entre public et privé (Moreau-Defarges, 2003). Avec l'affaiblissement du rôle de l'État, la RSE représente alors une menace pour l'intérêt général dans une nouvelle conception du pouvoir (Rosé, 2011). Le risque de dissolution

de l'intérêt social dans l'intérêt général et de confusion des rôles est réel : l'entreprise citoyenne est un oxymore très séduisant donc trompeur.

La finalité de la société, point de convergence dans l'exercice du pouvoir... ou la loi du plus fort

Le doyen Ripert, en France, a été le premier en 1951, à soutenir que la société est au service d'une finalité. Mais, la loi de 1966 avait opté pour la sécurité juridique : la prise en considération de l'intérêt économique à long terme de l'entreprise, favorisant ainsi la technostucture. Le projet Marini revient, au contraire, à l'aspect contractuel de la société, rappelant l'intérêt commun des actionnaires. Et de surenchérir que « l'intérêt social, censé transcender les intérêts des actionnaires, est devenu l'alibi d'un nouveau « despotisme éclairé », (p.13, rapport précité).

La *corporate governance* insiste davantage sur une combinaison d'intérêts. Le rapport Viénot reconnaît ainsi un intérêt de la société qui peut être différent de celui de ses actionnaires, des salariés, des dirigeants, du Trésor public (cf. supra). La spécificité du contrat de société viendrait du fait que l'intérêt des associés n'a pas pour unique objectif le partage de bénéfices, mais également de retirer les bienfaits les plus importants de leur entreprise commune : « révolution muette » (Lapeyre, 2004, p.33-34) dans le cadre d'une conception moderne de la société civile ou commerciale, sur les traces d'un précurseur (Morin, 1945, p.2). Mais quel serait le statut juridique du « contrat de performance », symbiose de cette évolution en droit des sociétés ? En quoi dérogerait-il au droit commun des contrats ?

18. Conseil d'État, rapport public, « L'Intérêt général », Études et documents n° 50, spéc., La Documentation française, p.239 à 442.

Cette vision utopique des réformes récentes relatives à la RSE ne convainc pas tous les auteurs car, rien ne garantit « l'intériorisation de ces normes et donc leur respect » (Dionne-Proulx et Laroche (2010, p.42) ; très réalistes certains craignent même que la mise en exergue de l'intérêt commun des associés marque la fin de la quête du « juste milieu » dans l'intérêt de l'entreprise (Couturier, 1992 ; Bertrel, 1997).

La protection juridique des intérêts collectifs n'est qu'apparente puisque le droit vise moins à trancher des conflits, donc à consacrer des droits subjectifs, qu'à organiser des fonctions. Le caractère instrumentaliste du droit est lié au développement de l'idéologie économique, ainsi qu'à la prise en compte de la cohésion sociale, ou plus exactement la recherche d'homéostasie au détriment de la justice. La refondation des pouvoirs sous couvert de la recherche d'une nouvelle forme de gouvernance plus responsable n'est, en effet, pas sans risque quand l'intérêt social est laissé à libre appréciation de certaines parties prenantes de l'entreprise voire du juge qui fixerait la norme *a posteriori* faute de gouvernail.

Dans ce contexte, la gouvernance « apparaît comme une technique managériale qui met à distance le droit au nom d'une trinité administrative que sont l'efficacité, l'efficacité et l'économie » (Benyekhlef, 2008, p.634). Les juristes en ont conscience et résistent à la tentation de valider le terme de « gouvernance », si prisé pourtant par les gestionnaires : en droit des sociétés, seuls trois articles épars en font usage, tous trois coiffés par le pouvoir réglementaire, qui d'une ordonnance, qui d'un décret, qui d'un arrêté...¹⁹

