



HAL
open science

Autour des “ missions ” des sociétés commerciales

Luisa Brunori

► **To cite this version:**

Luisa Brunori. Autour des “ missions ” des sociétés commerciales. Tribonien. Revue critique de législation et de jurisprudence, 2020, pp.184-198. hal-03170656

HAL Id: hal-03170656

<https://hal.science/hal-03170656>

Submitted on 10 Apr 2021

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.

Autour des « missions » des sociétés commerciales

LUISA BRUNORI

Code de commerce, article L 210-10 (loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, art. 176) :

« Une société peut faire publiquement état de la qualité de société à mission lorsque les conditions suivantes sont respectées :

1° Ses statuts précisent une raison d'être, au sens de l'article 1835 du code civil ;

2° Ses statuts précisent un ou plusieurs objectifs sociaux et environnementaux que la société se donne pour mission de poursuivre dans le cadre de son activité ;

3° Ses statuts précisent les modalités du suivi de l'exécution de la mission mentionnée au 2°. Ces modalités prévoient qu'un comité de mission, distinct des organes sociaux prévus par le présent livre et devant comporter au moins un salarié, est chargé exclusivement de ce suivi et présente annuellement un rapport joint au rapport de gestion, mentionné à l'article L. 232-1 du présent code, à l'assemblée chargée de l'approbation des comptes de la société. Ce comité procède à toute vérification qu'il juge opportune et se fait communiquer tout document nécessaire au suivi de l'exécution de la mission ;

4° L'exécution des objectifs sociaux et environnementaux mentionnés au 2° fait l'objet d'une vérification par un organisme tiers indépendant, selon des modalités et une publicité définies par décret en Conseil d'État. Cette vérification donne lieu à un avis joint au rapport mentionné au 3° ;

5° La société déclare sa qualité de société à mission au greffier du tribunal de commerce, qui la publie, sous réserve de la conformité de ses statuts aux conditions mentionnées aux 1° à 3°, au registre du commerce et des sociétés, dans des conditions précisées par décret en Conseil d'État ».

Code civil, article 1833 (loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, art. 169) :

« La société est gérée dans son intérêt social et en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ».

Code civil, article 1835 (loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, art. 169) :

« Les statuts doivent être établis par écrit. Ils déterminent, outre les apports de chaque associé, la forme, l'objet, l'appellation, le siège social, le capital social, la durée de la société et les modalités de son fonctionnement. Les statuts peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité ».

La Loi PACTE introduit dans le paysage normatif français un nouveau type de sociétés, appelées dans le langage courant « sociétés à mission ». Une telle qualification peut être acquise si le statut de la société précise « une raison d'être, au sens de l'article 1835 du code civil », et si le statut indique « un ou plusieurs objectifs sociaux et environnementaux que la société se donne pour mission de poursuivre dans le cadre de son activité » (code de commerce, art. L 210-10 2).

Pour la conception de ces « sociétés à mission », le législateur de 2019 s'inspire des recommandations du rapport Notat-Sénard rendu le 9 mars 2018¹, des chercheurs de Mines ParisTech² et du groupe de travail organisé par le Collège des Bernardins³.

Les innovations introduites par la loi PACTE permettent aux « société à mission » de bénéficier des avantages (surtout en

¹ Rapport Notat-Sénard rendu le 9 mars 2018, mission « Entreprise et intérêt général » [economie.gouv.fr].

² A. Hatchuel, B. Segrestin, « La société contre l'entreprise ? Vers une norme d'entreprise à progrès collectif », *Droit et société*, 65/1 (2007), p. 27-40 ; Id., *Refonder l'entreprise*, Paris, 2012 ; Id., « Pour la création d'un nouveau statut d'entreprise à objet social étendu », *Les Échos*, 6 août 213 ; K. Levillain, *Les entreprises à mission : Un modèle de gouvernance pour l'innovation*, Paris, 2017.

³ B. Segrestin, K. Levillain, S. Vernac, et A. Hatchuel, *La « Société à Objet Social Étendu ». Un nouveau statut pour l'entreprise*, Paris, 2015.

termes d'image et de réputation)⁴ résultant de la publicité d'objectifs qui vont au-delà du seul profit ; en même temps, ces sociétés se soumettent volontairement à un régime spécial de responsabilité qui dépend précisément de la mission déclarée.

La création de la « société à mission » française s'inscrit dans un contexte d'innovations concernant le rôle des sociétés commerciales anticipé par le monde anglo-saxon. Depuis les années 2000, plusieurs états nord-américains ont introduit dans leur législation la notion de *purpose* pour attribuer des bénéfices aux entreprises qui surpassent leur objet social pour un intérêt collectif⁵. En droit français, la « mission » est conçue comme la traduction de la notion américaine de *purpose*⁶.

Par ailleurs, au moment de l'adoption de la loi PACTE, le droit français s'était déjà orienté vers l'approche nord-américaine : la loi du 21 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire dénotait une reconnaissance et un intérêt pour les entreprises reposant sur une logique autre que la seule rémunération des actionnaires⁷.

Toutefois, même dans ce contexte, l'introduction de la notion – complètement inédite dans la législation commerciale française – de « raison d'être » de la société (nouvel article 1835 du code civil), présentée dans les travaux parlementaires comme « une accroche législative pour les sociétés qui souhaiteraient se doter de missions plus larges que la seule recherche du profit – des sociétés ou des entreprises à mission –, sans que cette faculté n'entraîne une quelconque obligation à la charge de l'ensemble des sociétés »⁸, interroge fortement à propos de sa relation avec l'objet social.

S'il est évident que la raison d'être ne saurait se substituer à l'objet social⁹, toute tentative de distinction entre « raison d'être » et « objet social » oblige les exégètes de la loi à mobiliser des notions métajuridiques : comme eux-mêmes l'affichent, la raison d'être « renvoie à une dimension transcendante : si l'objet social répond à la question “pourquoi les associés constituent-ils la société ou plus exactement pour faire quoi ?”, la raison d'être permettrait de définir “pourquoi”, c'est à dire “en vue de quoi” »¹⁰.

