

L'innovation au regard des valeurs et finalités de l'entreprise et de sa responsabilité sociale : un regard européen

*Isabelle CORBISIER**

Innovation Regarding the Values and Purposes of the Enterprise and its Corporate Social Responsibility: A European Perspective

Innovación con respecto a los valores y finalidades de la empresa y de su responsabilidad social: una perspectiva europea

A inovação sob o olhar dos valores e finalidades da empresa e de sua responsabilidade social: uma perspectiva europeia

企业的价值和目的以及社会责任方面的创新：以欧洲为视角

Résumé

Le lien entre RSE (responsabilité sociale de l'entreprise) et l'innovation est ambigu: s'il semble établi qu'un comportement RSE puisse s'avérer vecteur d'innovation, par contre l'innovation elle-

Abstract

The link between CSR (Corporate Social Responsibility) and innovation is ambiguous. On the one hand, it seems well established that CSR promotes innovation but, on the other hand, innovation

* Professeure, Research Unit in Law, Faculté de Droit, d'Economie et de Finance (FDEF) de l'Université du Luxembourg. Professeure invitée, Université de Liège, HEC-Ulg (Belgique).

Cet article procède d'une présentation faite par l'auteure le 29 novembre 2018 à l'Université de Montréal dans le cadre d'un cycle de conférences sur le thème « Innovation et responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) », organisé sous l'égide du Centre de droit des affaires et du commerce international grâce au soutien du Conseil de recherche en sciences humaines du Canada.

même n'est pas nécessairement source d'un comportement socialement responsable.

Si les origines de la RSE – étant un comportement volontaire de l'entreprise cherchant à maximiser les externalités positives et à minimiser les externalités négatives de son activité sur la société, étant entendu que le simple respect du droit applicable ne suffit pas à le caractériser comme socialement responsable – sont relativement anciennes, la fortune récente de la notion apparaît liée à la mondialisation économique libérale néo-classique à partir des années 60-70. Par son caractère de droit mou (*soft law*, s'opposant au droit dur, *hard law*) la RSE, à l'instar du mouvement de gouvernance d'entreprise (*corporate governance*), illustre le phénomène de reflux de l'État au profit du marché dans la régulation des comportements des agents économiques.

Toutefois et plus particulièrement depuis la crise financière de 2008, on assiste à un retour du refoulé – l'État – dans la mesure où les normes de RSE illustrent un « état chimique instable » (selon l'expression de M. Doucine) en ce que leur contenu peut être repris par le droit positif « classique » ou droit dur et même, à l'inverse, peuvent conduire à une sorte de phénomène d'amollissement du droit dur. L'efficacité de normes RSE relève finalement d'une interaction entre régulation privée et régulation publique avec, plus récemment, une tendance à un rééquilibrage en faveur de la régulation publique sans pour autant prétendre effacer ou minimiser l'apport de la régulation privée. Le présent article illustre ce phénomène à l'aune des évolutions récentes du droit européen des sociétés de même qu'au sein de deux de ses États membres (France et Belgique).

does not necessarily lead to a socially responsible behavior.

CSR consists in an enterprise's voluntary behaviour seeking to maximize positive externalities and, conversely, minimize the negative externalities of its activity on society, understanding that mere compliance with the applicable legal system does not suffice to assess it as socially responsible. The origins of CSR go back in time but the recent focus on this concept appears to be related to the recent economic globalization movement based on neoclassical economics initiated in the sixties-seventies. Its *soft law* character (as opposed to the so-called *hard law*), one that also applies to the corporate governance movement, marks the decline of the state to the benefit of the market in the regulation of the economic agents' behavior.

However, and particularly since the 2008 financial crisis, one observes a “return of the repressed,” namely of state regulation as the CSR rules and principles constitute a sort of “unstable chemical status” (an expression borrowed from M. Doucine) as its contents can mutate into a hard law status or, conversely, can lead to some sort of “softening” of hard law. In the end, the efficiency of CSR rules resides in the interaction between private regulation and public regulation with, most recently, a tendency towards rebalancing to the benefit of public regulation – without, however, pretending to erase or minimize the contribution of private regulation. The present article illustrates this phenomenon by investigating some recent evolutions of European company law as well as within two of its member states (namely France and Belgium).

Resumen

El vínculo entre la RSE (responsabilidad social empresarial) y la innovación es ambiguo: aunque parezca establecido que el comportamiento de la RSE puede ser un vector de innovación, la innovación en sí misma no conduce necesariamente a un comportamiento socialmente responsable.

Si los orígenes de la RSE –teniendo en cuenta que es un comportamiento voluntario de la empresa que busca maximizar las externalidades positivas y minimizar las externalidades negativas de su actividad sobre la sociedad, y que el simple respeto de la ley aplicable no es suficiente para caracterizarla como socialmente responsable– son relativamente viejos, el reciente enfoque de la noción aparece vinculado a la globalización económica liberal neoclásica a partir de los años 60-70. Por su carácter de *soft law* (que se opone al denominado *hard law*) la RSE, al ejemplo del movimiento de gobernanza empresarial (*corporate governance*), ilustra el fenómeno de declinación del Estado en beneficio del mercado en la regulación del comportamiento de los agentes económicos.

Sin embargo, y particularmente a partir de la crisis financiera de 2008, hay un retorno de lo reprimido –el Estado– en la medida en que las normas de RSE ilustran un «estado químico inestable» (expresión tomada de M. Doucine) en que su contenido puede adquirir el estatus de *hard law* e incluso, a la inversa, puede conducir a un tipo de fenómeno de suavización del *hard law*. La eficacia de los estándares de RSE en última instancia le competen a una interacción entre la regulación privada y la regulación pública con una reciente tendencia a un reequilibrio

Resumo

O vínculo entre RSE (responsabilidade social da empresa) e a inovação é ambíguo: se parece certo que um comportamento RSE possa se mostrar um vetor de inovação, em contrapartida a inovação em si não é necessariamente uma fonte de comportamento socialmente responsável.

Se são relativamente antigas as origens da RSE enquanto comportamento voluntário da empresa buscando a maximizar as externalidades positivas e minimizar as externalidades negativas de suas atividades sobre a sociedade, estando entendido que o simples respeito ao direito aplicável não é suficiente para a caracterizar como socialmente responsável, a fortuna recente da noção aparece ligada à globalização econômica liberal neoclássica a partir dos anos 60-70. Pelo seu caráter de *soft law* (opondo-se ao *hard law*), a RSE, assim como o movimento de governança corporativa (*corporate governance*), ilustra o fenômeno de refluxo do Estado em favor do mercado nas regulações dos comportamentos dos agentes econômicos.

Todavia e mais particularmente depois da crise financeira de 2008, assistimos ao retorno do reprimido –o Estado – na medida em que as normas de RSE ilustram um «estado quimicamente instável» (expressão de M. Doucine) visto que seu conteúdo pode ser retomado pelo direito positivo «clássico» ou *hard law* e mesmo, ao inverso, podem conduzir a uma espécie de fenômeno de amolecimento do *hard law*. A efetividade das normas de RSE reside na interação entre regulamentação privada e regulamentação pública com uma tendência recente ao reequilíbrio em favor da regulamentação pública

sem, entretanto, apagar ou minimizar a contribuição da regulamentação privada. O presente artigo ilustra este fenômeno na seara da evolução recente do direito societário europeu assim como no seio de dois de seus Estados membros (França e Bélgica).

a favor de la regulación pública sin pretender por eso borrar o minimizar la contribución de la regulación privada. Este artículo ilustra este fenómeno a la luz de las evoluciones recientes del derecho de sociedades europeo, así como al interior de dos de sus Estados miembros (Francia y Bélgica).

摘要

企业社会责任与创新之间的关系很暧昧：有一种观点认为企业社会责任可以推动创新，然而创新本身并不必然导致企业社会责任。

企业社会责任是企业自愿追求最大化其行为对社会的正面外部效应、最小化其负面外部效应，但仅仅遵守相关法律体系则不足以称之为“社会责任感”。如果说企业社会责任由来已久的话，近年来对这一概念的关注则与六七十年代开始的以新古典经济为基础的经济全球化运动有关。和公司治理运动一样，企业社会责任的“软法”（与所谓的“硬法”相对）特征显示出国家在规制经济主体的行为方面向市场靠拢的趋势。

然而，特别是自2008年金融危机以来，我们看到了政府作为“压抑者的回归”。企业社会责任表现出“不稳定的化学状态”（Doucine先生语），其内容可能变异成传统的制定法或“硬法”，甚至可能导致硬法的某种“软化”。企业社会责任规范的效率终究属于市场调节与政府调控之间的互动，近年来出现的向政府调控倾斜的趋势并不是要抹杀或减少市场调节的贡献。本文从欧盟及其两个成员国（法国和比利时）公司法的最新发展出发，对这一现象进行解读。

Plan de l'article

Introduction	177
I. La RSE et l'innovation dans l'entreprise.....	177
A. Les termes premiers du débat: RSE, entreprise, valeurs et finalités.....	177
B. La RSE, comme la <i>corporate governance</i> , constitue la traduction du phénomène de reflux de l'État au profit du marché avec toutefois la possibilité, voire la nécessité, du retour du refoulé, à savoir l'État.....	186
C. Plus spécifiquement quant aux rapports entre la RSE et l'innovation.....	197
II. Développements récents au sein de l'Union européenne et dans deux de ses États membres (France et Belgique) : la RSE, état chimique instable (le continuum de la <i>soft law</i> à la <i>hard law</i> et vice versa).....	202
A. Droit européen des sociétés: de l'harmonisation à la marchéisation, remise en cause depuis la crise financière de 2008	202
B. Droit français des sociétés, évolutions récentes	212
C. Droit belge des sociétés, évolutions récentes.....	216
Conclusion.....	218

Dans le cadre de cette contribution – nous tenons à remercier l'Université de Montréal et, en particulier, le professeur Stéphane Rousseau de nous avoir procuré la possibilité de la rédiger – nous nous essaierons à rappeler le contexte général de la responsabilité sociale dans l'entreprise, en particulier dans son rapport avec l'innovation (I) avant d'envisager les développements récents en la matière au sein de l'Union européenne et, à titre d'exemples, dans deux de ses États membres, à savoir en France et en Belgique (II).

I. La RSE et l'innovation dans l'entreprise

Commençons par la définition des termes du débat (A), situons ensuite la RSE – avec la *corporate governance* ou CG – dans le contexte de la mondialisation économique et de sa remise en cause (B) et soulignons le lien entre RSE et mondialisation (C).

A. Les termes premiers du débat : RSE, entreprise, valeurs et finalités

Depuis la crise financière de 2008, le thème de la responsabilité sociale de l'entreprise (ci-après « RSE »¹) revient à l'avant-plan, cette crise ayant mis en évidence la fragilité d'une organisation sociétale axée sur les marchés érigés en instance régulatrice et suscité une attention plus grande pour une entreprise dite « durable » et sa responsabilité sociale².

Tout d'abord précisons les termes « RSE », « entreprise », « valeurs et finalités » poursuivies par cette dernière.

¹ L'acronyme CSR (pour *corporate social responsibility*) étant également d'usage notamment dans la littérature de langue anglaise, mais parfois aussi de langue française.

² Voir notamment Isabelle CORBISIER, « L'entreprise : quelles sont ses valeurs fondatrices et ses finalités ? », dans Nicolas THIRION (dir.), *Crise et droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 175 (accessible en ligne en *open access* sous ce lien : <<http://orbilu.uni.lu/handle/10993/15034>> (consulté le 23 mai 2019)), aux p. 208 et suiv.; Jean-Marc GOILLER, *Responsabilité sociétale de l'entreprise. Le droit dans la transition*, Limal (Belgique), Anthemis, 2018, p. 7 et suiv.

S'agissant de la notion de « RSE »³, il est intéressant de relever l'évolution du discours de la Commission européenne à cet égard. Ainsi, en 2001, la Commission a défini la RSE comme « un concept qui désigne l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes »⁴ (souligné par nous). Cette définition, insistant sur le caractère volontaire de la démarche RSE, suscita la déception⁵. En 2011, soit après la crise financière évoquée ci-dessus, la Commission européenne revit sa copie pour définir désormais la RSE comme « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société »⁶. La RSE

³ On notera qu'il existe de multiples définitions de la notion de « RSE ». Nous faisons choix ici des définitions retenues par la Commission européenne en vue d'illustrer une évolution dictée par celle du cadre économique de référence.

Par ailleurs, il existe une multitude de sources et instruments de RSE, au rang desquels on citera (les plus fréquemment évoqués) : les *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, ONU, 2011, en ligne : <https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_fr.pdf> (consulté le 23 mai 2019) ; les *Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales*, OCDE, 2011, en ligne : <<http://mneguidelines.oecd.org/guidelines/>> (consulté le 23 mai 2019) ; *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, OIT, 5^e éd., 2017, en ligne : <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/-ed_emp/-/-emp_ent/documents/publication/wcms_124923.pdf> (consulté le 23 mai 2019). Consulter Jim BAKER, « Les accords mondiaux et la gouvernance à l'échelle planétaire », dans Isabelle DAUGAREILH (dir.), *La responsabilité sociale de l'entreprise, vecteur d'un droit de la mondialisation?*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 182.

À ces instruments s'ajoutent un nombre toujours croissant de normes privées au rang desquels on citera : la norme SA 8000 Responsabilité sociale élaborée par l'ONG Social Accountability International, en ligne : <http://www.sa-intl.org/document/queries/qry_getfiletoview.cfm?ID=06BAA25C8435D086C8FE00111513845C419242580BE5892F851D48A8D650B65A2828CFA2C3956888C2F5EFA229031AD9> (consulté le 23 mai 2019) et les normes ISO 14000 (management environnemental) et 26000 (responsabilité sociétale) proposées par l'Organisation internationale de normalisation (voir son site : <<https://www.iso.org/fr/standards.html>> (consulté le 23 mai 2019)).

Par ailleurs, nombreuses sont les entreprises, notamment multinationales, qui adoptent leurs propres codes de conduite ou les collaborations entre entreprises de divers secteurs développant des initiatives en la matière.

⁴ Livre vert du 18 juillet 2001 : *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, COM(2001) 366 final, en ligne : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52001DC0366>>, p. 7 (consulté le 23 mai 2019).

⁵ J.-M. GOLLIER, préc., note 2, p. 49 et la doctrine citée.

⁶ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », Bruxelles,

implique donc que, dans la conduite d'une activité lucrative, une entreprise, en tant que « citoyen responsable », doive s'attacher à réduire les externalités négatives et à accroître les externalités positives que la conduite de cette activité génère pour ses parties prenantes⁷, et ce, conformément à des standards transnationaux de conduite éthique. Par conséquent, être socialement responsable ne se réduit pas à la seule conformité aux règles de droit (dur, *hard law*⁸) applicables sur le territoire concerné⁹: ainsi, par exemple, faire travailler de jeunes enfants ne sera jamais considéré comme socialement responsable, même si cette situation est admise par le droit du pays concerné.

Quant à l'« entreprise », il est important de noter que la notion n'est pas totalement neutre. Si elle se réfère, dans une première approche, à toute

⁷ 25 octobre 2011, COM(2001) 681 final, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0681:FIN:fr:PDF>> (consulté le 23 mai 2019).

Dans notre étude précitée (I. CORBISIER, préc., note 2, aux p. 220-222 et 225), nous avons émis des doutes quant à la réalité d'un changement de perception de la Commission dans la mesure où la Commission continue – comme nous le verrons *infra*, I.A. et II.A. – à placer la compétitivité en tête de ses objectifs. Toutefois, cette nouvelle définition laisse entrevoir une appréhension plus dynamique de la RSE que l'on s'efforce de rendre compatible avec l'exigence de compétitivité.