Le déclin du droit, lié à la disparition des antagonismes, annonce la prévalence de la réglementation technique. En introduisant le principe de la « gouvernementalité », adaptée de Foucault (Baron, 2003, p.334 ; Le Texier, 2011, p.74), le droit devient plus un instrument tactique de réalisation d'objectifs

et de stratégies définies par les individus jugés compétents pour gouverner, qu'un ordre de contrainte (Hannoun, 1991, p.14). Or, les autorités publiques en sont à l'origine, se défaussant sur d'autres acteurs économiques et sociaux depuis des décennies, au détriment d'un droit protecteur de l'intérêt général (Branellec et Cadet, 2013)²⁰. Après avoir fait disparaître les contre-pouvoirs, il existe quelque « incongruité » dans le raisonnement à vouloir que « la RSE pallie les manques du droit » (Gendron, 2010, p.73). Sous couvert de la « gouvernance », c'est l'expression et l'avènement d'une société nouvelle où les pires formes de domination sont possibles (Habermas, cité par Truong, 2011), parfois par des « mafias contemporaines » (Biersteker et Hall, 2001, p.13). Les conflits d'intérêts virent à la confusion des pouvoirs, au profit du plus fort.

Néanmoins, l'introduction de toutes les théories de « gouvernement d'entreprise » liées à la nature de la société s'opère lentement avec l'apport de réformes politiques. Le pouvoir est un instrument aux mains des hommes (Raynal, 2009, notamment « le pouvoir : du zéro à l'infini », p.47-48) et également avec l'approfondissement de loi NRE, le droit réinvestit ici le champ contractuel par la régulation. Certes, seules les sociétés cotées y sont pour le moment soumises et ces obligations juridiques ne sont toujours pas assorties de sanction. Mais à compter de

19. Art. L. 533-22-1 et D. 533-16-1 du code monétaire et financier (ordonnance n° 2011-915 du 1er août 2011, art. 13 ; décret n° 2012-132 du 30 janvier 2012, art. 1) ; art. A. 823-1 du Code de commerce (arrêté du 14 janvier 2009 art. V « Des modalités d'exercice de la mission du commissaire aux comptes).

20. Chapitre à paraître, dans le 2ème ouvrage collectif du Groupe de Recherche Tétranormalisation « Redonner une place centrale à l'homme et à son jugement », (coord.) Bessire D., Cappelletti L., Pigé B.

certains seuils²¹, il est prévu d'étendre le périmètre des obligations de transparence en matière de données dites extrafinancières.

Pour les entreprises admises sur un marché réglementé, les contrôles s'opèrent déjà par le truchement des commissaires aux comptes qui délivrent ou non des attestations d'assurance faible, modérée ou raisonnable, parfois accompagnées de réserves, selon une adaptation des normes comptables, tel l'ISAE 3000 (*International Standard on Assurance Engagements 3000*). De même le projet d'arrêté déterminant les modalités dans lesquelles l'organisme tiers indépendant, accrédité par le COFRAC, conduit sa mission de vérification²², prévoit pour toute entreprise entrant dans le champ des obligations réglementaires, un avis motivé sur la sincérité des informations environnementales, sociales, sociétales, figurant dans le rapport de gestion intégré, et le cas échéant, des explications relatives en l'absence de celles-ci, selon l'application des principes de la *compliance*.

Ce n'est certes pas une sanction pour non-conformité. Les juristes n'ont cessé de dénoncer les insuffisances voire la régression du droit par la mise en place de ces nouveaux modes de régulation²³. Mais nul doute que les investisseurs tenus de rendre compte des critères ESG motivant leurs placements vont encore davantage à l'avenir tenir compte de ces avis et inciter les grandes entreprises à plier à ces nouvelles règles de transparence. Il n'est déjà pas exclu que la fausse information ou la désinformation engage la responsabilité des dirigeants (Muka Tshibende et al. 2011, citant les nombreux articles de Malecki sur ces interrogations). C'est véritablement le règne du *soft law*. La liberté d'entreprendre prévaut sur les droits subjectifs. L'économie précède le juridique. Le droit de l'entreprise reste à construire autour de l'acte collectif.