Effectivement, déjà avant l'adoption de la récente législation, qu'il s'agisse de « société à objet social étendu »¹¹, d'« entreprise d'intérêt collectif »¹², ou d'« entreprise à mission »¹³, la réflexion des économistes partait du constat que certaines entreprises complètent leur statut commercial par

des règles statutaires qui traduisent leur volonté de poursuivre d'autres finalités que la maximisation du profit.

La sociologie contemporaine s'est également intéressée au *caring capitalism*¹⁴ ou *conscious capitalism*¹⁵. Ces deux expressions traduisent l'engagement des sociétés commerciales à poursuivre à la fois des objectifs de profit et des buts de contribution au bien-être de la communauté suivant des pulsions dans l'action économique dictées par des croyances éthiques, morales ou religieuses que Weber avait déjà identifiées et définies en termes sociologiques au début du XIX^e siècle¹⁶.

Avec l'introduction de la « raison d'être » dans le code civil, le législateur a donné droit de cité à ces finalités au sein du « juridique »¹⁷. Conséquence en est qu'une fois la « société à mission » entrée dans le code du commerce, la réflexion sur ces buts ne peut que se faire juridique et impose, par la force des choses, un approfondissement sur la « nouvelle signification de la notion d'objet social »¹⁸.

Le débat entourant la loi PACTE avait été déclenché par la réflexion autour de l'« objet social étendu » (SOSE) ; celui-ci aurait permis de concrétiser les objectifs d'une « gouvernance d'entreprise » qui ne se limite pas au but lucratif mais qui opère dans une dimension plus ample de buts auxquels les salariés sont associés¹⁹.

Avec la « société à mission » cette dimension s'amplifie et acquiert une valeur téléologique affichée. Mais puisque le législateur n'a pas défini la « mission » à l'article L. 210-10 du code de commerce, s'impose alors l'impression que les futurs exégètes du texte ne pourront pas se passer de la pléiade composée par les notions d'objet social, intérêt social et enjeux sociaux et environnementaux de l'activité, trilogie consacrée par le nouvel article 1833 du code civil.

C'est précisément en prenant en considération ces éléments que les commentateurs de la loi PACTE ont rejoint la terminologie vue auparavant à propos du *caring capitalism* affirmant que « la société à mission doit favoriser la formation d'une avant-garde entrepreneuriale qui incarne le capitalisme de responsabilité et d'engagement voulu par l'État »²⁰.

L'approche juridique est donc explicitement nourrie par de forts principes éthiques qui deviennent des critères d'interprétation et des axes directeurs de l'activité sociétaire, au point qu'on a récemment parlé de l'« entreprise, acteur de transformation du monde...de démocratie et émancipation sociales »²¹.

⁴ Concrètement, le nouveau statut de « société à mission » permet aux entreprises de se différencier précisément au nom de cette mission qu'elles ont le droit d'afficher : « Une société peut faire publiquement état de la qualité de société à mission » (nouvel art. L.210-10 du code de commerce).

⁵ M. Kelly, A. L. White, « From Corporate Responsibility to Corporate Design : Rethinking the Purpose of the Corporation », *The Journal of Corporate Citizenship*, n. 33, Landmarks in the History of Corporate Citizenship, 2009, p. 23-27 ; J. Haskell Murray, « Social Enterprise Innovation : Delaware's Public Benefit Corporation Law », *Harvard Business Law Review*, 4 (2014), p. 345 ; E. Cohen, *La société à mission. La loi PACTE : enjeux pratiques de l'entreprise réinventée*, Paris, 2019, p. 23.

⁶ E. Cohen, *La société à mission. La loi PACTE : enjeux pratiques de l'entreprise réinventée* cit., p. 39.

⁷ É. Bidet, M. Filippi, N. Richez-Battesti, « Repenser l'entreprise de l'ESS à l'aune de la RSE et de la loi Pacte », *RECMA*, 353/3 (2019), p. 124-137, p. 125.

⁸ Rapport fait au nom de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, relatif à la croissance et la transformation des entreprises (n° 1088) [assemblée-nationale.fr].

⁹ A. Couret, B. Dondero, *Loi Pacte et droit des affaires*, Levallois, 2019, p. 16.

¹⁰ M. Roussille, « Projet de loi PACTE : quel impact ? - Réflexion sur la consécration de l'intérêt social et de la raison d'être de la société », *Droit des sociétés*, 10 (2018), n. 8-9.

¹¹ B. Segrestin, A. Hatchuel, *Refonder l'entreprise* cit.

¹² Rapport Notat-Sénard cit.

¹³ K. Levillain, *Les entreprises à mission* cit.

¹⁴ E. Barman, *Caring capitalism*, Cambridge, 2016, p. 1 : « The idea seems simple enough : companies can pursue social impact and they can make profit in so doing ».

¹⁵ J. Mackey, R. Sisodia, *Conscious Capitalism : liberating the Heroic Spirit of Business*, Cambridge, 2013.

¹⁶ E. Barman, *Caring capitalism* cit., p. 107-108.

¹⁷ Par exemple la société Danone s'est donné comme raison d'être « redonner tout son plaisir à l'alimentation », voir A. Couret, B. Dondero, *Loi Pacte et droit des affaires* cit., p. 16.

¹⁸ E. Cohen, *La société à mission* cit., p. 36.

¹⁹ B. Segrestin, A. Hatchuel, *Refonder l'entreprise* cit.

²⁰ E. Cohen, *La société à mission* cit., p. 63.

²¹ B. Segrestin « La mission de l'entreprise, variable clé de la démocratie sociale ? », *Cités*, 77/1 (2019), p. 107-113.

On revient donc à la très ancienne question du *Capitalism with Morality*²² – qui est loin d'être une nouveauté²³ des mouvements intellectuels des années 1990²³ –, de la reconnaissance de la RSE définie par la Commission européenne comme « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société »²⁴, des tribunes des années 2000²⁵ et de la toute dernière législation.

L'historiographie a déjà largement démontré que droit, économie et éthique n'ont jamais été vraiment séparés²⁶. On pourrait alors affirmer que jamais, même dans la période du libéralisme le plus revendiqué²⁷, un système économique-juridique n'a été complètement dépourvu d'éthique²⁸. Il a été déjà efficacement observé que « pour maintenir son pouvoir de mobilisation, le capitalisme va devoir aller puiser des ressources en dehors de lui-même, dans les croyances qui possèdent, à un moment donné, un pouvoir important de persuasion dans les idéologies marquantes »²⁹.