⁸ Voir : Dominique HENRIET, *v° « Externalité, économie »*, dans *Encyclopaedia Universalis*, en ligne : <<http://www.universalis.fr/encyclopedie/externalite-economie/>> (consulté le 23 mai 2019) : « Les économistes désignent par “externalité” ou “effet externe” le fait que l’activité de production ou de consommation d’un agent affecte le bien-être d’un autre sans qu’aucun des deux reçoive ou paye une compensation pour cet effet. Une externalité présente ainsi deux traits caractéristiques. D’une part, elle concerne un effet secondaire, une retombée extérieure d’une activité principale de production ou de consommation. D’autre part, l’interaction entre l’émetteur et le récepteur de cet effet ne s’accompagne d’aucune contrepartie marchande. Une externalité peut être positive ou négative selon que sa conséquence sur le bien-être est favorable ou défavorable.» À titre d’exemples, la pollution résultant d’une activité industrielle est une externalité négative, tandis que l’augmentation de la valeur immobilière des biens situés dans un quartier faisant l’objet de travaux publics de rénovation constitue une externalité positive.

⁹ Voir ci-dessous la différenciation qui est faite entre *hard law* (droit dur) et *soft law* (droit mou).

⁹ Voir, par exemple : *Conseil de compétitivité du 29 novembre 2011*, 17851/11, COMPET, 569 IND 157, MI 620, REGIO 141, en ligne : <<http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/11/st17/st17851.fr11.pdf>>, p. 5 (consulté le 23 mai 2019), à l’occasion duquel le Conseil de l’Union européenne a considéré que « la R.S.E. est une responsabilité sociale librement consentie qui va au-delà du simple respect des lois et des réglementations et qui inclut une interaction avec les parties prenantes ».

« entité » (personne physique ou personne morale) qui exerce une activité économique sur un marché, et ce, indépendamment de son statut juridique ou de son mode de financement¹⁰, elle a également retenu l'attention d'auteurs pratiquant une analyse dite « institutionnelle »¹¹ en droit des sociétés. Ainsi selon les auteurs appartenant à la fameuse Ecole de Rennes (France), qui connut son apogée dans les années 60-70, la société apparaît-elle comme

¹⁰ Voir: Linda ARCELIN, « Notion d'entreprise en droit interne et européen de la concurrence », *J.-Cl. Concurrence – Consommation*, fasc. 35, 2016, n° 10 et 12, l'auteure évoquant la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de droit de la concurrence (voir: Klaus Höfner et Fritz Elser c. Macrotron GmbH, Affaire C-41/90, 23 avril 1991, [1991] Rec. C.E. I-1979 ; Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf (SCK) et Federatie van Nederlandse Kraanverhuurbedrijven (FNK) c. Commission, Affaires jointes T-213/95 et T-18/96, 22 octobre 1997, [1997] Rec. C.E. II-1739).

Voir également la définition figurant dans le récent code belge de droit économique (en ligne: <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=2013022819> (consulté le 23 mai 2019)), art. 1.1.): « 1^o entreprise: chacune des organisations suivantes:

- (a) toute personne physique qui exerce une activité professionnelle à titre indépendant;
- (b) toute personne morale;
- (c) toute autre organisation sans personnalité juridique.

Nonobstant ce qui précède, ne sont pas des entreprises, sauf s'il en est disposé autrement [...]:

- (a) toute organisation sans personnalité juridique qui ne poursuit pas de but de distribution et qui ne procède effectivement pas à une distribution à ses membres ou à des personnes qui exercent une influence décisive sur la politique de l'organisation;
- (b) toute personne morale de droit public qui ne propose pas de biens ou services sur un marché;
- (c) l'État fédéral, les régions, les communautés, les provinces [...] »

¹¹ Le débat sur la nature « contractuelle » ou « institutionnelle » de la société a de tous temps fait l'objet d'une littérature abondante non seulement en droit, mais aussi en économie, en sociologie, en philosophie et en histoire dont nous nous sommes efforcée de faire la synthèse dans le cadre de notre ouvrage *La société: contrat ou institution?*, Bruxelles, Bruylants, 2011. En simplifiant à l'extrême, pour les besoins de cette contribution, ce débat se focalise autour de la question de savoir si la société se limite à un contrat destiné à maximiser le profit (éventuellement à court terme) de ses associés ou si la société constitue une institution s'autonomisant par rapport à ses associés et ne se limitant pas, par conséquent, à la seule satisfaction de l'intérêt financier ou patrimonial de ses associés, mais s'ouvrant également à la considération des intérêts de ses autres parties prenantes (*stakeholders*) parmi lesquelles figurent ses employés, fournisseurs, créanciers, clients voire, en fonction de la taille de la société, la région concernée par son activité.

une technique de concentration des entreprises (Cl. Champaud)¹² ou encore, selon la formule célèbre de J. Paillusseau, comme « une technique d'organisation de l'entreprise » où l'intérêt patrimonial des associés n'est pas en première ligne¹³. En droit et lorsqu'il est question d'évoquer la RSE, l'analyse se resserre fréquemment autour de la notion de « société » dans la mesure où l'utilisation de la technique sociétaire (responsabilité limitée, possibilité de faire appel aux marchés de capitaux, possibilité d'atteindre une taille – multi ou transnationale – transcendant les frontières étatiques) aboutit à poser avec une particulière acuité la question des externalités – positives et négatives – que l'entité est susceptible de faire surgir à l'égard de son environnement.

À vrai dire la notion de RSE ou, plus précisément, la formulation de la question à laquelle elle entend répondre – à savoir celle de l'implication de l'entreprise, spécialement la grande entreprise, dans la vie sociale – remonte à près d'un siècle et trouve sa première formulation notable dans les écrits de R.S. Brookings, qui posa la question de la séparation entre la propriété (des actionnaires) et le contrôle (par les dirigeants, structure managériale) au sein de la grande société issue de la révolution industrielle du xix^e au début du xx^e siècle¹⁴. Cette question fut reprise et reçut ses développements les plus célèbres dans le contexte d'une précédente crise financière majeure – à la suite du krach boursier de 1929 – sous la forme du débat entre, d'une part, A. Berle & G. Means, mettant en garde contre une possible mise en

¹² Claude CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Paris, Sirey, 1962.

¹³ Jean PAILLUSSEAU, *La société anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise*, Paris, Sirey, 1967. L'analyse institutionnelle promue par l'école de Rennes est de type « fonctionnel » et repose sur une critique de la conception purement « patrimoniale » de la société (pour plus de détails, consulter notre ouvrage, préc., note 11, p. 236-242). Selon Jean Paillusseau, l'entreprise est composée de deux éléments fondamentaux: un ensemble d'actifs et de passifs et un centre d'administration patrimoniale. Pour l'auteur, la gestion du patrimoine d'une entreprise « ne présente pas les mêmes caractères que l'administration des biens d'autrui », mais doit se plier aux nécessités et « impératifs économiques de l'entreprise ». L'intérêt patrimonial des actionnaires n'est donc en aucun cas en première ligne car, « à la différence de la société, l'entreprise n'est pas seulement composée des apporteurs de capitaux, elle comprend également ceux qui lui apportent leur travail » (J. PAILLUSSEAU, préc., note 13, p. 76-83).

¹⁴ Robert S. BROOKINGS, *Industrial Ownership*, New York, Macmillan, 1925.

Avant Brookings encore, la séparation entre propriété et contrôle fut observée par l'économiste et sociologue Thorstein Veblen en 1923 (consulter Arndt RIECHERS, *Das Unternehmen an sich*, Tübingen, Mohr/Siebeck, 1996, p. 183).

péril de la « propriété » des actionnaires dans cette structure managériale¹⁵ et, d'autre part, M. Dodd qui, s'opposant plus spécialement à Berle qui entendait limiter la finalité de la société à la maximisation des bénéfices servis aux actionnaires¹⁶, défendait une conception extensive de la finalité de l'entreprise, estimant que la mission des dirigeants ne se réduit pas à la réalisation de profits pour les actionnaires mais consiste aussi à assurer une sécurité d'emploi aux salariés, à fournir des produits de qualité aux consommateurs et finalement à contribuer au bien-être de la société toute entière¹⁷. Berle dut admettre sa défaite face à Dodd dans le contexte post crise des années 1930 et post Seconde Guerre mondiale dans les années 1950¹⁸. Il est admis que M. Dodd a précédé le mouvement dit de *corporate social responsibility* (CSR) qui s'est développé¹⁹ sous cette appellation à partir

¹⁵ Voir: Adolf A. BERLE et Gard C. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, Harcourt, Brace and World, 1932.

¹⁶ Adolf A. BERLE, « Corporate Powers as Powers in Trust », (1931) 44 *Harv. L. Rev.* 1049: « [...] all powers granted to a corporation or to the management of a corporation are necessarily and at all times exercisable only for the ratable benefit of all the shareholders as their interest appears »; Adolf A. BERLE, « For Whom Corporate Managers Are Trustees : A Note », (1932) 45 *Harv. L. Rev.* 1365, 1367 : « [...] you cannot abandon emphasis on the view that business corporations exist for the sole purpose of making profits for their stockholders until such time as you are prepared to offer a clear and reasonably enforceable scheme of responsibilities to someone else ». On notera que Berle et Means avaient été influencés par les écrits de Walther RATHENAU (*Vom Aktienwesen – Eine geschäftliche Betrachtung*, Berlin, Fischer Verlag, 1917), initiateur en Allemagne de la doctrine de l'« entreprise en soi », consacrant la primauté de l'intérêt de l'entreprise (A. RIECHERS, préc., note 14) pour la description de la société à l'ère managériale, ces derniers aboutissant toutefois à des conclusions inverses à celle de Rathenau.

¹⁷ E. Merrick DODD, « For Whom Are Corporate Managers Trustees? », (1932) 45 *Harv. L. Rev.* 1145.

Pour plus de détails sur ce débat opposant les tenants de la *shareholder primacy*, d'une part, et, d'autre part, ceux d'une entreprise dont la structure managériale est habilitée à servir d'autres intérêts que ceux des actionnaires, consulter I. CORBISIER, préc., note 11, p. 14-26 ; I. CORBISIER, préc., note 2, aux p. 180-192.

¹⁸ Effectivement, dans les années 50, la vision pluraliste/réaliste de Dodd l'avait emporté, faisant suite à l'ère interventionniste du *New Deal* et à l'adoption de diverses législations en matière de protection des travailleurs et de liberté syndicale. Par conséquent, Berle reconnaît la victoire de Dodd et se convertit à son approche managériale dans ses écrits ultérieurs (voir: Adolf A. BERLE, *The 20th Century Capitalist Revolution*, New York, Harcourt/Brace, 1954, p. 169 ; Adolf A. BERLE, *Power without Property*, New York, Harcourt/Brace, 1959, p. 90-91 et 100).

¹⁹ Autre précurseur dans les années 50 : Howard Bowen qui, en 1953, a formulé une définition des responsabilités sociales des hommes d'affaires (*businessmen*) comme se référant « to the obligations of businessmen to pursue those policies, to make those

des années 1960 avec la naissance du mouvement environnemental (Rachel Carson, Ralph Nader)²⁰. La RSE s'est ainsi développée au gré des catastrophes écologiques (catastrophes pétrolières, par exemple), des crises économiques et financières et de divers scandales (comme celui de l'intervention de l'International Telephone & Telegraph Corporation en soutien du coup d'État du général Pinochet au Chili en 1973), le mouvement prenant l'allure d'une *soft law*²¹ dont la promotion se trouva aiguillonnée par la crainte des entreprises devant la menace de nouvelles régulations étatiques ou internationales de type «hard law»²².

À partir de la seconde moitié des années 1970, la doctrine économique libérale dite néo-classique (sous l'impulsion de l'École de Chicago) se trouva relayée et mise en œuvre par le pouvoir politique (Ronald Reagan aux É.-U. et Margaret Thatcher au Royaume-Uni)²³, étendant également – du fait de la mondialisation économique (voir *infra*) – son emprise à l'Union

decisions, or to follow those lines of action which are desirable in terms of the objectives and values of our society » (Howard BOWEN, *Social Responsibilities of the Businessman*, New York, Harper & Row, 1953, p. 6).

- ²⁰ Voir: I. CORBISIER, préc., note 2, à la p. 214; Roman AYDOGDU, *La sanction des sociétés par l'État et le marché. Une analyse « microscopique » de la régulation dans le droit des affaires contemporain*, thèse de doctorat, Liège, Faculté de droit, de science politique et de criminologie, Université de Liège, 14 juin 2017, en ligne: <<https://orbi.uliege.be/handle/2268/212273>>, n° 191 et 204 (consulté le 23 mai 2019).
- ²¹ La notion de «*soft law*» puise son origine en droit international public (Georges ABI-SAAB, «Eloge du ‘droit assourdi’. Quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain», dans *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylants, 1993, p. 59, cité par R. AYDOGDU, préc., note 20, n° 3) et se réfère à l'idée d'un droit certes non contraignant, en ce sens que son irrespect ne se trouve pas sanctionné par un ordre juridique étatique sans que toutefois cela veuille dire que celui-ci se trouve dépourvu d'effets. Ainsi celui-ci produit-il « des effets non juridiques, comme un effet d'influence sur les conduites des acteurs ou d'orientation des politiques, ou encore un effet contraignant au sens social de la contrainte: du blâme à l'exclusion, en passant par le boycott, le droit mou, s'il ne rime avec contrainte juridique, peut cependant connaître la vigoureuse pression du groupe international, professionnel, économique ou social. Et cette contrainte, pour n'être pas juridiquement prévue, peut se révéler extrêmement efficace » (Catherine THIBIERGE, «Le droit souple. Réflexions sur les textures ouvertes du droit», *RTD civ.* 2003.602, 613-614, cité par R. AYDOGDU, préc., note 20, n° 5).
- ²² Michel DOUCIN, «A petits pas et à reculons, les mutations en cours de la *soft law*», dans I. DAUGAREILH (dir.), préc., note 3, p. 473, aux p. 475-476. Voir également R. AYDOGDU, préc., note 20, n° 191.
- ²³ Sur les circonstances historiques de cette évolution et sur les fondements théoriques et l'évocation des représentants les plus illustres de la doctrine libérale néo-classique

européenne où, à partir des années 1990, l'ordolibéralisme²⁴ initial fut repoussé dans les limbes, l'ambitieuse harmonisation faisant place à la marchéisation (la démocratie industrielle faisant place à la démocratie actionnariale)²⁵. Dans ce contexte la notion de « responsabilité sociale de l'entreprise » se trouva réduite à portion congrue, selon le célèbre aphorisme de Milton Friedman: « The social responsibility of business is to increase its profits »²⁶ et une démarche de type RSE est amenée à revêtir un caractère exclusivement volontaire, de type « enlightened shareholder value »²⁷, laquelle

ainsi que les critiques que l'on peut formuler à son endroit, consulter I. CORBISIER, préc., note 11, p. 251-354 et 599-620.

²⁴ Sur celui-ci, d'origine allemande, à différencier du libéralisme néo-classique, consulter I. CORBISIER, préc., note 2, aux p. 192-194. En bref, contrairement au libéralisme néo-classique, l'ordolibéralisme n'oppose pas marché et réglementation étatique. Alors que le libéralisme néo-classique entretient une vision *a priori* négative de ladite réglementation, introduisant des distorsions dans le fonctionnement du marché, l'ordolibéralisme reconnaît l'inégalité économique et, par conséquent, admet que le droit puisse contrer les abus de pouvoir économique privé.