Conclusion

La notion d'acte collectif, fondement possible d'une responsabilité sociale large, opèrerait la synthèse (Cadet, 2000). Elle offre un cadre où peuvent s'épanouir plusieurs intérêts catégoriels parfois divergents dans un souci constant d'équilibre vers un objectif sociétal : maximiser les profits tout en protégeant les différentes composantes de la société.

Si le pouvoir est un fait juridique, il n'en est pas de même de l'acte qui relève du droit. Car l'acte, outre son objet, est avant tout une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit. Il engage la responsabilité de ses auteurs. La mondialisation économique est un fait juridique. Les modalités de régulation, de gouvernance ou de recherche d'un ordre collectif ressortissent de la volonté donc de la responsabilité des personnes. L'imputabilité morale, comme conscience de l'acte, est incontournable.

21. Art. 2 du décret n° 2012-557 précité :I. Pour les exercices ouverts après le 31 décembre 2011, les seuils prévus au sixième alinéa de l'article L. 225-102-1 du code de commerce sont fixés à 1 milliard d'euros pour le total du bilan ou le montant net du chiffre d'affaires et à 5 000 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice. Pour les exercices ouverts après le 31 décembre 2012, ces seuils sont fixés à 400 millions d'euros pour le total du bilan ou le montant net du chiffre d'affaires et à 2 000 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice.II. Pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, les dispositions des articles R. 225-105 et R. 225-105-1 du même code sont applicables aux exercices ouverts après le 31 décembre 2011. Pour les autres sociétés, à partir de l'exercice clos au 31 décembre 2016.

22. <http://www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr/uploads/tinyMCE/les-consultations-publiques-du-ministere-du-developpement-durable/projet-d-arrete-rse-pdf.pdf>

23. Intervention le 14 novembre 2012 en commission parlementaire sur la gouvernance des grandes entreprises de Me Najib Saïl (5 propositions pour une meilleure gouvernance des sociétés cotées) <http://www.assemblee-nationale.tv/chaines.html?dossier=Commissions&commission=GOUVERNTR>

C'est un autre débat, mais loin d'esquiver celui sur la nature de la société et les intérêts à prendre en considération, il le ravive sans cesse. La réponse à cette question est nécessairement plurielle. Il ressortit des droits de l'Homme plus que du droit des sociétés car « l'entreprise est une association d'intérêts mais surtout une communauté d'hommes » (Arpaillange, 1988).

Références bibliographiques

Arpaillange P. (1988), L'entreprise est une association d'intérêts mais surtout une communauté d'hommes, *Gazette du Palais*, p.485.

Baron C. (2003), La gouvernance : débats autour d'un concept polysémique, *Droit et société*, Ed. Juridiques associées, n° 54, 329 - 349.

Benyekhlef K. (2008), *Une possible histoire de la norme*, Montréal : Themis.

Bergel J.-L. (1999), *Théorie générale du droit*, Paris : Dalloz, 3ème éd., n°169.

Bertrel J.P. (1997), *Le débat sur la nature de la société, in Droit et vie des affaires*, Études offertes à la mémoire d'Alain Sayag.

Bertrel J.P., Field B., Neuville C., Vezinet I., Bezar P. (1997), *L'intérêt social*, *Droit & Patrimoine*, p.42s.

Biersteker T. J. & Hall R. B (2001, 4), La gouvernance privée dans le système international, *Alternatives économiques, L'économie politique*, n° 12, 5 -18.

Bissara Ph. (1999), L'intérêt social, *Revue des sociétés*, p.5.

Boncori A. -L. (2011), *La question du découplage des idéologies et techniques managériales : le cas de l'idéologie de la valeur actionnariale, une comparaison États-Unis/France (1995-2008)* : thèse Paris 2.

Cabrillac R., (1990), *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, Bibliothèque de droit privé, Tome 213 : LGDJ.