La mise en perspective historique de ces éléments est évidemment délicate et nécessiterait une telle quantité de *distinguo* et de précautions que toute tentative se limitant à quelques pages serait inappropriée. On peut cependant essayer d'accorder une attention particulière à certains moments de l'histoire des sociétés commerciales qui paraissent être significatifs et révélateurs des différentes combinaisons entre éthique et droit.

I. Des sociétés commerciales aux objectifs « justes » ?

Les objets et les objectifs des sociétés commerciales sont un excellent test pour mettre à l'épreuve la relation entre le droit des affaires et la morale dans l'économie (ou l'économie morale, si l'on préfère). Comme on le sait, les relations tourmentées entre l'éthique et les affaires remontent à un

²² E. Illouz dans *Les sentiments du capitalisme*, Paris, Seuil, 2006, reconnaît à Max Weber (mais aussi à Durkheim) le mérite d'avoir compris le rôle des sentiments dans l'action économique. Elle parle de « capitalisme émotionnel » lorsque les discours et les pratiques émotionnels et économiques s'in-

fluencent mutuellement.

²⁹ L. Boltanski, E. Chiappello, *Le nouvel esprit du capitalisme*, 2e éd., Paris, 2011, p. 60. Voir aussi J. Habermas, *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, trad. Jean Coste, Paris, 1978.

²² D. W. Haslett, *Capitalism with morality*, Oxford, 1994.

²³ A. Salomon, *Moraliser le capitalisme ?*, Paris, 2009 ; P. Koslowski, *Principes d'économie éthique*, Paris, 1998 (1ère édition allemande 1988).

²⁴ Commission européenne, « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », communication du 7 novembre 2012.

²⁵ « Plaidoyer en faveur d'une économie de marché responsable », *Le Monde*, 16 novembre 2016, tribune signée, entre autres par Christine Lagarde, Martin Hirsch et Pascal Lamy.

²⁶ « Religión es creencia, representación y orden. Es en definitiva cultura y como tal interesa nuestra historia, hipotecada ab initio por un débito cultural », écrit Carlos Petit dans « 'Mercatorvra' y 'ivs mercatorvm' », *del ivs mercatorvm al derecho mercantil*, dir. C. Petit, Madrid, 1997, p. 19. W. Decock, *Theologians and contract law : the moral transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*, Leiden Boston, 2013 ; R. Savelli, « Between Law and Morals : Interest in the Dispute on Exchanges during the 16th Century », *The Courts and the Development of Commercial Law*, dir. V. Piergiovanni, Berlin, 1987, p. 39-102 ; B. Clavero, *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milano, 1991 ; Id., *Usura : del uso económico de la religión en la historia*, Madrid, 1985.

²⁷ C. Muldrew, « Self-control and savings. Adam Smith and the creation of modern capital », *Market Ethics and Practices*, c. 1300-1850, dir. S. Middleton et J.E. Shaw, London, p. 63-86.

passé lointain, identifiable symboliquement avec la distinction aristotélicienne entre économie et chrématistique, définie par Karl Polanyi comme étant « probablement l'indication la plus prophétique qui ait été jamais donnée dans le domaine des sciences sociales »³⁰.

Concernant les finalités de l'action économique, les objets d'une société commerciale font partie de sa définition même, et ont naturellement retenu l'attention des juristes (à tel point que l'élément téléologique fait partie de la définition de société donnée par l'article 1832 du code civil). Anne Lefebvre-Teillard rappelle que l'« exemplarité » des objets des sociétés anonymes au XIXe siècle avait été prise au sérieux, au point que les instructions ministérielles de 1807 et de 1817 demandaient aux préfets (au moment d'octroyer l'autorisation) de s'intéresser, non pas uniquement au caractère licite de l'objet, mais aussi « aux mœurs, à la bonne foi du commerce et au bon ordre des affaires en général »³¹.

En remontant encore dans le temps, l'attention portée à l'objet moral de ces sociétés se fait plus intense quand des juristes encore profondément imprégnés de théologie et de morale tentent d'encadrer les structures proto-capitalistes de l'Époque moderne. Tel est le cas des juristes-théologiens savants des XVIIe et XVIIIe siècles : les questions liées aux objectifs de l'action économique se posaient avec une urgence criante au moment de la naissance du commerce transatlantique et des premières vraies sociétés de capitaux ; ces questions furent traitées par ces juristes selon des critères théologiques et moraux qui rappellent dans un certain sens l'impulsion moralisatrice du législateur du troisième millénaire³².

Tomas de Mercado par exemple, consacre le chapitre III de la première partie de sa *Suma de tratos y contratos* (Séville, 1569-1571) à la relation entre l'activité marchande et l'activité morale³³, et le chapitre IV aux finalités que les marchands doivent avoir quand ils exercent leur activité³⁴.

Non sans une pointe d'ironie, Mercado anticipe l'orientation que l'on retrouve des siècles plus tard dans la Loi Pacte : puisque le commerçant lui-même n'a d'autre but que de s'enrichir, il faut lui trouver des bonnes finalités supplémentaires afin que ce but devienne « bon »³⁵.

Pour ce faire, les objectifs de l'activité marchande, et en particulier de la société commerciale, sont observés par les savants de l'époque sous un angle plus large qui inclut le

³⁰ K. Polanyi, *The Great Transformation*, New York, 1944, Chapter iv Societies and economic systems, p. 53 : « We must concede that his famous distinction of householding proper and money-making, in the introductory chapter of his Politics, was probably the most prophetic pointer ever made in the realm of the social sciences ; it is certainly still the best analysis of the subject we possess ».

³¹ A. Lefebvre-Teillard, *La société anonyme au XIXe siècle*, Paris, 1985, p. 92, n. 31.

³² Tomas de Mercado (1525-1575), *Suma de tratos y contratos*, 2e éd., Sevilla, 1571, cap. IX : « Por lo cual acordé...tocar las condiciones que se tienen a poner y la equidad y justicia con que se deben hacer y la verdad que entre ellos se ha de tratar y escribir y la fidelidad que se ha de guardar y tener ».