²⁵ Sur cette évolution, consulter *id.*, aux p. 192-199. Ainsi, par exemple, à partir de la fin des années 90, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de liberté d'établissement (Arrêts *Daily Mail*, Affaire 81/87 du 27 septembre 1988, EU:C:1988:456; *Centros*, Affaire C-212/97 du 9 mars 1999, EU:C:1999:126; *Überseering*, Affaire C-208/00 du 5 novembre 2002, EU:C:2002:632; *Inspire Art*, Affaire C-167/01 du 30 septembre 2003, EU:C:2003:512; *Sevic*, Affaire C-411/03 du 13 décembre 2005, EU:C:2005:762; *Cartesio*, Affaire C-210/06 du 16 décembre 2008, EU:C:2008:723; *Vale*, Affaire C-378/10 du 12 juillet 2012, EU:C:2012:440 et *Polbud*, Affaire C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804) initiera une véritable concurrence interétatique, chaque État membre s'attachant à rendre son droit des sociétés attractif au regard de la clientèle sociétaire visée. Il ne semble pas prouvé que cette concurrence ait engendré un net niveling par le bas (*race to the bottom*, selon l'expression bien connue de W. Cary), à l'exception de la tendance consistant à réduire le montant du capital minimum dans la société à responsabilité limitée, mais plutôt une diversification/spécialisation du droit plus spécialement applicable aux sociétés privées, ces sociétés ayant été moins visées que les sociétés anonymes par les directives antérieurement adoptées (voir: Édouard-Jean NAVEZ et Yves DE CORDT (dir.), *La simplification du droit des sociétés privées dans les États membres de l'Union Européenne – Simplification of Private Company Law among the EU Member States*, Bruxelles, Bruxellant, 2015).

²⁶ Milton FRIEDMAN, « The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits », *New York Times, Sunday Magazine*, 13 septembre 1970, en ligne: <<http://umich.edu/~thecore/doc/Friedman.pdf>>, p. 17 (consulté le 23 mai 2019).

²⁷ Par exemple, l'économiste Jensen (Michael C. JENSEN, « Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function », (2001) 14-3 *J. App. Corp. Fin.* 8) évoque une « enlightened value maximization ». Voir: I. CORBISIER, préc., note 11, p. 328-330.

apparaît d'ailleurs quelque part comme une anomalie dans la mesure où celle-ci aboutirait à amoindrir les profits distribués aux associés²⁸. On comprend donc l'évolution de la définition qu'a procurée la Commission européenne à la notion de RSE (voir ci-dessus) : l'accent fut mis d'abord, en 2001 soit à une époque où une démarche libérale néo-classique imprégnait son approche du droit des sociétés²⁹, sur le caractère volontaire de cette démarche alors qu'en 2011, soit après la crise financière de 2008³⁰, la

²⁸ En effet le concept de « enlightened shareholder value » ne résiste guère à l'analyse au regard des postulats mêmes de l'analyse contractarienne néo-classique : l'actionnaire « accepté » dans le cadre de cette analyse est celui qui se détermine exclusivement en fonction de son intérêt financier égoïste immédiat, ce qui contredit frontalement l'idée d'une « enlightened shareholder value », laquelle implique, au moins dans une certaine mesure, que l'intérêt de l'entreprise soit pris en compte. Or l'analyse contractarienne (libérale néo-classique) nie la notion d'« entreprise » car sa théorie du « nœud de contrats » consiste essentiellement en une théorie de la « non-firme » en ce qu'elle ne distingue pas entre le contrat qui a créé la firme et les contrats conclus entre la firme et des personnes externes à celle-ci (comme les créanciers) (Melvin A. EISENBERG, « The Conception that the Corporation is a Nexus of Contracts, and the Dual Nature of the Firm », (1999) 24 *J. Corp. L.* 819, 832). Les actionnaires devraient donc être singulièrement « éclairés » pour prendre en compte l'intérêt à long terme de quelque chose qui n'existe pas... (sur tout ceci, consulter I. CORBISIER, préc., note 11, p. 330 et les renvois qui y sont opérés).

²⁹ Cette approche, axée sur la « shareholder primacy » ou « shareholder democracy » fut exposée dans son plan d'action de 2003 (Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne – Un plan pour avancer », COM(2003) 284 final, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0284:FIN:FR:PDF>> (consulté le 23 mai 2019)). Voir : I. CORBISIER, préc., note 2, aux p. 195-197.

³⁰ Le plan d'action (*id.*) de 2003 a depuis lors été remplacé par un plan d'action de 2012 (Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Plan d'action : droit européen des sociétés et gouvernance d'entreprise – un cadre juridique moderne pour une plus grande implication des actionnaires et une meilleure viabilité des entreprises », COM(2012) 740 final, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0740:FIN:FR:PDF>> (consulté le 23 mai 2019)), lequel demeure – à la déception de certains, notamment au sein du Parlement européen – orienté vers les besoins des marchés et *shareholder-oriented* car articulé autour de trois lignes de force : transparence, implication des actionnaires et soutien de la croissance et de la compétitivité des entreprises. Néanmoins, ce plan révèle également une préoccupation de la Commission pour l'intérêt à long terme et la durabilité de l'entreprise. Pour une analyse détaillée de ce plan, voir : I. CORBISIER, préc., note 2, aux p. 229-233.

nouvelle définition procurée met l'accent sur le caractère inévitable d'une réflexion en termes de RSE à mener par l'entreprise³¹.

Quant aux valeurs et finalités de l'entreprise, à ce stade on aura compris que cette question renvoie à celle de savoir si l'entreprise est plus ou moins centrée sur les intérêts (financiers) de ses associés ou actionnaires (modèle *shareholders-oriented*, de type libéral néo-classique) ou sur les intérêts de ses (autres) parties prenantes (modèle *stakeholders-oriented*, les autres parties prenantes pouvant comprendre : les employés – en première ligne –, les créanciers, les fournisseurs, les clients, les sous-traitants, la région voire l'État, etc. en fonction de la taille de l'entreprise; modèle de type plus institutionnel), sachant que le modèle économique dominant (le modèle keynésien d'avant l'actuelle mondialisation de l'économie ou le modèle libéral néo-classique – toutefois désormais contesté depuis la crise financière de 2008 – de l'actuelle phase de mondialisation économique³²) est appelé à avoir une influence profonde sur l'orientation, promue ou retenue par l'entreprise.

B. La RSE, comme la *corporate governance*, constitue la traduction du phénomène de reflux de l'État au profit du marché avec toutefois la possibilité, voire la nécessité, du retour du refoulé, à savoir l'État

Pour en revenir à la RSE, une observation constante apparaît depuis les années 1950-1960, à savoir qu'il s'agit d'une approche de *soft law* (voyez ci-avant). Son analyse au cours des 30-40 dernières années (phase actuelle de mondialisation économique, dominance du modèle économique libéral néo-classique) traduit, avec la notion de *corporate governance* (ci-après : « CG »)³³, qui constitue également une approche de type *soft law* appliquée

³¹ Voir: J.-M. GOLLIER, préc., note 2, p. 50: « Cette nouvelle définition ne laisse pas le choix entre une attitude ‘responsable’ et une attitude qui ne le serait pas. L'entreprise a, qu'elle le veuille ou non, un impact sur la société. L'accent n'est plus mis sur la liberté ou non d'adopter une attitude responsable, mais sur la contribution, positive ou négative, de l'entreprise au développement durable de la société dans laquelle l'entreprise est active. »

³² Pour de plus amples développements relatifs aux phases de mondialisation économique, l'actuelle phase et les modèles économiques concernés, consulter notre ouvrage préc., note 11, p. 18.

³³ Nous préférerons l'expression anglaise de « corporate governance », que l'on peut traduire soit par « gouvernance de la société anonyme » ou encore par « gouvernance de

à la gouvernance et au contrôle de la société³⁴, un phénomène de reflux de l'État au profit du marché dans l'(encore?) actuelle phase de mondialisation économique libérale néo-classique³⁵. Plus spécifiquement les règles insérées dans des « Codes » de CG³⁶, s'adressant essentiellement quoique non exclusivement³⁷ aux sociétés cotées en raison des importantes externalités négatives que celles-ci sont susceptibles de produire sur les marchés financiers (effet de contagion) à la suite d'une mauvaise gouvernance, ont été développées et fréquemment revues et mises à jour en vue de restaurer la confiance des investisseurs à la suite de divers scandales (Guinness en 1986, Maxwell en 1991, faillite de la banque BCCI en 1991, Enron en 2001, WorldCom en 2002, Parmalat en 2003...) et crises financières (notamment celle de 2008)³⁸. Leur effectivité est fondée sur le mécanisme « se conformer ou s'expliquer » (*comply or explain*)³⁹. Se conformer n'est pas obligatoire

la personne morale » à celle de « gouvernance d'entreprise », utilisée en français, pour la raison, évoquée plus haut, que le recours à la notion d'« entreprise » n'est pas neutre et traduit même une approche institutionnelle *a priori* mal à propos s'agissant de cette notion popularisée du fait de la pratique d'une approche contractarienne néo-classique. Pour plus de détails, consulter I. CORBISIER, préc., note 11, p. 14 en note.

³⁴ Comme pour la RSE (ci-avant), les définitions de la CG sont multiples. À titre d'exemples, reprenons ici celle formulée par J.-M. GOLLIER, préc., note 2, p. 79 : « La gouvernance désigne un système destiné à assurer la gestion d'une organisation en assurant un équilibre entre pouvoir et contrôle et en assurant une reddition de compte fiable de ceux qui exercent le pouvoir exécutif à ceux pour le compte desquels cette gestion est réalisée » et celle, « historique », figurant dans le Cadbury Report (*Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance*, 1992, en ligne : <<http://cadbury.cjbs.archios.info/report>> (consulté le 23 mai 2019)) : « Corporate governance is the system by which companies are directed and controlled. »

³⁵ Il s'agit de la thèse défendue avec brio par R. AYDOGDU, préc., note 20, notamment n° 1 et 188 et suiv.

³⁶ Les codes applicables dans la plupart des pays du monde dotés de marchés financiers peuvent être consultés en ligne à partir du site de l'ECGI (*European Corporate Governance Institute*), voir : <<https://ecgi.global/content/codes-0>> (consulté le 23 mai 2019).

³⁷ Des codes de gouvernance s'adressant à des sociétés non cotées sont également disponibles dans quelques pays comme la Belgique, le Royaume-Uni, l'Espagne, l'Italie, la Finlande, la Slovénie, l'Albanie et le Pakistan. L'OCDE et l'ecoDa (European Confederation of Directors Associations) ont également proposé des principes à l'attention des sociétés non cotées.

Ces codes adressent des recommandations en matière de gouvernance de société ayant éventuellement à affronter des problèmes de succession ou à la suite du passage de générations ou encore souhaitant sortir du cadre strictement familial.

³⁸ Voir notamment J.-M. GOLLIER, préc., note 2, p. 77-78.

³⁹ Sauf aux USA où les *listing standards* du NYSE s'imposent sans possibilité de dérogation et ont, par conséquent, joué un grand rôle dans l'universalisation et la convergence, et

mais l'entreprise est invitée à s'expliquer en cas d'irrespect du principe concerné, les explications contribuant à dégager ou réformer, par une sorte de processus de sélection naturelle, les meilleures pratiques en la matière⁴⁰. Les auteurs de ces codes de CG varient à l'infini (de l'autorité administrative à l'organisme totalement privé) mais il ne s'agit jamais d'une législation au sens « classique » du terme.

Illustrons ce phénomène à l'aide du tableau suivant :

Mondialisation (libérale néo-classique)

Promeut dérégulation – corégulation
(Déréglementation)



Soft Law (droit mou)

Corporate Governance (CG-GE) ("comply or explain")	Corporate Social Responsibility (CSR-RSE) (adhésion volontaire)
(Berle & Means → Friedman et Ecole de Chicago = Analyse contractuelle/ libérale néo-classique)	(Dodd → Analyses institutionnelles diverses)
Analyse <i>Shareholders-oriented</i> (axée sur les actionnaires)	Analyse <i>Stakeholders-oriented</i> (axée sur l'ensemble des parties prenantes)
Gestion financière (patrimoniale) éventuellement court-termiste	Gestion opérationnelle (industrielle), optique de développement durable ou long-termiste
Actuellement DOMINANTE (?) mais contestée	Actuellement REFOULÉE (?) mais regagnant du terrain
Continuum possible entre les deux approches via le long-termisme qui implique une potentielle prise en compte des autres parties prenantes et des enjeux environnementaux (illustré par des codes de CG récents, <i>infra</i>)	

partant la standardisation, des pratiques de CG par le biais du *cross listing*: voir R. AYDOGDU, préc., note 20, n° 249.

⁴⁰ *Id.*, n° 218.

L'importance du volet « explication » du mécanisme « se conformer ou s'expliquer » a fait l'objet d'une attention particulière de la part de la Commission européenne: voir la *Recommandation 2014/208/UE de la Commission du 9 avril 2014 sur la qualité de l'information sur la gouvernance d'entreprise («appliquer ou expliquer»)*, [2014] J.O., L 109/43, en ligne: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014H0208&from=ES>> (consulté le 23 mai 2019).

Ce tableau montre que dans un monde libéral néo-classique le marché plutôt que l'État ou toute autre réglementation contraignante dicte les normes de CG qui servent les investisseurs ainsi que les normes de RSE dans une optique dite « enlightened shareholder value ». Nous avons cependant montré (ci-avant) que l'approche RSE apparaît quelque peu comme une anomalie dans un tel modèle puisqu'elle traduit la prise en considération de facteurs susceptibles de nuire à la maximisation actionnariale. Cette approche devrait donc, dans la logique de ce modèle, se trouver refoulée. Or cela n'a jamais été complètement le cas.

Certes ces normes et principes relevant d'une *soft law*, spécialement en ce qui concerne la RSE qui se situe en dehors d'une logique marchéiste, s'exposent au reproche du « self-service normatif » tel que formulé par A. Supiot, professeur au Collège de France, qui compare les engagements des entreprises à des « promesses d'ivrognes jurant à la cantonade qu'ils vont cesser de boire demain »⁴¹.

Néanmoins dans le cadre d'une logique marchéiste que l'on qualifierait de « pragmatique » et donc s'éloignant d'un certain nombre de pré-supposés irréalistes du modèle libéral néo-classique⁴², une démarche RSE se justifierait dans la mesure où il existerait un « business case for CSR », souligné par exemple par la Commission européenne dans sa communication RSE de 2011⁴³. En clair, l'adoption d'un comportement socialement responsable permettrait d'acquérir des avantages et/ou d'éviter des inconvénients : *doing well by doing good*. Schématiquement :

- les avantages liés à un comportement RSE: instauration d'un climat de confiance, satisfaction des attentes des parties prenantes, des

⁴¹ Alain SUPIOT, « Du nouveau au self-service normatif: la responsabilité sociale des entreprises », dans *Etudes offertes à J. Pélissier*, Paris, Dalloz, 2004, p. 541, à la p. 548, cité par R. AYDOGDU, préc., note 20, n° 198.

⁴² Notamment celui de l'« homo œconomicus », monstre parfaitement rationnel, froid, égoïste et amoral qui s'oppose aux traits altruiste, collaboratif et de rationalité limitée également présents en tant que sous-tendant les comportements humains « réels »: voir I. CORBISIER, préc., note 11, p. 268-270 et 309-311.