Cadet I. (2000), Les nullités en droit des sociétés, thèse dactylographiée (dir.) Y. Reinhard, Lyon III ; (2010 déc.), La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux, *Revue Internationale de Droit Économique*, n° 4, 401-439.

Carbonnier J. (1990), *Droit civil, Théorie des obligations*, 14ème éd., Paris : PUF.

Champaud Cl. (1987), Le contrat de société existe-t-il encore ?, in *Le droit contemporain des contrats*, Paris : Economica.

Chevallier J. (2004), *L'État post-moderne*, Paris : LGDJ, 2ème éd.

Constantin A. (2002), L'intérêt social : quel intérêt ? in *Études offertes à B. Mercadal, F. Lefebvre*, p.317.

Couret A. (1996), L'intérêt social, *J.C.P. Ed. E* ; (2002) Le désintérêt social, *Mélanges P. Bézard : Montchrestien*, p.63s.

Couturier G. (1992), L'intérêt de l'entreprise, in *Écrits en l'honneur de J. Savatier*, Paris : PUF, p.156.

Cozian M., Viandier A. et Deboissy F. (2011), *Droit des sociétés*, Litec, 23ème éd.

Daigre J.-J., (1996 juillet/août), Le gouvernement d'entreprise : feu de paille ou mouvement de fond ?, *Droit et patrimoine*.

Danet D. (2008), Misère de la corporate governance, *Revue Internationale de Droit Économique*, t. XXII, 4, 407-433.

Degdeg S. (2008), « *L'acte anormal de gestion et l'abus de bien social* », Mémoire, http://www.memoireonline.com/10/10/4034/m_laacte-anormal-de-gestion-et-labus-de-bien-social4.html

Delmas-Marty M., (2006), Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques, *Recueil Dalloz*, n°14, p.951s.

Demogue R. (1911), Les notions fondamentales du droit privé, *Essai critique*, LNDJ : Ed. Rousseau.

Didier P. (1967), Esquisse de la notion d'entreprise, *Mélanges Voirin* ; (1995 nov.), Le consentement sans l'échange: contrat de société, *Revue de jurisprudence commerciale*, n° spécial, p.73s.

Dionne-Proulx J. et Laroche G. (2010), Éthique et gouvernance d'entreprise, *Management & Avenir*, n°32, p.36s.

Freeman R. E. (1984), *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Boston : Pitman.

Friedel G. (1996), *A propos de la notion d'entreprise*, Mélanges Roblot.