³³ Tomas de Mercado, *Suma de tratos cit.*, I, 3 « Del grado que tiene esta arte con las cosas morales ».

³⁴ Tomas de Mercado, *Suma de tratos cit.*, I, 4 « Del fin que deve tener el mercader en sus tratos ».

³⁵ Tomas de Mercado, *Suma de tratos cit.*, I, 4 « Del fin que deve tener el mercader en sus tratos » : « A este tal [le marchand] le buscamos algun buon fin para que lo haga bueno ».

bénéfice que la communauté retire de la réalisation des objectifs de la société. Mercado prend l'exemple des marchands de Séville (qui, accessoirement, sont les commanditaires de son traité...) qui commercent avec *las Indias*. Ces marchands, dit Mercado, sont bien méritants devant Dieu et devant leur propre pays parce qu'ils fournissent à la *Nueva España* des produits de première nécessité qui ne pourraient pas être trouvés dans ces terres lointaines, et sans lesquels la population vivrait dans des conditions malheureuses. De même, étant donné la grave pénurie de céréales dans la ville de Séville, le commerçant qui se consacre à une activité commerciale avec la ville de Naples ou la Sicile pour obtenir du blé, sert toute la communauté³⁶.

Mais il s'agit ici d'un discours rhétorique, bien connu à l'Époque moderne comme dans l'Antiquité, soulignant le caractère bénéfique du commerce pour toute la communauté³⁷.

Mercado sait bien qu'au-delà de cette rhétorique, la véritable consigne donnée par les textes sacrés au marchand est de partager ses richesses avec ceux qui n'en ont pas. Mais sur ce point, Mercado ne se fait pas d'illusions : « Personne ne possède une telle vertu, et c'est pourquoi je ne veux pas m'attarder sur la bonté, la valeur et le mérite de cet objectif ; ce serait parler aux sourds ou faire tomber les mots dans un désert : personne ne les écouterait »³⁸.

Toutefois si, certes, les petites sociétés commerciales de l'Époque moderne ne se préoccupent nullement d'indiquer des objectifs plus larges que la recherche du profit, certains statuts de compagnies semblent adhérer à la rhétorique des « missions sociales », pour utiliser le lexique de la Loi PACTE. Par exemple le statut de la *Compagnia marittima di San Giorgio*, fondée à Gênes en 1653, indique comme but de la *Compagnia* le bien-être et la prospérité des particuliers mais aussi de la ville entière et rappelle que c'est pour réaliser cette fin de bien-être public que la compagnie même a été créée³⁹.

Alain Wijffels a démontré que dans la pratique l'*utilitas publica* fut un argument souvent utilisé aux xve et xvie siècles dans les litiges commerciaux et développé dans le concept de *publica commerciorum utilitas*⁴⁰.

Il est vrai que l'approche éthique du rôle du marchand – qu'il opère seul ou en société – est très présente dans l'analyse des juristes des xvi^e et xvii^e siècles. Dans cette perspective *caritas* et *communitas* sont deux éléments indissociables

pour l'évaluation de l'action économique selon les critères donnés par des juristes formés et façonnés par la théologie⁴¹. Sur le plan des objectifs d'une société commerciale, cela se traduit par une nécessité de demander le juste prix des choses et de chercher un profit modéré.

II. Rhétorique, pratique et droit

La différence entre rhétorique et réalité est très claire pour les juristes de l'Époque moderne. En ce qui concerne les objectifs de la société commerciale, nous pouvons observer le même réalisme que Mercado dans l'analyse de ses contemporains.

Luis de Molina⁴² au début de la *disputatio* 411 de son *De Iustitia et de Iure*, la première *disputatio* des treize dédiées au contrat de société, donne tout de suite la définition du contrat de société, conforme à celle de Cicéron et Azon : « *societas est contractus seu conventio duorum aut plurium, contribuendi ad comune lucrum vel ad usum* » ; Leonard Lessius⁴³ s'exprime de façon très similaire : « *Societas est conventio duorum, pluriumve, ad conferendum aliquid in usum vel quaestum communem, contracta* »⁴⁴. Lessius souligne aussi que les finalités du contrat peuvent être les plus variées, dans le droit fil d'une attitude favorable à la liberté des parties déjà bien établie dans le droit romain et certainement pas remise en cause au xvi^e siècle⁴⁵, confirmant la grande souplesse présentée par ce contrat qui en faisait un formidable instrument pour la liberté des particuliers⁴⁶.

À propos de la nature du gain auquel est vouée l'activité de la société commerciale, les récents dépouillements d'archives ont permis d'observer que plutôt que *societates ad lucrum*, les sociétés commerciales de cette époque sont en majorité *societates ad quaestum*⁴⁷ ; le rapport entre *lucrum* et *quaestus* est un rapport de genre à espèce : *quaestus* est l'accroissement économique obtenu par le biais de l'exercice

⁴¹ D. Menjot, « L'économie de marchés au Moyen Âge. Quelques approches de médiévistes sur le marché », dir. Y. Roman, *L'économie antique, une économie de marché ?*, Paris, 2008, p. 235-251.

⁴² 1535-1600.

⁴³ 1554-1623.

⁴⁴ Leonard Lessius, *De iustitia et iure*, Antwerp, 1621, II, 25 *De contractu societatis*, *Dubitatio I Quid sit societas et quibus modis contrahatur* ; Juan de Lugo (1583-1660), s'exprime exactement dans les mêmes termes que Molina, *Disputationum de Iustitia et de Iure*, Lyon, 1642, (édition

consultée : sumpt. Haered. Petri Prost, Philippi Borde & Laurentii Arnaud, Lyon, 1644), II, 30 *De contractu societatis*, *Sectio I Quid et quotuplex sit societas, quomodo contrahatur et dissolvatur*.