⁴³ Préc., note 6, notamment p. 4: « La mise en place d'une approche stratégique de la RSE devient de plus en plus importante pour la compétitivité des entreprises. Une telle démarche peut leur être profitable sur le plan de la gestion des risques, de la réduction des coûts, de l'accès au capital, des relations avec la clientèle, de la gestion des ressources humaines et de la capacité d'innovation. » Voir également J.-M. GOLLIER, préc., note 2, p. 51.

communautés au sein desquelles les entreprises opèrent, du public, des médias, des États ou des autres acteurs économiques comme les fournisseurs ou les concurrents, le tout offrant un environnement plus stable pour les activités des entreprises. Les entreprises seraient également plus *innovantes* (*infra* I.C.) et s'ouvriraient ainsi à de nouveaux produits ou services, ou à de nouveaux marchés;

- les désagréments évités du fait de l'adoption d'un comportement RSE : il s'agit d'un mode de gestion ou de limitation de risques dont la réalisation pourrait affecter leur croissance, leur compétitivité ou leur rentabilité, comme le risque judiciaire et des coûts qui pourraient s'ensuivre du fait de condamnations pour dommages environnementaux ou à la suite d'atteintes aux droits de l'homme, par exemple⁴⁴.

Au centre du «Business Case for CSR» on trouve un actif immatériel essentiel pour de nombreuses entreprises multinationales : la réputation associée au pouvoir des marques⁴⁵. Trois catégories d'acteurs y seraient sensibles, qui font ainsi figure de “drivers” sur le “marché de la RSE” :

- les consommateurs : la consommation éthique constitue un important vecteur de RSE, est à l'origine de nombreux labels de type «Fair-trade»⁴⁶, peut influer sur la réglementation en matière de marchés publics et, à l'inverse, gare à une entreprise non RSE qui peut faire l'objet de boycottages ;
- les investisseurs : un marché de l'investissement éthique se développe aujourd'hui avec de nombreux acteurs comme des éditeurs d'indices (ex. Dow Jones Sustainability ou FTSE4Good) et des agences de notation (ex. Eiris/Vigeo) spécialisés. En outre une certaine forme d'activisme actionnarial se fait jour depuis quelques années. Par exemple : compagnies pétrolières confrontées à des investisseurs institutionnels engagés comme des fonds de pension ou organisations religieuses sollicitant une réduction de leurs activités d'extraction, la publication de rapports sur l'impact que la lutte contre le changement cli-

⁴⁴ Pour plus de détails, consulter R. AYDOGDU, préc., note 20, n° 199-201.

⁴⁵ *Id.*, n° 202 et les références citées.

⁴⁶ Sur la certification Fairtrade, voir : Marie-Claude DESJARDINS, «Les mécanismes de contrôle du respect des normes au sein du régime Fairtrade International», dans I. DAUGAREILH (dir.), préc., note 3, p. 313.

matique pourrait avoir sur leurs activités ou encore qu'elles se dotent d'administrateurs spécialistes en cette matière.

Problèmes toutefois : l'investissement éthique ne peut faire totalement abstraction de considérations de *return* financier et la finance contemporaine est aujourd'hui largement intermédiaire (voir *infra* II.A. ce qui est dit des chaînes d'intermédiaires dans le cadre de la directive européenne 2017/828) ;

- les travailleurs qualifiés : les entreprises RSE seraient mieux à même d'attirer à elles les meilleurs collaborateurs qualifiés.

Ainsi les entreprises socialement responsables seraient « récompensées » par de meilleures ventes, investissements ou recrutements et se positionnent donc mieux sur ces marchés⁴⁷.

À l'instar de ce qu'il en est pour la CG, la transparence des entreprises sur leur démarche RSE est présentée comme un paramètre majeur du « business case for CSR » : les entreprises prétendant adopter un comportement RSE sont ainsi invitées à publier à tout le moins une déclaration de principe sur leurs engagements en matière de RSE et des rapports réguliers sur la mise en œuvre de ceux-ci. Ceux-ci font toutefois l'objet de critiques, en raison de l'absence d'un système de contrôle externe (« assurance ») comparable à celui applicable aux rapports sur la situation financière des entreprises. Ces critiques ont conduit à l'élaboration de deux principales normes (privées) de contrôle, l'International Standard on Assurance Engagements 3000 de l'International Auditing and Assurance Standards Board et l'AA1000 Assurance Standard de la société de droit anglais AccountAbility, sur la base desquelles des contrôleurs agréés par la société peuvent opérer un contrôle externe desdits rapports⁴⁸.

S'agissant plus spécifiquement des entreprises multinationales, celles-ci ne peuvent limiter leur politique RSE aux seules entités faisant partie de leur groupe : leur devoir de diligence raisonnable s'étend également aux autres entités avec lesquelles elles ont une relation d'affaires (notamment les entreprises de leur chaîne d'approvisionnement), et sur les activités desquelles elles sont, au regard des rapports de force économiques qui animent

⁴⁷ Pour une analyse plus détaillée de l'argument « business case for CSR » ici schématiquement présenté, consulter R. AYDOGDU, préc., note 20, n° 199-209.

⁴⁸ Pour de plus amples développements : *id.*, n° 225-228.

la mondialisation des flux de production, en mesure d'exercer une influence (*leverage*).

Les modèles de référence prévoient dès lors que les entreprises utilisent cette influence en vue d'obtenir de ces autres entités un comportement conforme aux standards de la RSE, qu'il s'agisse de ceux garantis par des systèmes de gestion éventuellement certifiés (comme les normes EMAS, ISO 14001, SA 8000 ou ISO 26000), ou de ceux qui figurent dans leurs déclarations de RSE – qui doivent être communiquées à toutes les entreprises de leur chaîne d'approvisionnement – ou dans les codes de conduite qu'elles adoptent spécifiquement à l'attention de celles-ci⁴⁹.

Les États peuvent venir en soutien des pratiques RSE de diverses manières :

- par des moyens politiques, notamment par l'exercice de leur pouvoir de marché: en devenant clients d'entreprises RSE (marchés publics);
- par des moyens juridiques: en renforçant les exigences en matière d'information non financière (voir *infra* II.A.), en renforçant les exigences quant à la révélation de la politique d'engagement des investisseurs notamment institutionnels (voir *infra* II.A.) ou encore en apportant leur soutien à l'exercice du pouvoir disciplinaire de la RSE (ex. protection du *Whistleblowing* par l'article 922 de la loi Dodd-Frank aux USA, loi Sapin II du 9 décembre 2016 en France^{50 51} ou encore la récente décision rendue par la Cour de cassation de Luxembourg – 11 janvier 2018 – ayant appliqué l'article 10 de la

⁴⁹ *Id.*, n° 233.

⁵⁰ Pour une description du contenu de cette loi française, voir le lien suivant: MAZARS SOCIÉTÉ D'AVOCATS, «Loi Sapin II: introduction en droit français du lanceur d'alerte protégé», en ligne: <<https://www.avocats-mazars.com/Accueil/Actualites/Actualites-juridiques/Loi-Sapin-II-lanceur-d-alerte-protege>> (consulté le 23 mai 2019). *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, 21 July 2010, en ligne: <www.congress.gov/111/plaws/publ203/PLAW-111publ203.pdf> (consulté le 20 juin 2019) («Loi Dodd-Frank»); *Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, en ligne: <<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/12/9/ECFM1605542L/jo/texte>> (consulté le 20 juin 2019) («Loi Sapin»).

⁵¹ Pour davantage de détails, voir: R. AYDOGDU, préc., note 20, n° 247.

*Convention européenne des droits de l'homme*⁵² pour tenir en échec l'application d'une sanction pénale à l'encontre d'un lanceur d'alerte⁵³; à noter que la Commission européenne a également émis une proposition de directive destinée à protéger les lanceurs d'alerte⁵⁴) et enfin en reprenant au titre de «hard law» un devoir de vigilance préconisé par les instruments non étatiques de RSE (ici les *Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme* et les *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*) ainsi qu'il en est de la loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Cette loi fut

initiée à la suite de la catastrophe du Rana Plaza, imposant aux grandes entreprises d'établir, de mettre en œuvre de manière effective et de publier un plan de vigilance, qui doit comporter les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de ces sociétés et des sociétés qu'elles contrôlent, directement ou indirectement, ainsi que des activités de leurs sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels elle entretiennent une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation. Le plan doit notamment comporter un mécanisme de lancement d'alerte.⁵⁵

⁵² En ligne: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf> (consulté le 20 juin 2019), posant le principe de la liberté d'expression.

⁵³ Cass., 11 janv. 2018, arrêt n° 184/18, J.T.L. 2018/3, n° 57, p. 80-86 et, à propos de cette décision, voir Annelies VANDENDRIESSCHE, «Legal developments in the protection of Whistleblowers in the European Union», E.D.P.L. 2018.4.483; Jean-Baptiste CHASTAND, «LuxLeaks: le condamnation d'un des lanceurs d'alerte français annulée en cassation», *Le Monde*, 11 janvier 2018, en ligne: https://www.lemonde.fr/evasion-fiscale/article/2018/01/11/luxleaks-la-condamnation-d-un-des-lanceurs-d-alerte-francais-annulee-en-cassation-au-luxembourg_5240227_4862750.html (consulté le 23 mai 2019).

⁵⁴ *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des personnes dénonçant les infractions au droit de l'Union*, COM(2018) 218 final, 23 avril 2018, en ligne: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52018PC0218>> (consulté le 23 mai 2019). Sur cette proposition, consulter A. VANDENDRIESSCHE, préc., note 53.

⁵⁵ R. AYDOGDU, préc., note 20, n° 252. Sur cette loi du 27 mars 2017 et son parcours législatif, consulter Olivier FAVEREAU et Antoine LYON-CAEN, «Le devoir de vigilance dans les groupes et réseaux de sociétés», *Rev. trav.* 2015.446; Pierre-Louis PERIN, «Devoir de vigilance et responsabilité illimitée des entreprises: qui trop embrasse mal étreint», *RTD com.* 2015.215; Marie-Caroline CAILLET, «Le devoir de vigilance et les relations

La *soft law* porteuse de RSE apparaît ainsi comme un « état chimique instable susceptible de se solidifier et d'emporter des obligations pour les entreprises » ou encore comme une « tête chercheuse de droit dur » pour reprendre ici les excellentes formules de M. Doucet⁵⁶. L'évolution de la « *soft* » à la « *hard law* » résulte généralement d'un constat d'ineffectivité ou de la trop grande... mollesse de la contrainte introduite par la *soft law*⁵⁷.

d'affaires: vers une responsabilité collective?», dans I. DAUGAREILH (dir.), préc., note 3, p. 515; Pauline ABADIE, « Le juge et la responsabilité sociale de l'entreprise », D. 2018.302. *Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, en ligne: <<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/ECFX1509096L/jo/texte>> (consulté le 20 juin 2019); *Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, en ligne: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_FR.pdf> (consulté le 20 juin 2019); *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, en ligne: <<http://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/>> (consulté le 20 juin 2019).

⁵⁶ « À petits pas et à reculons, les mutations en cours de la *soft law* », préc., note 22, aux p. 475 et 476.

⁵⁷ Exemple: le comité d'audit, préconisé au titre de *soft law* par la plupart des codes de CG a été rendu obligatoire, à la suite des scandales Enron, Parmalat & Cie, au sein de l'Union européenne pour les « entités d'intérêt public » (dont les sociétés cotées) par l'effet de la *Directive 2006/43/CE du Parlement et du Conseil du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés et modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, et abrogeant la directive 84/253/CEE du Conseil*, [2006] J.O., L 157/87, en ligne: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32006L0043>> (voir *infra*, II.A.). À la suite de la crise financière de 2008, certains États (comme la Belgique par exemple) ont rendu obligatoire le comité de rémunération, autre préconisation de droit mou des codes de gouvernance, dans le cadre des sociétés cotées.

Pour le constat d'ineffectivité fréquemment mis en avant pour la *soft law* en matière de RSE, voir William SUN, Jim STEWART et David POLLARD, « Reframing corporate social responsibility », dans William SUN, Jim STEWART et David POLLARD (dir.), *Reframing Corporate Social Responsibility: Lessons from the Global Financial Crisis, Critical Studies on Corporate Responsibility, Governance and Sustainability*, Bingley, Emerald Group Publishing, 2010, p. 3, aux p. 6-7: l'irresponsabilité sociétaire a contribué au moins en partie à la crise financière qui a généré un effondrement du « public trust and faith in business »; Wayne VISSER, « CSR 2.0: from the age of greed to the age of responsibility », dans W. SUN, J. STEWART et D. POLLARD (dir.), *id.*, p. 231, aux p. 232-241; Virginie MERCIER, « Responsabilité sociétale des entreprises et droit des sociétés: entre contrainte et démarche volontaire », *Droit des sociétés* 2011.4.7, n° 3: dans un contexte concurrentiel dominé par la *shareholder value*, force est de constater que le fait pour une entreprise de se comporter de manière socialement responsable coûte souvent plus que cela ne rapporte, du moins dans le court terme (bien sûr en dehors des cas où le « business case for CSR » apparaît immédiatement positif).

Enfin la frontière entre les approches CG et RSE apparaît-elle ces derniers temps de plus en plus poreuse dans la mesure où les Codes de gouvernance en leur version modifiée depuis la crise financière ou encore les codes nouvellement adoptés ou en projet se réfèrent soit directement à la RSE soit à la nécessité de la prise en compte des parties prenantes ou à avoir particulièrement en vue l'intérêt à long terme de l'entreprise, au-delà de l'intérêt éventuellement à court terme des investisseurs⁵⁸.

Pour le constat que, d'une part le lien entre bonnes pratiques de gouvernance portées par les codes de CG et performances opérationnelles ou financières de la société n'a jamais pu être établi de manière certaine et que, d'autre part, les nombreuses études consacrées au «business case for CSR» présentent des résultats trop contrastés pour permettre de conclure à une corrélation positive ou négative «entre *Corporate Social Performance* et *Corporate Financial Performance*» : R. AYDOGDU, préc., note 20, n° 208. Plus spécialement en matière de RSE, il est vrai que les résultats révélés par les études empiriques sont inégaux et dépendent de divers facteurs qui ont pu être identifiés pour certains. Ainsi, selon Fei QIN («Commerce mondial et efficacité des codes de conduite des entreprises: état des lieux à partir d'études empiriques», dans I. DAUGAREILH (dir.), préc., note 3, p. 167) les facteurs susceptibles de contribuer au succès des codes de conduite sont les suivants : l'organisation du pouvoir dans la chaîne de valeur («les résultats positifs de la gouvernance privée sont principalement apparus dans les chaînes de valeur ayant une structure de gouvernance captive», les acheteurs ayant le plus de pouvoir sur la chaîne étant capables d'exercer une plus grande pression sur leurs fournisseurs afin que ceux-ci respectent le code de conduite); la relation acheteur-fournisseur (des relations transparentes et collaboratives entre les parties permettent de créer de meilleures conditions de travail); le type de grand entreprise (une entreprise dont la marque est visible est plus vulnérable aux pressions sociales et se trouve donc davantage incitée à adopter un comportement conforme au code applicable); la nature des sujets abordés (certains problèmes sont davantage susceptibles d'être réglés positivement par un code: «les problèmes visibles et faciles à codifier (comme les questions de santé, de sécurité et de salaire minimum) ont plus de chances d'être décelés et résolus que d'autres, tels que les droits de sécurité juridique, et notamment la liberté syndicale, car ces derniers sont perçus comme étant fondamentalement un moyen d'affaiblir le contrôle de la direction sur le fonctionnement de la chaîne d'approvisionnement») et le contexte sociétal et politique (le respect des codes de conduite varie beaucoup en fonction des zones géographiques, l'auteur faisant finement observer que: «Les programmes de surveillance privés et volontaires ont été introduits pour que les entreprises puissent agir indépendamment de la réglementation des États, mais leur application est fortement restreinte par les infrastructures sociales et institutionnelles existantes»).