- Frydman B. et Haarscher G. (2010), *Philosophie du droit*, Coll. Connaissance du droit, 3ème éd., Dalloz.
- Gaillard E., *La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, thèse Lyon, 1932.
- Gendron C. (2010/1), La responsabilité sociale comme symptôme d'une modernisation de l'entreprise, *Management & Avenir*, n° 45, 70- 82
- Goutay Ph. et Danos F. (1997), De l'abus de la notion d'intérêt social, *Dalloz Affaires*, n° 28, p.877.
- Guyon Y. (1997), *Traité des contrats*, in Ghustin J. (dir.), *Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, 3ème éd., Paris : LGDJ.
- Hannoun Ch., (1991), *Le droit et les groupes de sociétés*, Tome 216, Bibliothèque du droit privé, Paris LGDJ.
- Helfrich V. (2011) *Efficienc e et efficacité d'une normalisation de sujets sociopolitiques : Le cas de la Responsabilité sociétale*, Thèse Université de Strasbourg.
- Lapeyre C. (2004 janv.), La nature de la société depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques, *Bull.Joly Sociétés*, 21-36.
- Le Goff J. (2007), Le droit du travail, terre d'élection de la complexité, in *Droit et complexité : Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Coll. L'univers des normes, PU de Rennes, 135-140.
- Le Goff J.-P. (1992), *Le mythe de l'entreprise, critique de l'idéologie managériale*, Paris : La Découverte.
- Le Texier Th. (2011/2), Foucault, le pouvoir et l'entreprise : pour une théorie de la gouvernementalité managériale, *Revue de Philosophie économique*, Vrin, vol.12, 53-85.
- Libchaber R. (1999), *La société : contrat spécial*, in *Prospectives de droit économique*, Dialogues avec M. Jeantin.
- Lyon-Caen A. et G. (1978), La « doctrine » de l'entreprise in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Paris : Litec, p.600.
- Mazères J.-A. (1998), La théorie de l'institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué, in *Pouvoir et liberté : études offertes à Jacques Mourgeon* : Bruxelles.
- Mercadal B. (1991), *La notion d'entreprise*, Mélanges Derrupé, Paris : GLN Joly.
- Monsallier M.-C. (1998), *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, Paris : LGDJ.
- Morin M., (1945), *La révolte du droit contre le code, la révision nécessaire des concepts juridiques*, Paris : Sirey, p.2s.
- Moreau Defarges P. (2003), *La gouvernance*, Coll. Que sais-je ?, Paris : PUF.
- Muka Tshibende L.-D., Queinnec Y., Tchotourian I. (2011), Articles 224 et s. de la loi Grenelle II : Vers un droit de la gouvernance d'entreprise (enfin ?) responsable, *Revue de droit international et de droit comparé*, 1-50.
- Paillusseau J. (1967), *La SA technique d'organisation*, Thèse ; (1987), *Qu'est-ce que l'entreprise ? in L'entreprise : nouveaux apports*, Paris : Economica; (1996 juin 19), *L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir*, Les Petites Affiches.
- Pesqueux Y. (2002), *Le gouvernement de l'entreprise comme idéologie*, Paris : Ed. Ellipses (avec Y. Biefnot); (2004), *Gouvernance et privatisation*, coll. La politique éclatée, Paris : PUF.
- Pirovano A. (1997), La "boussole" de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise?, *Dalloz*, p.193.
- Raynal S., (2009/5) *Gouvernance et pouvoir*, Direction et Gestion (La RSG) *La Revue des Sciences de Gestion*, n° 239-240, 37- 48.
- Ripert G., (1951), *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris : LGDJ, 2ème éd.
- Rosé J.-J. (2011), L'intérêt général au risque de la RSE, Une approche multiculturelle limitée pour une CSR discursive in *Responsabilité sociale des entreprises, Regards croisés Droit et Gestion*, (dir.) F. G. Trébulle & O. Uzan : Economica, 501-518.
- Roujou de Boubée G. (1961), *L'essai sur l'acte juridique collectif*, Bibliothèque de droit privé, Tome XXVII : LGDJ.
- Rousseau S. et Tchotourian I, (2008), L'« intérêt social » en droit des sociétés : regards canadiens, *Revue des Sociétés*, p. 735.
- Saintourens B. (1987 oct.-déc.), La flexibilité du droit des sociétés, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 40 (4), p.457.
- Savatier R. (1952), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui*, Paris : Dalloz, 2ème éd.

Schiller S. (2001), L'influence de la nouvelle économie sur le droit des sociétés, *Revue des sociétés*, p.47.

Schmidt D., (1994), De l'intérêt commun des associés, *J.C.P. Ed. E.* ; (1995 août) De l'intérêt social, *Droit bancaire* ; *J.C.P.*, I, n° 488

Trebulle F.G. (2007 janv.), Stakeholders Theory et droit des sociétés, 2ème partie, *Bull.Joly Sociétés*, §1, p.7s. ; (2006 déc.) 1ère partie, *Bull.Joly Sociétés*, p.1337, §282.

Truong N., (2011 novembre 17) interview exclusive de Habermas J., *Le Monde*.

Isabelle CADET

Enseignant-Chercheur en Droit, Ethique et RSE

Docteur en Droit privé (option Droit des affaires)

Thèmes de recherche : GRH, responsabilité sociale, gestion des risques.