⁴⁵ Leonard Lessius, *De iustitia et iure* cit., II, 25, Dub. I, n. 4 : « Ex parte finis, pussunt enim esse varii fines proximi huius contractus : sic aliquando contrahitur ad usum tantum, ut quando libri, vel alia suppellex, vel pecunia, in usum, et victum communem conferuntur : aliquando ad usum tantum ut in negotiationem, aliquando ad utrumque ut in matrimonio : ubi vir et mulier conferunt bona et operas ad perpetuum convictum, et lucrum ». Tomas de Mercado ajoute « Finalmente, cuando la compañía se hace entre personas que no les costringen a ello necesidad, qualesquier condiciones se pueden sacar y poner, aunque de suyo sean algo injustas, sabiendolo y entendiendolo las partes porque no hay ni agravio ni fuerza adonde hay voluntad y no necesidad » (*Suma de tratos* cit., cap. IX).

⁴⁶ Leonard Lessius, *De iustitia et iure* cit., II, 25, Dub. I : « Ex partes finis : possunt enim esse varii fines proximi huius contractus. Sic aliquando contrahitur ad usum tantum, ut quando libri, vel alia suppellex, vel pecunia, in usum et victum communem conferuntur ; aliquando ad lucrum tantum, ut negotiatione ; aliquando ad utrumque ut in matrimonio, ubi vir et mulier conferunt bona et operas ad perpetuum convictum lucrui ».

⁴⁷ J. Martínez Gijón, *La compañía mercantil en Castilla hasta las ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737. Legislación y doctrina*, Sevilla, 1979, p. 62 s. ; L. Brunori, « Societas quid sit ». *La société commerciale dans la réflexion de la seconde Scolastique*, Paris, 2015.

³⁶ Tomas de Mercado, *Suma de tratos* cit., I, 4 « Del fin que deve tener el mercader en sus tratos », fol. 10 v.

³⁷ Tomas de Mercado cite même *La vie de Solon* de Plutarque ; à titre d'exemple : « *Ad summam rempublicam navium exercitio pertinet* », Ulpian, D.14.1.1.20 ; parmi les modernes, Johannes Althusius (1563-1638) explique abondamment les avantages pour la communauté entière du commerce et les bienfaits de la circulation de la propriété des choses, dans *Politica Methodice Digesta*, 1603, (éd. Consultée : Groningen, Iohannes Radaeus, 1610, chap. xi, §§ 8-12).

³⁸ Tomas de Mercado, *Suma de tratos* cit., I, 4 « Del fin que deve tener el mercader en sus tratos », fol. 10 r.

³⁹ P. Ungari, *Statuti di compagnie e società azionarie italiane (1638-1808)*, Milano, 1993, p. 10.

⁴⁰ A. Wijffels, « Business Relations Between Merchants in Sixteenth-Century Belgian Practice-Orientated Civil Law Literature », *From Lex Mercatoria to Commercial Law*, dir. Vito Piergiovanni, Berlin, 2005, p. 255-290, spéc. p. 276 s. ; V. Piergiovanni, *The courts and the Development of Commercial Law*, Berlin, 1987.

d'une activité, à travers un effort personnel – l'art, le travail, le soin, la diligence – en excluant de cette catégorie tous les bénéfices qui sont attribués à un individu sans une contribution directe de sa part, comme dans le cas d'un héritage, d'un legs ou d'une donation. Les sociétés de ce type produisent alors un gain exclusivement à travers l'exercice d'une activité économique, tel le commerce transocéanique.

Cet aspect marque la grande différence avec les *societates omnium bonorum* où toutes les acquisitions, à titre gratuit comme à titre onéreux, constituent le *lucrum* ; parmi ces acquisitions peuvent éventuellement entrer les *negotiationes* typiques des sociétés commerciales qui restent toutefois un des titres d'acquisition de la société *omnium bonorum*⁴⁸, laquelle – affirme clairement Luis de Molina – « hodie rara est »⁴⁹.

Les traités savants de l'époque reflètent cette réalité : on peut observer que Lessius dans sa définition de la société ne parle pas exactement de *lucrum*, mais justement de *quaestum communem*.

De plus, ces auteurs, au-delà du but lucratif, font référence au *commune usum* ; Molina affirme que le but d'utiliser en commun un bien peut donner naissance à une société : tel est le cas par exemple d'une société constituée entre des frères pour la jouissance d'un héritage non partagé⁵⁰.

Il n'en demeure pas moins que la société commerciale, par nature, est constituée dans un but lucratif et que, par conséquent, elle entre dans la catégorie de la *societas ad lucrum* et non de la *societas ad usum*. Le *lucrum* représente un des éléments essentiels du contrat, rappelé aussi par les plus pragmatiques de l'école, comme Bartolomé de Albornoz, qui, très synthétiquement, définit la société comme « compañía es ayuntamiento de dos o más hombres con intención de ganar algo de so uno »⁵¹ ; également Hevia Bolaños : « Compañeros son los que hacen compañía en las cosas en que la contraen por causa de ganancia »⁵².

Quoi qu'il en soit, même si l'on se livre à une recherche minutieuse dans les traités juridiques de l'Époque moderne, il n'y a aucune référence à des missions autres que celles de *lucrum*, *quaestum* et *usum*. Une telle donnée est extrêmement significative compte tenu de la nature de ces traités, écrits par des savants qui étaient certes juristes, mais aussi hommes d'Église animés d'un esprit pastoral affiché. Mais, même

dans cette optique, la société commerciale ne semble pas être à leurs yeux l'instrument pour la réalisation d'objectifs d'intérêt général, souvent exprimés de manière rhétorique et nullement coercitive.

Il est donc possible de conclure que l'évaluation éthique de l'objet et des objectifs de la société commerciale ne vise pas, contrairement au mouvement juridique actuel, à l'orienter vers des objectifs différents et plus larges que ceux du profit. En fait, l'avantage économique reste, pour les juristes des XVI^e et XVII^e siècles, le seul but des sociétés.

III. Des limites éthiques aux objectifs de la société commerciale

Malgré le réalisme que l'on vient d'observer, l'évaluation morale des buts de la société commerciale est omniprésente dans les traités théologico-juridiques des XVII^e et XVIII^e siècles. Toutefois, à la différence du législateur contemporain, ces savants abordent le caractère éthique de l'objet de la société, non pas comme ce que la société commerciale est encouragée à faire, mais ce que la société est encouragée à ne pas faire.

Dans une dimension juridique où une grande liberté est laissée aux parties dans le choix de l'objet de la société, les limites éthiques des objectifs de la société se jouent d'un côté sous l'angle de l'interdiction classique d'objet illicite et, de l'autre, sous l'angle de l'interdiction d'un gain démesuré par rapport aux impératifs de respect de la *caritas* au sein de la *communitas*.