⁵⁸ Nous nous limiterons ici à deux exemples très récents :

- le Code de gouvernance Afep-Medef dans sa version révisée de juin 2018 (en ligne : <<http://www.afep.com/publications/le-code-afep-medef-revise-de-2018/>> (consulté le 23 mai 2019)). Celui-ci s'éloigne des codes qui l'ont précédé, à orientation nettement plus patrimoniale donc *shareholder-oriented* à partir du rapport Marini

Néanmoins, de la même manière que le droit «mou» peut évoluer vers quelque chose qui ressemble à du droit «dur», on peut également observer, à l'inverse, un phénomène d'«amollissement» du droit dur ainsi qu'en atteste le projet PACTE en France (voir *infra* II.B. *in fine*).

En conclusion il semblerait que l'efficacité de règles ou principes relevant de la RSE (et sans doute également de la CG) relève davantage d'une interaction entre régulation privée (*soft law*) et régulation publique (*hard*

en 1996 (pour plus de détails: I. CORBISIER, préc., note 11, p. 387 et suiv.), pour revenir à une conception centrée sur la notion d'entreprise et son intérêt à long terme incluant la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux (voir art. 1.1 de ce Code) dans une formulation qui rappelle celle du Rapport Viénot (1995, voir: I. CORBISIER, préc., note 11, p. 211 et suiv.), dernier document en la matière à avoir reposé sur une vision de l'intérêt social l'identifiant à celui de l'entreprise en tant que ne se réduisant à un intérêt particulier fût-il celui des actionnaires (en ce sens: Michel GERMAIN, «La proposition du club des juristes», *Dossier: la réécriture des articles 1833 et 1835 du Code civil: révolution ou constat?*, *Rev. soc.* 2018.564, 566). Ce code use ainsi d'une formulation que l'on retrouve dans le projet de loi PACTE (M. GERMAIN, *id.*; Isabelle URBAIN-PARLEANI, «La raison d'être des sociétés dans le projet de loi PACTE», *Dossier: la réécriture des articles 1833 et 1835 du Code civil: révolution ou constat?*, *Rev. soc.* 2018.623, 629) dont il sera question *infra*, II.B. Sur ce code, voir également Bénédicte FRANÇOIS, «Code 2018 de gouvernement d'entreprise Afep-Medef: une nouvelle version, en vain?», *Rev. soc.* 2018.575 (l'auteure soulignant, en dépit d'aspects décevants, que ce code fait entrer la gouvernance d'entreprise dans une ère nouvelle du fait de son orientation de création de valeur à long terme en considération des enjeux sociaux et environnementaux).

- la révision du Code belge de gouvernance d'entreprises à l'attention des sociétés cotées (Code 2020, tout récemment adopté, en ligne: <<https://www.corporategovernancecommittee.be/fr/over-de-code-2020/code-belge-degouvernancedentreprise-2020>> (consulté le 20 juin 2019)). Alors que le Code antérieur de 2009 (en ligne: <<https://www.corporategovernancecommittee.be/fr/propos-du-code-2009/code-belge-degouvernancedentreprise-2009>> (consulté le 20 juin 2019)), revu après la crise financière de 2008, exprimait déjà une orientation en faveur de la création de valeur à long terme et la prise en considération des parties prenantes, celle-ci se limitait largement au Préambule du Code. Par contre, le Code 2010 énonce que l'organe de gestion de la société a pour mission de viser une création de valeur durable (*sustainable value creation*) et que, à cette fin, celui-ci se doit de mettre en œuvre une approche inclusive mettant en balance les intérêts légitimes des actionnaires et des autres porteurs d'intérêts (principes 2.1 et 2.2). Par ailleurs le Code révisé précise que le conseil d'administration fait preuve d'indépendance et agit conformément à ce qu'il considère comme étant le «*best interest*» de la société (principe 6), l'objectif de création de richesse étant formulé non seulement en faveur des actionnaires mais aussi au profit des autres porteurs d'intérêts. Voir: J.-M. GOLLIER, préc., note 2, p. 82.

*law)*⁵⁹. La solution résiderait donc dans un « mix » entre les deux types de régulations⁶⁰.

C. Plus spécifiquement quant aux rapports entre la RSE et l'innovation

Le principal reproche adressé à la mondialisation libérale néo-classique est son court-termisme (l'intérêt de la société se réduisant à la recherche d'une maximisation financière éventuellement à court-terme en faveur des actionnaires), lequel nuit aux investissements en matière de recherche et développement et donc à l'innovation⁶¹.

⁵⁹ F. QIN, préc., note 57, aux p. 178-179 : alors que le « modèle basé sur la contrainte et la surveillance échoue lorsque la conformité entre en conflit avec la viabilité économique, l'approche axée sur l'engagement, qui vise la réparation, permet d'améliorer durablement les conditions de travail [...] cette [...] approche, conjuguée à de meilleures réglementations issues de l'État et des syndicats pourrait représenter le ‘meilleur espoir’ de résolution des problèmes de conformité du travail dans les chaînes de valeur [...] un système mixte pourrait être la seule solution prometteuse pour l'avenir. A l'échelle mondiale, la fourniture de biens publics ainsi que la formulation et l'application de règles internationales, c'est-à-dire la gouvernance mondiale, ne peuvent plus être le monopole des États ou des institutions internationales. La gouvernance mondiale serait un processus polycentrique auquel participeraient les multiples parties prenantes qui auraient chacune des responsabilités. Un système mixte pourrait prendre la forme d'une coalition d'entreprises du secteur privé uniquement et donner lieu à une harmonisation des normes qu'elles partagent. Il pourrait aussi rassembler des secteurs public et privé, y compris les États, les entreprises, les institutions internationales, les ONG ainsi que des groupes issus de la société civile».

⁶⁰ M. DOUCIN, préc., note 22, à la p. 485 : « La *soft law* est de nature instable et chacune de ses composantes peut verser d'un côté ou de l'autre, devenir plus gazeuse ou plus solide. Mais elle est utilisée par un certain nombre d'acteurs institutionnels comme le laboratoire de l'élaboration de normes qui cherchent à s'imposer comme dominantes, qu'elles soient ensuite formalisées de façon classique par du droit international, ou pas [...] La série des crises économiques que connaît le monde depuis la fin des années 1990 a renforcé le doute qui pèse sur les vertus de la *soft law* purement ‘volontaire’. Par ailleurs l'énormité des questions soulevées par la globalisation révèle l'impuissance du droit international classique. La solution est, dans ces conditions, un ‘mix’».

⁶¹ Pour un cri d'alarme en ce sens resté fameux en Europe francophone, consulter Michel ALBERT, *Capitalisme contre capitalisme*, Paris, Seuil, 1991, l'auteur dénonçant la « tyrannie du Quarterly Report » inhérente au modèle du capitalisme financier (ou patrimonial), alors en train de s'imposer petit à petit face au modèle jusqu'alors dominant du capitalisme industriel (ou managérial), évolution regrettée par l'auteur en tant que s'opposant à l'intérêt à long terme de l'entreprise, le service d'un dividende aux actionnaires

Nous avons évoqué ci-dessus le « business case for CSR » qui, au rang des avantages d'un comportement RSE, met en évidence le fait que les entreprises s'inscrivant dans cette démarche seraient plus innovantes.

Il semble en effet que si l'instauration d'un dialogue entre l'équipe dirigeante de l'entreprise et ses divers porteurs d'intérêts n'est pas chose aisée, « innovation is often born out of situations characterised by uncertainty and disagreement. Stakeholder dialogue allows creating such situations in a protected context where problems are discussed confidentially and where it is acceptable not to resolve all problems at once »⁶².

Le modèle allemand de gouvernance d'entreprise – à savoir un modèle *stakeholders-oriented* (régime de co-gestion paritaire dans les grandes entreprises) – fait figure d'illustration d'une telle proposition établissant un lien entre innovation et gestion fondée sur un dialogue avec les *stakeholders*. Effectivement il s'agit d'un modèle qui a résisté – moyennant quelques adaptations qui lui ont permis de tirer parti de certains aspects de la financiarisation de l'économie – aux pressions du modèle libéral néo-classique mondialisé dont on souligne qu'il favorise l'innovation du fait du dialogue permanent avec les employés, permettant de réduire les effets négatifs de la rationalité limitée (*bounded rationality*) à l'œuvre dans l'entreprise⁶³.

étant préféré aux investissements préparant l'avenir, en ce compris ceux de recherche et développement. Dix ans plus tard, l'auteur, désabusé, entonnait le « requiem du capitalisme rhénan » et constatait le triomphe du modèle anglo-américain du capitalisme financier (Michel ALBERT, « Kapitalismus contra Kapitalismus – zehn Jahre danach », (2001) *Blätter f. dt. u. Int. Pol.* 46 1441, 1454 et suiv. et voir: I. CORBISIER, préc., note 11, p. 14-16).

⁶² Laetitia GUIBERT et Julia ROLOFF, « Stakeholder dialogue: strategic tool or wasted words? », (2017) 38-5 *Journal of Business Strategy* 3, 10, en ligne: <<https://doi.org/10.1108/JBS-07-2016-0071>> (consulté le 23 mai 2019).

⁶³ Consulter à ce sujet: Konstantin BOTTERBERG, Anja TUSCHKE et Miriam FLICKINGER, « Corporate Governance Between Shareholder and Stakeholder Orientation: Lessons from Germany », (2017) 26-2 *Journal of Management Inquiry* 165, 172, en ligne: <<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1056492616672942>> (consulté le 23 mai 2019) (« The active management of employee relations can also be an important channel of improved learning and innovation outcomes for firms. To stay innovative, firms must constantly seek to increase their ability to integrate, recombine, or detect valuable knowledge from inside as well as outside the organization (Lewin, Massini, & Carine, 2011). However, learning and innovation processes are often characterized by bounded rationality and limited perceptions about the best way of adapting the firm to changes in the business environment (Greve, 2003). These challenges can be mitigated by accessing nuanced information from stakeholders. Co-determination through board seats

Autre pièce à verser au débat concernant le lien entre un comportement RSE donc ouvert sur les autres porteurs d'intérêts et l'innovation : une étude récente rédigée par deux chercheuses issues du MIT et de la University of Western Ontario indique que l'existence d'une loi dite « des autres constituantes » (*other constituencies statutes*) s'appliquant sur le territoire d'un État étasunien (à ce jour plus de trente États de l'Union ont adopté une loi de ce genre) a pour effet d'accroître (« *boost* ») l'innovation dans les entreprises relevant de ces États⁶⁴. Qu'un effet de ce genre ait pu

or works councils, for instance, is associated with reduced information asymmetries and more information exchange between firm management and employees (Fauver & Fuerst, 2006). This can lead to an improved use of existing internal knowledge as well as an enhancement of learning opportunities because employees often have closer access to – and a better understanding of, the firm's products and customer needs.

Another aspect in this context is the ability of firms to learn constantly over time. Due to a more egalitarian approach in many German firms, employees stay with one firm for a longer period of time. Moreover, as shown by Turban and Greening (1997), paying attention to stakeholder interests makes firms more attractive to highly skilled employees, which are considered to be an important aspect of sustainable competitive advantage (Colbert, 2004). Indeed, German firms build their competitiveness often on a highly experienced workforce (Culpepper, 1999). Consequently, based on trustful and stable relations, employees are more willing to increase their firm-specific skills and knowledge and are, thus, better able to contribute to high product quality and expertise—a typical strength of German firms»).

À noter toutefois que les auteurs soulignent également les désavantages du modèle, dont notamment le risque de comportements claniques de *stakeholders* tels que révélés par certains scandales (par ex. : Siemens, Volkswagen...).

⁶⁴ Le texte de cette étude (Caroline FLAMMER et Aleksandra KACPERCZYK, « The Impact of Stakeholder Orientation on Innovation: Evidence from a Natural Experiment », (2016) 62-7 *Management Science* 1982) est disponible en ligne sur de multiples sites, par exemple : <<https://pdfs.semanticscholar.org/f678/ad2dee3cb840cafd53f3d3d2cdcb3ceb59a4.pdf>>; <<https://pubsonline.informs.org/doi/10.1287/mnsc.2015.2229>>; <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2353076&rec=1&srcabs=2549305&alg=1&pos=5>(consultés le 23 mai 2019).

Résumé de l'étude : « In this study, we assess the causal impact of stakeholder orientation on innovation. To obtain exogenous variation in stakeholder orientation, we exploit the enactment of state-level constituency statutes, which allow directors to consider stakeholders' interests when making business decisions. Using a difference-indifferences methodology, we find that the enactment of constituency statutes leads to a significant increase in the number of patents and citations per patent. We further examine the mechanisms through which stakeholder orientation fosters innovation. In particular, we argue and provide evidence suggesting that stakeholder orientation sparks innovation by i) promoting a secure work environment that is conducive to experimentation, and ii) enhancing the satisfaction of various stakeholders. »

être détecté est d'autant plus intéressant que l'intention poursuivie par les États ayant édicté de telles législations n'était pas de cet ordre mais visait essentiellement à procurer au *management* de ces sociétés une arme leur permettant de s'opposer aux OPA puisque ces lois leur permettent voire leur imposent de prendre en compte les intérêts des parties prenantes autres que les actionnaires dans leurs décisions de gestion⁶⁵.

Bien entendu, il s'agit de ne pas pratiquer un angélisme béat en la matière: si un comportement RSE est vecteur d'innovation, l'innovation elle-même n'est pas nécessairement source d'un comportement socialement responsable, celle-ci pouvant se révéler destructrice⁶⁶.

Illustration d'une attention particulière accordée aux effets positifs de la RSE quant à l'innovation: les Principes directeurs de l'OCDE (2011)⁶⁷

IX. Science et technologie

Les entreprises devraient:

1. S'efforcer de faire en sorte que leurs activités soient compatibles avec les politiques et plans scientifiques et technologiques des pays dans lesquels elles opèrent et, le cas échéant, contribuer au développement de la capacité d'innovation à l'échelon local et national.
2. Dans la mesure où cela est réalisable, adopter dans le cadre de leurs activités commerciales des pratiques permettant d'assurer le transfert et la diffusion rapide des technologies et du savoir-faire, en tenant dûment compte de la protection des droits de propriété intellectuelle.
3. Le cas échéant, mener des activités de développement scientifique et technologique dans les pays d'accueil de façon à répondre aux besoins du marché local, ainsi qu'employer du personnel du pays d'accueil dans des activités scientifiques et technologiques et encourager sa formation, compte tenu des besoins commerciaux.

⁶⁵ Voir: I. CORBISIER, préc., note 11, notamment p. 376-377 et les références citées. Ces lois sont évidemment perçues avec défaveur par les tenants d'une analyse contractarienne néo-classique de la firme.

⁶⁶ Cet élément fut notamment exploré par M. Charron, dans le cadre du cycle de conférences auquel nous avons participé à l'Université de Montréal.

⁶⁷ Auxquels l'Union européenne accorde (notamment) son attention: voir Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, préc., note 6.

