

# LE CONSEIL D'ADMINISTRATION : LE CAS FRANÇAIS

76

Irina PARACHKEVOVA-RACINE<sup>17</sup>

**Irina PARACHKEVOVA-RACINE**  
*Le conseil d'administration : le cas français*

---

<sup>17</sup> Professeure à l'Université Côte d'Azur, CNRS, GREDEG-CREDECO (France).

## RÉSUMÉ

Instance de direction emblématique de la grande entreprise que loge en principe toute société anonyme, le conseil d'administration est particulièrement révélateur des métamorphoses du droit des sociétés contemporain face aux enjeux du XXI<sup>e</sup> siècle. Il a été placé, au cours de ces dernières années, au cœur d'un tourbillon normatif qui redessine les liens entre la société et l'entreprise, voire entre l'entreprise et la Cité. Investi d'un rôle d'exemple pour la gouvernance des entreprises plus modestes, il imprime ainsi de nouvelles orientations au droit des sociétés anonymes et, par effet de résonance, au droit des sociétés tout entier. Toute la question est cependant de savoir si les changements législatifs opérés produiront les effets escomptés, s'ils seront à même de changer les comportements. À ce stade, encore peu avancé des transformations, le droit français, et plus largement les initiatives récentes du législateur européen, sont l'occasion de mener une réflexion simplement prospective. Deux certitudes se dégagent néanmoins. D'une part, le conseil d'administration est assurément un modèle normatif pour l'entreprise responsable et pour la gouvernance soutenable. D'autre part, il représente en même temps un test de viabilité d'une telle entreprise, son aptitude à absorber (ou non) les difficultés de mise en œuvre de la gouvernance soutenable étant une indication forte de la pérennité de ce modèle.

## INTRODUCTION

**[128] Métamorphoses normatives.** Instance de direction emblématique de la grande entreprise que loge en principe toute société anonyme, le conseil d'administration est particulièrement révélateur des métamorphoses du droit des sociétés contemporain face aux enjeux du XXI<sup>e</sup> siècle. Il a été placé, au cours de ces dernières années, au cœur d'un tourbillon normatif qui redessine les liens entre la société et l'entreprise, voire entre l'entreprise et la Cité. Ces métamorphoses émergent sous l'effet conjugué de tendances globales, de choix politiques et de compromis délicats et leurs effets normatifs ne sont, pour l'heure, pas totalement certains. Elles ne concernent du reste pas la seule société anonyme. Cependant, c'est auprès du conseil d'administration de la société anonyme que leur empreinte est la plus prégnante, ce qui fait de lui l'indicateur clé des perspectives qui se dessinent pour le droit des sociétés dans les années à venir.

**[129] Un phénomène global.** Il n'y en cela rien de surprenant. Conçue structurellement pour l'organisation juridique de la grande entreprise (Paillusseau, 1967), la société anonyme a été intensément rénovée, sous l'influence de mutations profondes du contexte dans lequel ces entreprises déploient leurs activités. D'emblée, il est à souligner que cette rénovation est convergente dans l'ensemble des législations occidentales. L'ouverture des frontières et la libéralisation de l'économie et des marchés ont fait des sociétés anonymes les plus importantes non seulement des entreprises cruciales (Frison-Roche, 2014) pour les économies nationales, mais également des entreprises « globales », où se côtoient des actionnaires des quatre coins du monde. Cet élément décisif a transformé la société anonyme en un remarquable terrain d'observation de ce que l'on appelle désormais le droit global (Racine, 2019). Exposée à la mondialisation des marchés et à la globalisation de l'actionnariat, la société anonyme est devenue ainsi tributaire de modèles dominants de gouvernance, l'ensemble des législateurs répliquant à des degrés divers les tendances normatives prépondérantes.

**[130] Mutations du contexte mondial.** Or, ces modèles sont eux-mêmes dépendants, dans une large mesure, du contexte mondial dans lequel opère cette société. Et ce contexte a notablement changé. Dans un premier temps, c'est le modèle de la *corporate governance* qui s'est imposé comme étant le meilleur (Hansmann et Kraakman, 2000-2001), sous l'influence des investisseurs anglo-américains à une époque de relative prospérité et de stabilité économique et sociale (Courret, 2016). Toutefois, dans un second temps, à la stabilité économique ont succédé de nombreuses crises : financière, écologique, humanitaire, sociale, sanitaire, etc. La crise financière de 2008, en particulier, a joué un rôle décisif dans la conscience collective, stigmatisant les excès de la *corporate governance*. Elle a donc été l'occasion d'ébranler le « mythe » de la valeur actionnariale (Stout, 2012; Tchotourian, Bernier et Tremblay-Potvin, 2017; Magnier, 2010) et d'accélérer la transition vers un modèle de gouvernance alternatif. Une autre crise emblématique a été la crise écologique et humanitaire. L'implication des entreprises les plus importantes dans les divers scandales environnementaux et humanitaires dans le monde a mis en évidence qu'elles

pouvaient se développer au détriment de la société civile (Malecki, 2014; Magnier et Fonbaustier, 2013).