Sous le premier aspect, les juristes des XVII^e et XVIII^e siècles restent fidèles aux principes classiques : les parties ont pleine liberté dans le choix des objectifs de leur société commerciale, pourvu que ceux-ci ne soient pas contraire aux **boni mores** et au droit⁵³. Le principe est consolidé depuis longtemps : « *societas de re turpi, haec ipso iure est nulla* »⁵⁴. Parmi les cas les plus fréquents de nullité de l'objet figurent évidemment les contrats des sociétés qui dissimulent des opérations usuraires.

L'élément usuraire du contrat de société pouvait se réaliser naturellement quand la société avait été constituée dans le but spécifique d'exercer des pratiques usuraires, mais celui-ci reste un cas absolument théorique.

⁴⁸ M. Talamanca, V^o Società in generale. Diritto Romano, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1981, XXXVII, p. 816.

⁴⁹ Luis de Molina, *De Iustitia et Iure*, 1593, (édition consultée : Antwerp, Ioannes Keebergius, 1615), disp. 421 intitulée « De societate omnium bonorum. Ac simul de ea, quæ inter eos fratres esse solet, qui paternam hæreditatem habent indivisam ».

⁵⁰ Luis de Molina, *De Iustitia* cit., disp. 421, n. 6 et 7.

⁵¹ Bartolomé de Albornoz (1519-1573), *Arte de contractos*, Valencia, 1573, I, 15, « De la compañía », cap. i.

⁵² Juan Hevia Bolaños, (1570-1619), *Curia Philippica*, I, 1, 3 « Compañeros », Lima, 1603, (édition consultée : Madrid, Ramon Ruiz, 1790). Dans les mêmes termes *Las Sietes Partidas*, V, 10, 1 : « Compañía es ayuntamiento de dos omes, o de más, que es fecho con intención de ganar algo de so uno, ayuntandose los unos con los otros bien assi como fuessen hermanos ».

⁵³ Relativement au contrat de société, « *Universim valet quoquunque pactum quod bonis mores ac dispositioni iuris non repugnet* », affirme Luis de Molina, *De Iustitia* cit., II, 412, n. 2 ; Bartolomé de Albornoz, *Arte de contractos* cit., I, 14, 3 : « La compañía se puede hacer sobre todas quantas cosas y contratos hay, que sean derechos y honestos : mas no sobre cosa desaguissada como hurtar, dar a logro, y lo semejante ».

⁵⁴ Luis de Molina, *De Iustitia* cit., II, 412, n. 3. Sur le rapport entre condamnation de la cause du contrat et condamnation de l'objet du contrat afin d'en établir la nullité juridique voir W. Decock, *Theologians and contract law* cit., p. 278.

Bien plus souvent, une opération usuraire pouvait être mise à exécution à travers les arrangements spécifiques dans les rapports entre les associés. Derrière la proportion des apports et la répartition des profits, un prêt à intérêt pouvait se cacher, en escamotant ainsi le précepte de la gratuité du prêt. Si, en effet, l'associé capitaliste avait encaissé une partie des profits sans participer au risque, il aurait alors opéré un prêt onéreux et donc une opération usuraire⁵⁵ : « Ille qui ponit pecuniam subeat etiam periculum » disait le maître Francisco de Vitoria⁵⁶.

Cependant, Luis de Molina se montre plus flexible sur ce point et admet que certains pactes dérogeant à cette règle générale ne soient pas considérés comme injustes, car ils répondent à une exigence de justice essentielle. C'est le cas, par exemple, d'une société où un associé apporte le capital, alors que les autres apportent seulement *opera et industria*. Dans ces cas, Molina conçoit que des pactes entre les associés pour une distribution différente du risque soient admissibles, pourvu qu'il y ait une compensation équitable du déséquilibre. Ainsi, toute la *disputatio* 417 est consacrée à la question « *utrum possit esse licitus contractus, ut periculum totum capitalis ad eum pertineat, qui apponit operas* ».

Parmi ces pactes le *contractus trinus*⁵⁷ était l'un des cas les plus problématiques, pour lequel la doctrine de l'époque peinait à trouver des solutions univoques : « De Iustitia huius contractus magna est controversia et varia doctorum sententia », affirme Lugo⁵⁸. Même si entre le xv^e et le xvii^e siècle se dégage une certaine bienveillance à l'égard du *contractus trinus*⁵⁹, Lugo rappelle que « *destruit conceptum societatis si totum periculum capitalis et operæ reiciatur in unum solum ex sociis* » : il est contraire à la cause même du contrat de société, qu'un seul des associés doive se charger entièrement du risque et du travail⁶⁰.

Un deuxième impératif éthique concernant les objectifs des sociétés commerciales est très présent dans les traités de l'époque : si le but de toute société est bien le gain, il faut toujours demander le « juste prix » des choses et ne jamais pour-

suire un profit disproportionné.

Ce n'est pas un hasard si la théorie du juste prix naît à cette époque, affinée par Francisco de Vitoria et perfectionnée par Martin de Azpilcueta⁶¹ et Luisa de Molina⁶². L'évaluation de la « justesse » du prix demandé s'accompagne d'une réflexion sur la mesure et la modération dans les rapports économiques qui a une longue histoire. Déjà Thomas d'Aquin et Antonin de Florence, par exemple, affirmaient que l'exercice des arts, fait de bonne foi, produisait un *moderatum et iustum lucrum*⁶³.

Les rappels à un *moderado interés* ou une *justa y moderada ganancia* sont multiples dans les écrits des docteurs des xv^e et xvii^e siècles, surtout pour ce qui concerne les biens de première nécessité comme le blé ou le pain⁶⁴. L'identification du juste prix des choses est un aspect très important de la quête de la mesure dans les relations commerciales⁶⁵. Même chose pour la rémunération d'autres activités que la vente, rémunération qui doit toujours être respectueuse de la *caritas* prescrite au sein de la *communitas* : tel est le cas, par exemple, pour le change pour lequel l'intérêt perçu doit être « modéré et juste, à savoir pieux, humain et non augmenté en fonction de la nécessité de l'autre »⁶⁶.