4. Lorsqu'elles accordent des licences pour l'utilisation de droits de propriété intellectuelle ou qu'elles transfèrent des technologies par d'autres moyens, elles devraient le faire sur la base de conditions et modalités raisonnables et de manière à contribuer aux perspectives de développement durable à long terme du pays d'accueil.
5. Lorsque les objectifs commerciaux s'y prêtent, elles devraient établir localement des liens avec les universités et les établissements publics de recherche et participer à des projets de recherche en coopération avec les entreprises ou associations professionnelles locales.

On notera enfin, au rang de ces brèves réflexions au sujet du lien qu'entre tiennent la RSE et l'innovation, les défis posés par l'environnement technologique :

[...] les évolutions scientifiques et/ou technologiques majeures récentes reconfigurent profondément les processus d'innovation et les modes d'insertion concurrentielle des entreprises, tout en redessinant de nouvelles frontières technologiques qui se superposent aux nouvelles frontières des marchés façonnées par la mondialisation et la concurrence sur les marchés [...]. Plus généralement, ces évolutions induisent un accroissement de l'hétérogénéité des acteurs de l'innovation et de la diversité des domaines de connaissances et de compétences requis par les processus innovateurs. D'où l'intensification des interdépendances structurelles entre les différentes parties prenantes du processus d'innovation [...]. D'où également, l'importance croissante des actifs intangibles ou immatériels (brevets, marques, capital social et cognitif des dirigeants et des salariés, qualité du design des produits, capacité à travailler en réseau, notoriété et réputation, satisfaction de la clientèle, « capital confiance » de l'entreprise avec ses fournisseurs, etc.).⁶⁸

Les auteurs de cette contribution regrettent la fréquente déconnexion entre les politiques de l'environnement et de l'innovation.

⁶⁸ Céline MERLIN-BROGNIART et Marc-Hubert DEPRET, « Quels acteurs pour quelle responsabilité des entreprises ? D'une responsabilité sociale des entreprises à la responsabilité globale des acteurs », Colloque RIODD 4 – Lille, 25 et 26 juin 2009, en ligne : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1414204> (consulté le 23 mai 2019), p. 11-12.

II. Développements récents au sein de l’Union européenne et dans deux de ses États membres (France et Belgique) : la RSE, état chimique instable⁶⁹ (le continuum de la soft law à la hard law et vice versa)

A. Droit européen des sociétés^{70 71} : de l’harmonisation à la marchéisation, remise en cause depuis la crise financière de 2008

Nous avons déjà eu l’occasion de faire observer (*supra* I.A.) que dans ses premiers temps, l’Union européenne ordolibérable n’avait pas dédaigné un vaste plan d’harmonisation, lequel s’était traduit par l’adoption d’un nombre conséquent de directives et de quelques règlements⁷². Ceci

⁶⁹ Expression déjà citée de M. DOUCIN, préc., note 22, à la p. 475.

⁷⁰ À propos du droit européen des sociétés, on consultera utilement les ouvrages généraux suivants: Michel MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, 5^e éd., Paris, L.G.D.J., 2018; Louis VOGEL, *Traité de droit économique*, t. 4: «Droit européen des affaires», 2^e éd., Paris/Bruxelles, LawLex/Bruylant, 2017; Christian GAVALDA, Gilbert PARLEANI et Benoît LECOURT, *Droit des affaires de l’Union européenne*, 7^e éd., Paris, LexisNexis, 2015; Mathias HABERSACK et Dirk A. VERSE, *Europäisches Gesellschaftsrecht: Einführung für Studium und Praxis*, 5^e éd., C.H. Beck, 2019.

⁷¹ Pour une vue globale de l’activité de l’UE en matière de RSE, on consultera utilement les liens suivants: <http://ec.europa.eu/growth/industry/corporate-social-responsibility_fr> et <http://ec.europa.eu/growth/industry/corporate-social-responsibility/in-practice_fr> (travail sur l’intégration des principes ONU, OCDE, OIT et prise en compte des normes ISO) (consultés le 23 mai 2019).

⁷² Un certain nombre de ces directives en matière de droit des sociétés, adoptées à partir de 1968, ont été récemment codifiées au sein de la *Directive 2017/1132 du Parlement et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés*, [2017] J.O., L169/46, en ligne: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32017L1132>> (consulté le 23 mai 2019). Cette directive reprend les dispositions de la première directive de 1968 telle que modifiée par la suite (applicable aux SA, SARL, société en commandite par actions et, en France, à la SAS, société par actions simplifiée), cette directive traitant de la publicité des actes (interconnexion des registres de sociétés introduite dans les années 2000), de la validité des engagements des sociétés (répartition des pouvoirs entre les organes de gestion et l’assemblée) et de la nullité des sociétés; la seconde directive de 1976 telle que modifiée par la suite (applicable aux SA uniquement) concernant la constitution de la SA ainsi que le maintien et les modifications de son capital (fondée sur le principe continental européen du capital minimum – minimum absolu de 25 000 euros – protégé même si cette directive fut, sous la pression de la mondialisation – la notion de capital minimum protégé étant étrangère aux

droits d'essence anglo-américaine –, « simplifiée » en 2006); les quatrième et sixième directives respectivement de 1978 et de 1982 telles que modifiées par la suite (appliquables aux SA) relatives aux fusions et scissions (internes); la onzième directive de 1989 telle que modifiée par la suite concernant la publicité des succursales créées dans un État membre par des sociétés relevant d'un autre État membre et auxquelles s'applique la première directive; la directive de 2005 telle que modifiée par la suite concernant les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux.

Parmi les autres directives demeurant en dehors de cette codification, on relèvera plus particulièrement :

- la douzième directive de 1989 (remplacée par une directive de 2009: *Directive 2009/102/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 en matière de droit des sociétés concernant les sociétés à responsabilité limité à un seul associé*, [2009] J.O., L 258/20, en ligne: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:32009L0102>> (consulté le 23 mai 2019)) concernant les sociétés à responsabilité limitée à un seul associé;
- la *Directive 2004/25 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition*, [2004] J.O., L 142/12, en ligne: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0025>> (consulté le 23 mai 2019), qui érigea un régime optionnel pour les États membres, s'agissant des moyens de défense susceptibles d'être opposés par la société cible à l'auteur de l'offre;
- la *Directive 2007/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées*, [2007] J.O., L 184/17, en ligne: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02007L0036-20170609>> (consulté le 23 mai 2019).

Trois règlements instituant des personnes morales de nature sociétaire tirant leur existence/personnalité juridique directement du droit de l'UE sont également à signaler (règlement 2137/85 de 1985 concernant le groupement d'intérêt économique (GEIE), inspiré du droit français, en ligne: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A31985R2137>> (consulté le 23 mai 2019)); règlement 2157/2001 de 2001 concernant la société européenne (SE), correspondant à la SA de droit interne, en ligne: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32001R2157>> (consulté le 23 mai 2019) et règlement 1435/2003 de 2003 concernant la société coopérative européenne (SCE), en ligne: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1540153706397&uri=CELEX:32003R1435>> (consulté le 23 mai 2019)). Au départ, leur institution avait été largement motivée par les incertitudes concernant la possibilité pour les sociétés relevant du droit national d'un État membre de pouvoir déplacer leur siège à l'intérieur de l'UE tout en conservant leur personnalité juridique (donc sans solution de continuité), ces trois entités disposant expressément, aux termes de leurs règlements respectifs, de la possibilité de déplacer leur siège à l'intérieur de l'UE sans solution de continuité mais ce au prix d'un compromis imposant que les sièges réel et statutaire de ces sociétés soient situés dans le même État membre (règle expresse pour la SE et la SCE). Cette innovation est toutefois dépassée depuis que la jurisprudence (précitée, *Centros etc.*) de la CJUE a consacré le droit pour les sociétés relevant d'un droit national de déplacer leur siège à l'intérieur de l'UE sans solution de continuité et sans devoir déplacer concomitamment leurs sièges réel et statutaire (en particulier en conséquence de l'arrêt *Polbud*, préc., note 25).

jusqu'à ce que, à la fin des années 1990 et sur fond de constatation de l'enlisement dans la poursuite de l'harmonisation au regard de la pression dérégulatoire introduite par la mondialisation libérale néo-classique, la Cour de justice de l'Union européenne initie la construction d'une jurisprudence (précitée) en matière de mobilité sociétaire, de l'arrêt *Centros* (1999) à l'arrêt *Polbud* (2017), fondée sur les articles 49 et 54 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* (liberté d'établissement). Cette jurisprudence a eu pour effet de libérer largement la mobilité intra-européenne des sociétés par les voies des fusions et conversions (transferts de siège) transfrontalières, impulsant ainsi un véritable mouvement de concurrence entre les États membres au sujet des caractéristiques non harmonisées de leur droit des sociétés⁷³.

Ce nouvel ordre libéral néo-classique d'essence anglo-américaine trouva son couronnement dans le plan d'action de 2003 de la Commission européenne (précité) jusqu'à ce que la crise financière de 2008 suscite une réflexion sur ses causes, lesquelles peuvent être ramassées en la formule de «crise de la main invisible du marché liée à celle de la main visible de la gouvernance»⁷⁴. Toutefois, ainsi que nous l'avons déjà observé (*supra* note 31) le plan d'action de 2012⁷⁵ de la Commission reste axé sur la maître-notion de compétitivité tout en manifestant désormais une attention particulière portée à l'intérêt à long terme et à la durabilité de l'entreprise. Ce constat va amener la Commission à accentuer ses efforts en la matière, son action récente révélant toutefois d'importantes tensions entre États membres en fonction des avantages que ceux-ci ont pu ou non tirer de la mondialisation économique.

⁷³ Une réflexion fut entretemps menée à propos des orientations ou réformes à apporter au droit européen des sociétés (principalement dans le sens d'une simplification) au sein du Rapport Winter (*Report of the High Level Group of Company Law Expert on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, 2002, en ligne: <http://www.ecgi.org/publications/documents/report_en.pdf> (consulté le 23 mai 2019)), lequel déboucha effectivement sur un certain nombre de simplifications menées au sein de directives préexistantes. *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* (TFUE), en ligne: <<https://eurlex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT>> (consulté le 20 juin 2019).

⁷⁴ Pour une synthèse, consulter I. CORBISIER, préc., note 2, aux p. 200-206.

⁷⁵ Lequel fut précédé d'une intéressante réflexion menée par un groupe d'experts à propos du futur du droit européen des sociétés: *Report of the reflection group on the future of EU company law*, 5 avril 2011, en ligne: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1851654> (consulté le 23 mai 2019).

Quelques illustrations de l'action de l'Union européenne au cours de ces dernières années révélant une orientation plus long-termiste et davantage axée sur la prise en compte des parties prenantes autres que les actionnaires⁷⁶

- En 2006 déjà, apparition de la notion d'« entité d'intérêt public » (société cotée, banque, entreprise d'assurances), réunissant les entreprises dans lesquelles le risque systémique est important, dans le cadre de la directive « audit » 2006/43⁷⁷ (obligation d'instauration d'un comité d'audit en leur sein) ;
- la directive 2014/95/UE⁷⁸ assujettit les sociétés cotées d'une certaine taille (non PME) à la publication d'informations relatives à la diversité (âge, genre, qualifications, expérience professionnelle) publiées dans le cadre de la déclaration sur le gouvernement d'entreprise. La directive pose également une obligation d'information sur les questions environnementales, de personnel, de respect des droits de l'homme et de lutte contre la corruption (les sociétés visées sont les entités d'intérêt public – sociétés cotées, banques, entreprises d'assurances – de plus de 500 travailleurs). On reste dans le domaine de l'information quoique le texte soit espéré comme incitatif : si les sociétés ne font rien en faveur de la diversité, elles sont obligées de le dire et donc apparaissent non vertueuses. S'agissant des informations

⁷⁶ Pour une étude récente très complète : Benoît LECOURT, « La société européenne et l'intérêt collectif : la mouvance européenne », *Dossier : la réécriture des articles 1833 et 1835 du Code civil : révolution ou constat ?*, Rev. soc. 2018.551. L'auteur met clairement en évidence cette évolution d'une protection *a minima* de l'intérêt collectif à un renforcement de la protection des parties prenantes. Il conclut : « il est clair qu'une mouvance européenne a pris naissance depuis quelques années en vue de conférer aux grandes sociétés un rôle moteur dans la défense de l'intérêt collectif. La société ne peut donc se contenter d'être une observatrice ; elle devient actrice de l'intérêt collectif. Ce mouvement ne fera que s'amplifier tant les projets européens sont nombreux. Certains des textes qui seront adoptés ne concerneront d'ailleurs pas uniquement les grandes entreprises. Et pour ceux qui ne viseront que ces dernières, il est probable que l'influence européenne s'exercera au-delà ».

⁷⁷ Pré., note 57. Déjà envisagée *supra*, I.B., cette action répondant aux scandales Enron, Parmalat & Cie ayant précédé la crise de 2008.

⁷⁸ Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes, [2014] J.O., L 330/1, en ligne : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0095>> (consulté le 23 mai 2019).

à procurer pour la compréhension de l'évolution des affaires, des performances, de la situation de l'entreprise et des incidences de son activité (relatives au moins aux questions environnementales, aux questions sociales et de personnel, de respect des droits de l'homme et de lutte contre la corruption), la directive prévoit que: «lorsque l'entreprise n'applique pas de politique en ce qui concerne l'une ou plusieurs de ces questions, la déclaration non financière comprend une explication claire et motivée des raisons le justifiant». Une approche de type *comply or explain* est donc adoptée, dont nous avons vu (*supra* I.B.) qu'elle est également couramment appliquée en matière de *corporate governance*. Dans cette perspective on peut dire que cette directive complète d'un volet RSE la directive 2006/46/UE⁷⁹ dont les dispositions pertinentes ont été reprises dans la directive 2013/34/UE⁸⁰ laquelle impose (art. 20) aux «entités d'intérêt public» de la catégorie des sociétés cotées d'insérer une déclaration de gouvernement d'entreprise dans leur rapport de gestion, laquelle déclaration doit notamment faire mention du code de gouvernement d'entreprise auquel la société se soumet et lorsqu'elle a décidé de déroger à certaines parties de ce code elle doit indiquer les raisons de cette dérogation (*comply or explain*)⁸¹. La démarche adoptée par cette dernière directive nous semble relever de l'esprit du «mix» (évoqué *supra* I.B. *in fine*) entre *soft law* et *hard law*;

⁷⁹ Directive 2006/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 modifiant les directives du Conseil 78/660/CEE concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, 83/349/CEE concernant les comptes consolidés, 86/635/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des banques et autres établissements financiers, et 91/674/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des entreprises d'assurance, [2006] J.O., L 224/1, en ligne: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32006L0046>> (consulté le 23 mai 2019).

⁸⁰ Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, [2013] J.O., L 182/19, en ligne: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/?uri=CELEX%32013L0034>> (consulté le 23 mai 2019).

⁸¹ Pour plus de détails: B. LECOURT, préc., note 76, n° 14-18.