IV. Des missions « expansives » ?

La recherche d'arguments historiques au soutien des sociétés « à mission » prévues par la loi PACTE a conduit certains à identifier les racines anciennes de la « mission » dans les « compagnies à charte » de la seconde modernité. Ces compagnies « à charte » (parfois appelées « compagnies privilégiées ») ont été évoquées en soulignant que, déjà au xvii^e siècle, ces compagnies avaient été créées par un acte royal qui définissait les conditions d'exercice de leur activité et les missions dont elles étaient investies. Ces missions ont été

identité de contenu, Juan de Lugo, *Disputationum* cit., XXVI, 4, et Leonard Lessius, *De Iustitia et Iure ceterisque virtutibus cardinalibus libri iv*, Louvain, 1605, II, 21, 2, (édition consultée : Paris, Typographia Rolini Theodorici, 1610).

⁶³ Antonin de Florence (1389-1459), *Summa Theologiae*, Venetia, 1581-1582, vol. iii, f. 92 r.

⁶⁴ Tomas de Mercado, *Suma de tratos* cit., cap. ii : « Cerca del pan cocido se ordenan dos cosas notables : la una, que se venda a precio que se saque el costo del trigo y costas de molienda y amasijo, con una moderada ganancia (en la pragmática de Su Majestad fecha año de 1558) ; la segunda, que esta moderada ganancia la tasen los jueces en sus distritos (en la pragmática del año de 1568) » ; Luis de Molina également parle de « *iustum et moderatum stipendium* » pour le boulangier (*De Iustitia* cit., II, 353, n. 24).

⁶⁵ Luis de Molina, *De iustitia* cit., II, 353, n. 24 : « si fiant animo fallendi ita emptorem, ut ultra pretium iustum emat, esse lethali peccata iniustitiae, si excessus ultra iustum pretium sit tantus » ; « De pretio iusto in emptione et venditione servando » est le titre de la disp. XXVI, sectio IV de l'*op. cit.* de Juan de Lugo.

⁶⁶ Tomas de Mercado, *Suma de tratos...* cit., Cap. VII « De los cambios que se hacen para fuera del reino » : « moderado y justo, esto es que el interés sea piadoso, humano, no subido o medido a la necesidad del otro » ; Luis de Molina également reconnaît que le changeur « *acceperit poterit moderatum stipendium* » (*De iustitia* cit., II, 399, n. 4).

⁵⁵ Luis de Molina, *De Iustitia* cit., II, 417, n. 16 : « Si enim contractus ille ex se esset usurarius, nulla ex causa, quantumcunque pia, licitum esset eum exercere : eo quod usura jure naturali fit prohibita, cui positivum jus præjudicare non potest ».

⁵⁶ Francisco de Vitoria (1485 ?-1546), *In Secundam Secundæ - De Iustitia*, (édition consultée : Madrid, Beltrán de Heredia, 1934), II, 78.

⁵⁷ Comme le dit le nom, il s'agissait de l'union de trois contrats : la base était constituée par un contrat de société entre un associé capitaliste qui apportait un certain capital et un associé actif qui apportait son œuvre ; simultanément étaient conclus deux autres contrats : un *contractus assecuracionis capitalis* qui supprimait le risque de perte du capital apporté par le capitaliste et un *contractus de lucro certo pro incerto* avec lequel l'associé capitaliste vendait sa participation aux profits de la société moyennant une rente fixe.

⁵⁸ Juan de Lugo, *Disputationum de Iustitia et de Iure* cit., xxx, 4, n. 35.

⁵⁹ W. Decock, « In Defense of Commercial Capitalism : Lessius, Partnerships and the Contractus Trinus », *History of Companies and Company Law in the Early Modern*

Period, dir. B. Van Hofstraeten, W. Decock, *Iuris Scripta Historica*, Brussels, 2013, p. 1-36 ; L. Brunori, 'Societas quid sit' cit., p. 74-76 et p. 102-109.

⁶⁰ Juan de Lugo, *Disputationum* cit., xxx, 4, n. 42.

⁶¹ (1491-1586)

⁶² Selon leur conception, le juste prix repose sur la rencontre entre demande et offre, en absence de monopoles, basée sur une estimation subjective fondée sur l'utilité : « Illud in primis observandum est, justum pretium non ex naturis rerum secundum se,

quo ad earum nobilitatem ac perfectionem esse iudicandum, sed quatenus ad humanus usus inserviunt ; eatenus enim ab hominibus aestimantur atque in commerciis et commutationibus hominum inter se pretium habent » (Luis de Molina *De Iustitia* cit., II, 348, n. 2. Avec des expressions différentes mais

définies comme « expansives » par leur capacité à élargir les mailles des buts indiqués dans la charte, normalement constitués à des fins d'« exploration publique et collective »⁶⁷.

Il faut reconnaître que ces missions ne relèvent pas uniquement de la rhétorique mais qu'elles sont situées dans une dimension éminemment juridique qui rattache aux « missions » affichées des effets légaux non négligeables.

Les « missions » de ces compagnies étaient le socle des chartes qui les établissaient. Les buts privés se confondaient avec des buts publics dans lesquels résidait la raison des privilèges accordés aux compagnies à charte.

Les chartes étaient plutôt détaillées quant aux missions de la société. La *East India Company charter* de 1600, est emblématique de ce point de vue⁶⁸. Les rappels à l'intérêt général, au bien de la nation, aux progrès de la navigation et du commerce sont effectivement fréquents, ainsi comme le respect dû aux possessions légitimes d'autres royaumes chrétiens⁶⁹. De ce point de vue encore plus emblématiques sont les articles 1 des chartes concédées par le roi de France aux Compagnies des Indes Occidentales et Orientales voulues par Colbert : « Comme nous regardons dans l'établissement des dites colonies, principalement la gloire de Dieu en procurant le salut des Indiens et sauvages auxquels nous désirons faire connaître la vraie religion »⁷⁰.

De même, la charte de la Compagnie des Cent-Associés, octroyée par Louis xiii sur les conseils de Richelieu, en 1627, donnait aux associés la mission de « coloniser, habiter et désertier le pays, d'y faire passer des colons et des ecclésiastiques ».

Malgré le ton pompeux et grandiloquent, on peut considérer que les missions assignées aux compagnies n'étaient pas que de la pure rhétorique ; il s'agissait de véritables prestations dues à l'État qui avait accordé la charte. L'inexécution de ces clauses, c'est à dire la « trahison de la mission » de la compagnie, pouvait donner lieu à la dénonciation de la charte par l'État, chose qui arriva précisément à la Compagnie des Cent-Associés pour ne pas avoir respecté l'engagement de défricher des terrains concédés aux colons⁷¹.

À cet égard, on peut effectivement voir des traces de l'imputation d'effets juridiques à des missions de l'entreprise ultérieures et différentes par rapport à la maximisation du profit, à l'égard de l'État et des tiers.

Un autre aspect pourrait peut-être justifier une

juxtaposition entre les missions des sociétés à charte et la « mission » visée par la Loi PACTE : la coexistence dans ces missions d'intérêts particuliers et d'intérêts plus généraux.

Il est bien connu que l'activité des compagnies privilégiées a été menée principalement dans le but de réaliser des profits et des gains pour les particuliers. Ces objectifs sont parfaitement assumés : l'intérêt des marchands fait partie des buts principaux de ces compagnies prévus à la fois par les chartes de constitution et par les *bylaws* (les règlements pris par les compagnies mêmes assimilables aux statuts).

La considération des *bylaws* mène à la question de la gouvernance de la compagnie en vue des ces objectifs disparates. La difficulté pratique était effectivement celle d'un management de la société voué à accomplir en même temps les missions d'intérêt général données par la charte et l'intérêt au profit des marchands et des souscripteurs de la compagnie. C'est exactement la question posée par les commentateurs de la Loi PACTE : comment concrètement concilier une volonté de promouvoir « des entreprises plus justes », de « mieux partager la valeur », comment repenser la « gestion des sociétés dans leur intérêt social » tout en prenant « en considération les enjeux environnementaux et sociaux » ? Le risque est d'arriver à une situation, déjà vue pour les corporations anglo-saxonnes du xvii^e siècle, dans lesquelles les marchands portaient des intérêts contraires à ceux de la société⁷².

Toutefois, les similitudes et les analogies entre les missions des compagnies à charte et la mission des sociétés prévues par la loi PACTE, semblent s'arrêter ici. Ni la référence à ces missions pour repérer des racines historiques des « sociétés à mission » semble être concluante. Il est bien connu que les compagnies « à charte » ou « privilégiées » naissent et se développent dans un contexte caractérisé d'un côté par les nouvelles nécessités du commerce transatlantique et d'un autre côté par les politiques mercantilistes préconisées non seulement par la France mais aussi par les autres puissances commerciales européennes⁷³. C'est pour cela que les missions des sociétés à charte étaient des missions confiées par l'État (et non volontairement assumées comme dans la loi PACTE) et étaient juridiquement traitées comme des prestations dues par les compagnies en contrepartie des privilèges qui leur étaient accordés, dans une agencement « contractualisé » des relations entre la société commerciale et les pouvoirs publics qui étaient eux-mêmes sous-

⁶⁷ K. Levillain, *Les entreprises à mission* cit., p. 67-76. Sur les « compagnies à chartes » : J. Micklethwait, A. Wooldridge, *The company : a short history of a revolutionary idea*, New York, 2003 ; G. Cawston, A. H. Keane, *The Early Chartered Companies, 1296-1858*, London, 1833-1912 ; R. Robert, *Chartered Companies and their Role in the Development of Overseas Trade*, London, 1969.

⁶⁸ P. Lawson, *The East India Company : A History*, London, 1993.

⁶⁹ M. Wagner, *The English chartered trading companies, 1688-1763 : guns, money and lawyers*, New York, 2018.

⁷⁰ L. Cordier, *Les Compagnies à charte et la politique coloniale sous le ministère de Colbert*, Thèse pour le doctorat soutenue le 19 novembre 1906 (réimpression, Genève, 1976), p. 110.

⁷¹ L. Cordier, *Les Compagnies cit.*, p. 72-73.

⁷² J. McLean, « The Transnational Corporation in History : Lessons for Today ? », *Indiana Law Journal*, 79/2 (2004), p. 363-377 ; K. Levillain, *Les entreprises à mission* cit., p. 76.

⁷³ P. J. Stern, « Companies, Monopoly, Sovereignty, and the East Indies », *Mercantilism Reimagined : Political Economy in Early Modern Britain and Its Empire*, dir. P. Stern, C. Wennerlind, Oxford, 2014, p. 177-195.

cripteurs des dites compagnies.

Pour être convaincante, cette recherche des racines historiques d'une certaine « extensibilité » des objets et des objectifs des sociétés commerciales (assimilable à celle des « sociétés à mission ») devrait être réalisée en analysant les sociétés commerciales privées⁷⁴. À ce propos Dave De Ruyscher a très bien montré, sur la base des statuts de 145 sociétés, que c'est vers le milieu du xix^e siècle que les sociétés commerciales deviennent des « *open-purpose entities* »⁷⁵.

L'industrialisation a certainement favorisé un élargissement des objectifs des sociétés strictement privées (par opposition aux compagnies à charte) en raison de l'extension progressive de leur taille. La poursuite d'objectifs « indirects » et le développement de stratégies commerciales et fiscales ont certainement fait des statuts des sociétés un instrument d'élargissement des buts typiques des sociétés commerciales d'Ancien Régime. Mais – Dave de Ruyscher le prouve données en main – cette extension des objectifs reste solidement ancrée dans une perspective de profit ou de rentabilité ●

⁷⁴ De ce point de vue, voir le très intéressant ouvrage grand public de V. Viet et R.-H. Guerrand, *Sociétés anonymes d'HLM depuis 1853 : une certaine philosophie de l'action privée pour une mission d'intérêt général*, Paris, 1997.

⁷⁵ D. De ruyscher, « Partnerships as flexible and open-purpose entities : Legal and commercial practice in Nineteenth-century Antwerp (c. 1830-c. 1850) », *The company in law and practice : Did size matter ? (Middle Ages-Nineteenth Century)*, Leiden, 2017, p. 158-202.