- la directive 2017/828 modifiant la directive 2007/36/CE⁸² en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires⁸³. L'actionnaire de long terme est celui qui ne cherche pas systématiquement une plus-value. La logique pratiquée n'est donc plus individuelle mais collective. Ce texte contient des règles concernant l'identification des actionnaires (remontée dans la chaîne des intermédiaires avec effet extraterritorial au-delà des frontières de l'UE⁸⁴) en vue de permettre à la société d'engager un dialogue avec ses actionnaires, impose la publication de la politique d'engagement des investisseurs institutionnels et des gestionnaires d'actifs ou de fournir des explications en cas de non-publication, pose un principe de transparence des gestionnaires d'actifs et des conseillers en vote, impose un vote contraignant ou consultatif – selon l'option prise par les États membres – de l'assemblée générale sur la politique de rémunérations des dirigeants, contient des règles en matière de transparence et d'approbation des transactions avec des parties liées, etc. Cette directive est en cours de transposition – non sans difficultés⁸⁵ – dans les États membres ;
- adoption d'un *Fair taxation action plan* par la Commission en 2015⁸⁶ et adoption d'une directive 2016/1164 anti-évasion fiscale⁸⁷ (question

⁸² Préc., note 72.

⁸³ Directive (UE) 2017/828 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, [2017] J.O., L 132/1, en ligne: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/?uri=CELEX:32017L0828>> (23 mai 2019).

⁸⁴ Voir *id.*, art. 3.

⁸⁵ Ces règles étant extrêmement techniques et, au surplus, il n'apparaît pas toujours évident que les sociétés concernées souhaitent effectivement ouvrir un dialogue avec leurs actionnaires. Enfin les divers acteurs visés appréhendent les coûts que la mise en œuvre de cette directive ne manquera pas de générer et s'estiment parfois la cible d'une suspicion injustifiée de la part du législateur européen.

⁸⁶ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « Un système d'imposition des sociétés juste et efficace au sein de l'Union européenne: cinq domaines d'action prioritaires », COM(2015) 302 final, en ligne: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0302>> (consulté le 23 mai 2019).

⁸⁷ Directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, [2016] J.O., L 193/1 en ligne: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=celex:32016L1164>> (consulté le 23 mai 2019).

très discutée actuellement dans la mesure où il est question de faire contribuer plus équitablement les entreprises spécialement multinationales aux efforts fiscaux nationaux);

- à la suite du très controversé arrêt *Polbud* de la CJUE (précité, qui, en 2017, a admis la dissociation des sièges statutaire et réel pour autant que l'État de migration le permette)⁸⁸, la Commission européenne a formulé une proposition de directive du 25 avril 2018 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières⁸⁹. Cette proposition réforme la directive de 2005 concernant les fusions transfrontalières en vue d'introduire notamment un droit de retrait des associés dissidents et formule un tout nouveau régime concernant les scissions et transformations (transferts de siège) transfrontalières, marquant ainsi un véritable retour à une forme de protectionnisme (et donc une remise en cause de la mondialisation libérale néo-classique) car la proposition impose à l'autorité compétente de l'État d'origine de la société migrante de conduire un contrôle de l'opération qui lui permettra de s'opposer à la délivrance du certificat autorisant l'opération si, à son sens, celle-ci « constitue un montage artificiel visant à obtenir des avantages fiscaux indus ou à porter illégalement préjudice aux droits légaux ou contractuels des travailleurs, des créanciers ou des associés ». Une telle règle apparaît d'ores et déjà très malaisément conciliable avec la jurisprudence de la CJUE rendue sous le visa des dispositions en matière de liberté d'établissement (de *Centros* à *Polbud*) et a donc fait l'objet de discussions particulièrement vives. Ultérieurement la présidence du Conseil a diffusé, le 18 décembre 2018, un texte de compromis⁹⁰ dont il transparaît qu'un contrôle des

⁸⁸ Sur cette importante décision, consulter Isabelle CORBISIER, « L'arrêt Polbud de la C.J.U.E. ou le Luxembourg à la croisée des chemins : maintien d'un critère de rattachement appliqué de manière ambiguë ou choix franc d'un libéralisme rendu possible par la Cour de justice ? », J.T.L. 2018.56.33, en ligne : <<http://orbilu.uni.lu/handle/10993/35579>>, et voir la très abondante doctrine répertoriée ici : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:62016CJ0106>> (consultés le 23 mai 2019).

⁸⁹ COM(2018) 241 final, en ligne : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2018%3A241%3AFIN>> (consulté le 23 mai 2019). Pour suivre l'évolution de la procédure d'adoption de cette directive, consulter le lien suivant : https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2018_114.

⁹⁰ *Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and*

montages artificiels ne serait plus imposé aux États membres mais deviendrait optionnel pour chacun d'entre eux⁹¹. En d'autres termes les États membres seraient ainsi libres de choisir s'ils souhaitent continuer à jouer le jeu de la concurrence ou s'ils souhaitent faire prévaloir, dans la mesure qu'ils détermineront, l'intérêt général ou national qu'ils souhaitent défendre. Le 15 janvier 2019, le texte de ce compromis a encore été modifié⁹²: il maintient, pour le thème qui nous intéresse ici, la ligne du compromis du 18 décembre 2018 mais permet néanmoins aux États membres d'exclure du champ d'une possible opération transfrontalière certaines entreprises faisant l'objet de mesures de redressement. Le 18 avril 2019, le Parlement européen a adopté un texte qui ne nécessite plus désormais qu'une adoption formelle par le Conseil et une publication au Journal Officiel. Celui-ci

divisions, 15678/18, DRS 63, CODEC 2373, IA 428, en ligne : <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15678-2018-INIT/en/pdf>> (consulté le 23 mai 2019).

⁹¹ Voir le considérant n° 35 du texte du compromis proposé : « With a view to a possible refusal to issue the pre-operation certificate where a Member State finds that the cross-border operation is to be set up for abusive or fraudulent purposes, Member States may grant their competent authorities the power to carry out an in-depth assessment which may need more than three months to be completed. The competent authority should consider in its assessment all relevant facts and circumstances and may take into account, for instance, the characteristics of the establishment in the Member State in which the company or companies are to be registered after the cross-border operation, including the intent of the operation, the sector, the investment, the net turnover and profit or loss, number of employees, the composition of the balance sheet, the tax residence, the assets and their location, the habitual place of work of the employees and of specific groups of employees, the place where social contributions are due and the commercial risks assumed by the company or companies before and after the cross-border operation. All these elements should only be considered as indicative factors in the overall assessment and therefore should not be regarded in isolation. The competent authority may consider it as an indication of absence of circumstances leading to abuse or fraud if the cross-border operation results in having the place of the effective management and/or the economic activity of the company in the Member State, where the company or companies are to be registered after the cross-border operation. »

Par ailleurs les textes *imposant* l'intervention de l'autorité nationale au titre du contrôle des montages artificiels ont disparu.

⁹² Voir le document en ligne : *Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions*, 5380/19, DRS 4, CODEC 96, IA 6, en ligne : <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5380-2019-INIT/EN/pdf>> (consulté le 23 mai 2019).

comporte la règle selon laquelle l'autorité compétente désignée dans chaque État membre est habilitée à refuser d'émettre le certificat préalable à l'opération de transformation (transfert de siège), fusion ou de scission transfrontalière – qui constitue un préalable à la réalisation de l'opération – s'il est déterminé, en conformité avec le droit national, que l'opération « is set-up for abusive or fraudulent purposes leading or aimed to lead to evasion or circumvention of national or EU law, or for criminal purposes ». Cette évolution du texte de cette proposition touchant à cette matière extrêmement sensible de la mobilité des entreprises est révélatrice de tensions importantes et finalement d'une intention assez nette de réagir à des opérations instruites uniquement par une forme de *legal shopping*⁹³;

- pour clôturer la liste (non exhaustive) de ces illustrations, évoquons le plan d'action pour « financer la croissance durable », publié par la Commission le 8 mars 2018⁹⁴. À la suite de ce plan d'action la Commission a publié le 24 mai trois propositions de règlements : la première vise à fixer un cadre pour l'investissement durable⁹⁵; la seconde

⁹³ European Parliament legislative resolution of 18 April 2019 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions, en ligne : <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2019-0429+0+DOC+PDF+V0//EN>> (consulté le 20 juin 2019), art. 86m (8), 127 (8), 160o (8). Voir le blog *Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktsrecht* de M. LUTTER, W. BAYER et J. SCHMIDT, en ligne : <<https://www.lbs-europur.de/2019/04/25/company-law-package-finaler-text-final-text/>> (consulté le 20 juin 2019).

⁹⁴ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, à la Banque centrale européenne, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Plan d'action : financer la croissance durable », COM(2018) 97 final, en ligne : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52018DC0097>> (consulté le 23 mai 2019).

Voir par ailleurs la page « Finance durable » permettant de suivre dans son ensemble l'action de la Commission en la matière : <https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/sustainable-finance_fr#commission-action-plan-on-sustainable-finance> (consulté le 23 mai 2019).

⁹⁵ *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the establishment of a framework to facilitate sustainable investment*, COM(2018) 353 final, en ligne : <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiative/1185/publication/238025/attachment/090166e5baea4e23_en> (consulté le 23 mai 2019).

La proposition fixe six objectifs environnementaux (atténuation du changement climatique ; adaptation au changement climatique ; utilisation durable et protection de l'eau et des ressources marines ; transition vers une économie circulaire, la prévention

concerne les obligations d'information relatives aux investissements durables et aux risques en matière de durabilité⁹⁶ et la troisième vise à réglementer deux indices de référence : l'un correspondant à l'impact faible et l'autre se référant au bilan carbone positif⁹⁷.

Nous nous proposons de clôturer ce tour d'horizon en examinant des réformes sociétaires toutes récentes en France (B) et en Belgique (C) qui, à notre sens, devraient aboutir à insuffler de la RSE au niveau de la notion même de « société ».

des déchets et le recyclage ; la prévention et le contrôle de la pollution et la protection des écosystèmes sains). Une activité économique sera considérée comme durable dès lors qu'elle contribue à la réalisation d'au moins l'un de ces objectifs, qu'elle ne porte pas atteinte à la réalisation des autres et qu'elle se développe en conformité avec un minimum de règles sociales et de gouvernance qui seront précisées dans des règlements délégués.

⁹⁶ *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on disclosures relating to sustainable investments and sustainability risks and amending Directive (EU) 2016/2341*, COM(2018) 354 final, en ligne : <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiative/1185/publication/238004/attachment/090166e5baea374d_en> (consulté le 23 mai 2019).

Le texte impose aux entreprises d'investissement, d'assurance et aux sociétés de gestion d'OPC d'établir et de publier sur leur site internet des informations relatives à leur politique d'intégration des risques ESG (environnementaux, sociaux et de gouvernance) dans leur décision d'investissement.

⁹⁷ *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) 2016/1011 on low carbon impact benchmarks*, COM(2018) 355 final, en ligne : <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiative/1185/publication/237143/attachment/090166e5baea507d_en> (consulté le 23 mai 2019).

Pour plus de détails concernant ces propositions de règlements : voir J.-M. GOLLIER, préc., note 2, p. 100-102.

B. Droit français des sociétés, évolutions récentes

Le projet de loi PACTE⁹⁸, devenu la *Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises*⁹⁹, comporte un article 169 modifiant certaines dispositions générales du Code civil concernant l'ensemble des sociétés et (notamment) certaines dispositions du Code de commerce concernant les sociétés anonymes.

La Loi ne modifie pas la définition générale de la société figurant à l'article 1832 du Code civil¹⁰⁰ mais il apporte néanmoins d'importantes précisions à la notion par la modification de dispositions voisines :

⁹⁸ Pour «plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises». Consulter son dossier législatif en ligne: <<http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl18-028.html>> (consulté le 23 mai 2019).

Ce projet a déjà suscité une abondante littérature : consulter les diverses contributions composant le *Dossier : la réécriture des articles 1833 et 1835 du Code civil : révolution ou constat?*, *Rev. soc.* 2018, p. 551-574 (1^{ère} partie) et p. 623-649 (2^e partie); Jean PAILLUSSEAU, «Entreprise et société. Quels rapports? Quelle réforme?», D. 2018.1395; Dominique SCHMIDT, «Réduire les pouvoirs des actionnaires?», *Bull. Joly Bourse* 2018.285; François-Xavier LUCAS, «L'inopportune réforme du Code civil par la loi PACTE», *Bull. Joly Sociétés* 2018.477; Alain COURET, «La révision du Code AFEP-MEDEF et le droit des sociétés», *Bull. Joly Sociétés* 2018.489; Stéphanie POURTAU, «Projet de loi Pacte : l'entreprise objet de toutes les attentions», *Rev. Lamy Civil* 2018.162.4; Myriam ROUSSILLE, «Projet de loi PACTE : quel impact? – Réflexion sur la consécration de l'intérêt social et de la raison d'être de la société», *Les Revues LexisNexis – Droit des sociétés*, n° 8-9, 2018.8; Laurent LEVENEUR, «Projet de loi PACTE : 'Désurtransposition'? Une idée à creuser...», *Les Revues LexisNexis – Contrats Concurrence Consommation*, n° 8-9, 2018.1; Frank WISMER, Nelly JEAN-MARIE et Jean DE CALBIAC, «Décryptage du projet de 'loi PACTE」, *Semaine sociale Lamy* 2018.1823.2; Pierre JANUEL, «Projet de loi PACTE : principales dispositions de droit des affaires», *Rec. Dalloz Sirey* 2018.1382; Stéphane VERNAC, «L'entreprise et sa raison d'être», *Semaine sociale Lamy* 2018.1807.4; Thibault DE RAVEL D'ESCLAPON, «Rapport Notat-Senard, l'entreprise: objet d'intérêt collectif», *Dalloz Actualité*, 13 mars 2018; Christophe CLERC, «Contribution à la réforme sur l'objet social de l'entreprise», *Semaine sociale Lamy* 2018.1805, 5 mars 2018; Eva MOUAL-BASSILANA, «Droit des sociétés et bien commun», *Bull. Joly Sociétés* 2018.125; Antoine TADROS, «Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE», D. 2018.1765; Jean-Marc DESACHÉ, «La raison d'être des sociétés», *Option Finance* 2018.47.

⁹⁹ En ligne: <<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2019/5/22/ECOT1810669L/jo/texte>> (consulté le 20 juin 2019).

¹⁰⁰ Lequel dispose que : «La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.

- tout d'abord l'article 1833¹⁰¹ du Code civil est complété par l'alinéa suivant : « La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité » ;
- ensuite l'article 1835¹⁰² du Code civil est complété de la phrase suivante : « 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 » ;
- concernant les sociétés anonymes, l'article L225-35 est modifié pour lui faire dire désormais que le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société « conformément à son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». Il y est ensuite précisé que « Il prend également en considération, s'il y a lieu, la raison d'être de la société définie en application de l'article 1835 du code civil ». Des textes identiques sont également ajoutés à l'article L225-64, disposition concernant le directoire dans une SA dotée d'un régime dualiste de gestion.

L'une des deux grandes nouveautés apportées par ces textes réside dans une consécration légale de la notion d'« intérêt social », qui plus est dans une conception ne se réduisant pas à l'intérêt patrimonial des associés, ce qui devrait mettre fin à la controverse opposant ceux (notamment D. Schmidt) réduisant la notion à l'intérêt des associés aux tenants d'une analyse plus ouverte ou en termes de « boussole » permettant d'arbitrer les divers intérêts en présence¹⁰³.

Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne.

Les associés s'engagent à contribuer aux pertes.»

¹⁰¹ Qui se bornait à disposer jusqu'alors que : « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. »

¹⁰² Qui se bornait à disposer que : « 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. »

¹⁰³ Sur la notion d'« intérêt social » de la société (ou de l'entreprise) en droit français et l'absence de consensus qui la caractérise jusqu'à aujourd'hui, consulter I. CORBISIER, préc., note 11, p. 387-391 ; Stéphane ROUSSEAU et Ivan TCHOTOURIAN, « L'intérêt social en droit des sociétés – Regards canadiens », *Rev. soc.* 2009.735, n° 3-18.

Quant à la « raison d'être », dont la société *pourrait* se doter en complément de son objet, elle se réfère aux valeurs de l'entreprise, la disposition de l'article 1835 ayant par ailleurs été insérée en vue de permettre le développement des sociétés « à mission »¹⁰⁴ (inspirée des *benefit* et *flexible purpose corporations* aux É-U) où la « mission » vient en sus de la volonté des associés de réaliser un bénéfice.

Cette réforme fait l'objet d'appréciations contrastées¹⁰⁵, les commercialistes se montrant nettement plus sceptiques que les « socia-

¹⁰⁴ Sur celle-ci, voir: Emmanuel MASSET, « Vers la société à mission? », *Dossier: la réécriture des articles 1833 et 1835 du Code civil: révolution ou constat?*, *Rev. soc.* 2018.635 et consulter la thèse (en gestion et management, Ecole nationale supérieure des mines de Paris) qui y a été consacrée par Kevin LEVILLAIN et qui a contribué à la popularisation de l'instrument en France (*Les entreprises à mission: formes, modèle et implications d'un engagement collectif*, Paris, 2015, en ligne: <<https://pastel.archives-ouvertes.fr/tel-01178862>> (consulté le 23 mai 2019)).

¹⁰⁵ Voir: T. DE RAVEL D'ESCLAPON, préc., note 97 (l'auteur résumant le rapport cité – disponible sous ce lien: <<https://www.ladocumentationfrançaise.fr/rapports-publics/184000133/index.shtml>> (consulté le 23 mai 2019) – à l'origine des dispositions du projet PACTE): les modifications proposées devraient améliorer les instruments susceptibles de favoriser la RSE et permettre l'institution des entreprises à mission, le rapport mettant en évidence que le court-termisme nuit à l'innovation; S. VERNAC, préc., note 97, s'est posé la question de savoir si la norme de gestion introduite à 1833 s'avèrera créatrice de responsabilité(s). « Tel n'est pas l'objet de l'article 1833 assurément. Il pourrait nourrir l'appréciation d'une faute extracontractuelle, sur le fondement des articles 1240 et 1241 du Code civil, à l'instar de l'obligation de vigilance posée par la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017. Néanmoins, dans l'identification d'une faute, l'obligation de "prendre en considération" ne semble pas impliquer une "obligation de prendre en compte", bien qu'elle en constitue la première marche. Autrement dit, gérer consiste à examiner les conséquences sociales et environnementales prévisibles de son activité, sans obligatoirement modifier en retour, son plan d'action»; F.-X. LUCAS, préc., note 97, se montre très critique à l'égard du projet, considérant qu'il ne s'imposait pas de réformer les sociétés en général mais uniquement de viser la poignée de sociétés cédant aux excès de la financiarisation et que le projet fait naître un risque d'interventionnisme croissant d'un juge qui pourrait remettre en cause, au nom de la conception retenue de l'intérêt social, les choix des dirigeants et des associés; très critique également D. SCHMIDT, préc., note 97, estime que le projet pervertit la notion de société et, en substance, dépouille les actionnaires de leurs prérogatives au profit d'une conception managériale.

listes »^{106 107} quant à l'aptitude de ces dispositions à véritablement infléchir la gestion de la société dans un sens rejoignant les préoccupations RSE¹⁰⁸. Toutefois cette réforme a sous cet angle le mérite de préciser que l'intérêt social ne se réduit pas à l'intérêt patrimonial des associés. Il est observé que la disposition nouvelle de l'article 1833 va sans doute renforcer la latitude managériale¹⁰⁹, ce qui va à l'encontre de l'approche *shareholders-oriented* (le managérialisme étant, comme nous l'avons fait observer plus haut, la doctrine de l'entreprise généralement suivie avant l'actuelle phase de mondialisation économique). Néanmoins si le conseil d'administration maîtrise la raison d'être en termes de choix stratégiques, la Loi confie aux statuts le soin de la définir. Par conséquent on discerne ici une limite à l'ouverture managérialiste, ce qui n'ira pas d'ailleurs sans poser quelques difficultés¹¹⁰.

¹⁰⁶ C. CLERC, préc., note 97, par exemple, semble entretenir une vision bien plus positive du projet tout en estimant que celui-ci devrait s'entourer de mesures plus radicales telles qu'une réforme de la comptabilité pour y inclure les aspects écologiques et l'amélioration de la taxation par la lutte contre l'évasion fiscale.

¹⁰⁷ Les philosophes, notamment ceux qui analysent les exigences RSE accrues que font surgir les mutations numériques de la société fondent également d'importants espoirs sur la désignation d'une « raison d'être » par les entreprises et la réflexion que suscite une telle démarche en leur sein. Cette démarche pourrait se prolonger en termes de gouvernance par l'instauration d'un comité des parties prenantes. Consulter à cet égard Yves MICHAUD et Valérie JULIEN GRÉSIN, *Mutation numérique et responsabilité humaine des dirigeants*, Paris, Odile Jacob, 2018 et écoutez le podcast d'un entretien avec V. Julien Grésin pour la Rtbf le 14 janvier 2019: <https://www.rtbf.be/auvio/detail_tendances-premiere-dossier?id=2447028> (consulté le 23 mai 2019).

¹⁰⁸ Ainsi, par exemple, Pierre-Henri CONAC (« La société et l'intérêt collectif: la France seule au monde? », *Dossier: la réécriture des articles 1833 et 1835 du Code civil: révolution ou constat?*, Rev. soc. 2018.558, n° 9) fait observer que l'adoption, en 2006, par le législateur britannique dans son *Companies Act* (§ 172) d'une conception large de l'intérêt social n'empêche pas qu'en pratique les sociétés donnent la priorité aux intérêts des actionnaires. Dans un ordre d'idées similaire M. ROUSSILLE, préc., note 97, fait observer que la portée du projet est davantage politique que technique et ne devrait avoir qu'un impact limité. Ainsi le texte proposé pour l'art. 1833 évoque une simple « prise en considération » des enjeux sociaux et environnementaux, ce qui permettra de faire éventuellement primer d'autres intérêts.

¹⁰⁹ En ce sens, notamment: Nicolas CUZACQ, « Les enjeux sociaux et environnementaux », colloque de Paris du 28 juin 2018 sur le projet de loi PACTE (notes prises lors de son exposé).

¹¹⁰ Voir: Katrin DECKERT, « Les nouvelles attributions du conseil d'administration et de son président », *Dossier: la réécriture des articles 1833 et 1835 du Code civil: révolution ou constat?*, Rev. soc. 2018.629, n° 47 : « [...] traditionnellement, le conseil d'administration fixe le cap, il définit la stratégie sociale. Or, le projet de loi PACTE lui impose de

Finalement on observera que la notion de « raison d'être », qui trouve un écho dans le nouveau code de gouvernance Afep-Medef¹¹¹ qui prend en compte le projet de loi PACTE, apparaît aussi, dans le continuum *soft law* – *hard law* déjà signalé, comme l'injection d'une dose de *soft law* dans la *hard law* du Code civil¹¹².

C. Droit belge des sociétés, évolutions récentes

On notera tout d'abord qu'alors que la notion d'« intérêt social » est demeurée longtemps âprement débattue en Belgique comme en France (conception limitée ou non à l'intérêt – financier – des associés ou incluant une prise en compte des parties prenantes, pas de courant vraiment majoritaire dans la doctrine à cet égard¹¹³), la Cour de cassation de Belgique (arrêt du 28 novembre 2013) a finalement défini l'intérêt social en l'identifiant à celui des associés *mais* sans pour autant verser dans le court-termisme. En effet, selon la haute juridiction : « L'intérêt social est déterminé par le but de lucre collectif des associés actuels et futurs »¹¹⁴. Si certains ont estimé que la Cour avait ainsi épousé une conception restrictive de la notion d'intérêt social¹¹⁵, il semble bien qu'en réalité la Cour ait entendu se

prendre en considération des nouveaux éléments dans la détermination de cette stratégie. Autrement dit, il doit désormais y intégrer l'intérêt social, en y mêlant la RSE, voire même de tenir compte de la raison d'être», laquelle est définie par les statuts donc par les actionnaires.

¹¹¹ Déjà abordé *supra*, I.B.

¹¹² Ainsi I. URBAIN-PARLEANI, préc., note 58, fait-elle observer que, outre les sanctions civiles, problématiques (en raison de la contradiction éventuelle des intérêts impliqués dans l'entreprise), la notion de « raison d'être » apparaît à même de susciter des sanctions de place (le code Afep-Medef étant en phase avec le projet de loi PACTE) et également des sanctions médiatiques, qui figurent parmi les sanctions ou effets possibles déjà relevés pour une norme relevant de la *soft law*.

¹¹³ I. CORBISIER, préc., note 11, p. 434-450.

¹¹⁴ Cass., 28 nov. 2013, T.R.V. 2014.286. Sur cet arrêt, voir Didier WILLERMAIN, « L'intérêt social selon la Cour de cassation : 'The social responsibility of Business is to increase its Profits' », R.D.C. 2014.9.855 ; Jean-Marc GOLLIER, « Observations – L'intérêt social », note sous Cass., 28 nov. 2013, R.P.S. 2014.46 ; Alain FRANÇOIS, « Eng is niet steeds eng : het venootschapsbelang eindelijk gedefinieerd », dans *Liber amicorum André Michiel-sens*, Mechelen, Kluwer, 2015, p. 343.

¹¹⁵ Notamment D. WILLERMAIN, préc., note 119.

référer, à l'instar du Code de gouvernance applicable en Belgique (Code 2009, précité) à un objectif de création de valeur à long terme¹¹⁶.

Par ailleurs un tout nouveau Code des sociétés et associations («CSA») vient d'être adopté¹¹⁷. Dans sa formulation initiale, le projet définissait la société comme suit, reprenant la formulation classique du but de lucre poursuivi par les associés :

Art. 1:1 CSA Une société est constituée par un acte juridique par lequel une ou plusieurs personnes, dénommées associés, font un apport. Elle a un patrimoine et a pour objet l'exercice d'une ou plusieurs activités déterminées. Elle a pour but de distribuer ou procurer à ses associés un avantage patrimonial direct ou indirect

À la suite d'un amendement¹¹⁸, la dernière phrase de l'article 1:1 CSA s'énonce finalement comme suit : « Un de ses buts est de distribuer ou procurer à ses associés un avantage patrimonial direct ou indirect »¹¹⁹. Selon D. Willermain

¹¹⁶ En ce sens : J.-M. GOLLIER, préc., note 2, p. 89-90. L'auteur se réfère notamment au Rapport pour l'année 2013 dans lequel la Cour de cassation commente son arrêt en ces termes : « L'intérêt social vise aussi la continuité de l'entreprise et doit donc recevoir une interprétation dynamique et tournée vers l'avenir ». Ces précisions excluent donc une conception étiquetée de l'intérêt social, fondée sur le seul intérêt financier à court terme des actionnaires présents dans la société.

¹¹⁷ *Loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses*, Mon. b., 4 avril 2019, en ligne : <<http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2019/03/23/2019040586/moniteur>> (consulté le 12 juillet 2019), p. 33239.

¹¹⁸ Voir *Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses*, doc. parl. 3119/008 (en ligne : <<http://www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/3119/54K3119008.pdf>> (consulté le 23 mai 2019)), amendement n° 331.

¹¹⁹ La justification procurée à cet amendement est la suivante : « *Cet amendement clarifie la possibilité pour une société d'avoir des buts multiples, y compris des buts désintéressés, tout en réaffirmant que la société a pour but de répartir une partie, au moins, de ses profits à ses associés* (alors que toute distribution est exclue dans les associations). Le vrai libéralisme est de laisser aux associés le choix des buts qui conditionnent la poursuite du but intéressé et patrimonial. Cela va dans le sens de la flexibilisation voulue par la réforme du Code des Sociétés et des Associations.

Il est utile de préciser la possibilité de buts multiples afin d'éviter tout soupçon que la loi impose la subordination de toutes les activités d'une société à la distribution ou la procurement d'un avantage direct ou indirect aux associés de la société. Il est de même utile d'inviter les fondateurs d'une société à envisager des buts allant au-delà de la distribution de profit et portant, par exemple sur la société ou l'environnement. Enfin,

Cette nouvelle définition n'est sans doute pas une révolution mais elle affranchit (un peu) la société du 'but de lucre' (auquel est réduit l'intérêt social selon la Cour de cassation). Elle confirme la légitimité pour une société de poursuivre également des intérêts non-financiers liés notamment au développement durable et à l'environnement. Elle constitue aussi une nouvelle ouverture du droit des sociétés à la responsabilité sociale des entreprises.¹²⁰

On notera par ailleurs qu'en vertu du nouvel article 2:8, § 2, 11° CSA, l'acte constitutif d'une société devra mentionner «le cas échéant, la description précise du ou des buts qu'elle poursuit en plus du but de distribuer ou procurer à ses associés un avantage patrimonial direct ou indirect».

Il semblerait donc que, à l'instar du projet français, une disposition statutaire spécifique sera nécessaire en vue d'insuffler à une société un «esprit RSE» venant en sus de la vocation première à distribuer un bénéfice à ses associés.



George Ugeux (économiste, banquier et ex *Executive Vice President* du NYSE) a récemment prédit que la prochaine crise majeure serait pour 2020¹²¹, et ce, essentiellement en raison du problème posé par la dette des États, qui deviendra ingérable du fait de la hausse des taux d'intérêt. Il estime que la seule solution serait que les entreprises adoptent un comportement socialement responsable alors qu'elles ne contribuent pas suffisamment au financement des États par leurs impôts. Or le problème est celui de la concurrence fiscale, les États continuant à baisser leur impôt sur les sociétés pour attirer ces dernières.

l'inscription des différents buts dans les statuts de la société donne une *protection légale aux directeurs qui considèrent des intérêts non-financiers dans leurs décisions*.

Le seul but de distribuer les profits, s'il n'est pas conditionné par d'autres objectifs, peut mener à de graves abus humains et environnementaux» [nos italiques].

¹²⁰ Didier WILLERMAIN, « Le but d'une société n'est pas exclusivement "de distribuer ou procurer à ses associés un avantage patrimonial direct ou indirect" », 2018, en ligne: <[https://www.linkedin.com/pulse/le-but-dune-soci%C3%A9t%C3%A6nest-pas-exclusivement-de-distribuer-ou-willermain/](https://www.linkedin.com/pulse/le-but-dune-soci%C3%A9t%C3%A9nest-pas-exclusivement-de-distribuer-ou-willermain/)> (consulté le 23 mai 2019).

¹²¹ RTBF LA PREMIÈRE, « D'ici 2020, George Ugeux prédit une nouvelle crise économique sans précédent », 7 juin 2018, en ligne: <https://www.rtbf.be/info/economie/detail_d-ici-2020-george-ugeux-predit-une-nouvelle-crise-economique-sans-precedent?id=9939320> (consulté le 23 mai 2019).

Il reste à savoir si les entreprises adopteront d'elles-mêmes un tel comportement. La Commission européenne est sans doute parmi les premières à en douter vu qu'elle s'attaque désormais, quoique de manière encore relativement modeste, aux effets pervers d'un excès de concurrence fiscale entre les États, comme nous l'avons constaté plus haut.

RSE oui mais peut-être davantage du côté de la *hard law* que de la *soft law* cette fois-ci...