**[131] Un nouveau modèle de gouvernance.** Aussitôt, ce changement de contexte a suscité, partout dans le monde, une réflexion intense et fertile sur la place et la responsabilité de l'entreprise dans les maux sociétaux de la planète (Frydman, 2007). Ces maux sont devenus peu à peu des « enjeux clés de voûte » (Martin, 2020) qui font l'objet de multiples outils de régulation, dépassant largement le champ des politiques publiques traditionnelles, extérieures au droit de l'entreprise (droit de l'environnement, droit du travail, etc.). Les principaux dysfonctionnements climatiques, écologiques ou sociétaux étant engendrés par les activités économiques elles-mêmes, c'est aussi, logiquement par le biais du droit économique – et notamment du droit des sociétés – qu'ils sont dorénavant appréhendés. La gouvernance de la grande entreprise incarnée par la société anonyme a été, bien sûr, au centre de cette réflexion, cette entreprise étant précisément celle qui génère les externalités négatives les plus graves et les plus importantes. Le phénomène a conduit à une remise en cause de la légitimité même de la théorie économique de l'agence et a amené les pouvoirs publics à entamer un changement de leur politique juridique à l'égard de la grande entreprise. L'émergence d'une entreprise responsable fondée sur un nouveau modèle dominant de gouvernance – une gouvernance plus soutenable – est l'illustration la plus forte de cette nouvelle politique.

**[132] Le conseil d'administration, modèle et test à la fois.** C'est ainsi que, progressivement, le conseil d'administration de la société anonyme est devenu la référence normative de la gouvernance soutenable. Investi d'un rôle d'exemple pour la gouvernance des entreprises plus modestes, il imprime de nouvelles orientations au droit des sociétés anonymes et, par effet de résonance, au droit des sociétés tout entier. Toute la question est cependant de savoir si les changements législatifs opérés produiront les effets escomptés. À ce stade encore peu avancé des transformations, le droit français, et plus largement les initiatives récentes du législateur européen, sont l'occasion de mener une réflexion simplement prospective (Lecourt, 2021; Parachkévoval-Racine, 2020). Deux certitudes se dégagent néanmoins. D'une part, le conseil d'administration est assurément un modèle normatif pour l'entreprise responsable (1.). D'autre part, il représente en même temps un test de viabilité d'une telle entreprise (2.), son aptitude à absorber (ou non) les difficultés de mise en œuvre de la gouvernance soutenable étant une indication forte de la pérennité de ce modèle.

## 1. LE CONSEIL D'ADMINISTRATION : UN MODÈLE NORMATIF POUR L'ENTREPRISE RESPONSABLE

**[133] Un cadre juridique expérimental.** Que le conseil d'administration soit en lui-même un modèle normatif ne fait pas de doute. L'idée a toujours été d'expérimenter à son échelle des règles de « bonne » gouvernance, avant de les généraliser à des sociétés moins importantes ou d'encourager leur application spontanée. En droit français, ce modèle est d'autant plus séduisant pour les dirigeants de sociétés que grâce à l'articulation de la loi et des codes de gouvernance des sociétés cotées, le conseil d'administration a pu bénéficier d'un « statut » digne de ce nom, comportant une

grille complète de droits et de devoirs. Aujourd'hui, c'est cette même démarche d'inspiration que l'on retrouve dans les diverses obligations sociétales relatives au conseil d'administration de la société anonyme. Le but semble être, en effet, de tester sur lui un cadre juridique exigeant, en cours de formation, de l'entreprise responsable, servant de référence à l'ensemble des sociétés. Le conseil d'administration est ainsi placé dans un double rôle d'éclaireur (1.1) et d'artisan (1.2) de la gouvernance soutenable.

## 1.1 ÉCLAIREUR DE LA GOUVERNANCE SOUTENABLE

**[134] Gouvernance et finalités non lucratives.** Depuis quelques années déjà, la gouvernance de la société anonyme est devenue en France la matrice de l'entreprise responsable. Plusieurs réformes successives, d'inspiration tantôt nationale, tantôt européenne, traduisent une volonté législative, relayée par les codes de gouvernement d'entreprise, de faire de cette société le prototype expérimental d'une société plus proche de l'intérêt général et des préoccupations sociétales, initialement étrangères à la finalité lucrative du contrat de société. L'objet privilégié de ces réformes a été, logiquement, le conseil d'administration de la société anonyme, instance collégiale placée au centre des stratégies économiques de l'entreprise. Une série de dispositions législatives ont ainsi introduit parmi les obligations du conseil des contraintes fondées sur autre chose que le seul profit des actionnaires.

**[135] Normativité croissante.** Ces obligations ont gagné en normativité au fil des ans. La plus ancienne est l'exigence de *reporting* extra-financier qui n'a cessé d'élargir son périmètre pour revêtir désormais<sup>18</sup> la forme d'une déclaration de performance extra-financière<sup>19</sup>, amenée du reste à accroître son champ et sa force contraignante (Directive, 2022). Puis, peu à peu, c'est un véritable durcissement de la gouvernance soutenable qui a été opéré. L'on songe, par exemple, à la présence obligatoire de salariés<sup>20</sup> ou de femmes<sup>21</sup> au sein du conseil. Avec les obligations de *compliance* en matière de corruption<sup>22</sup> ou de vigilance<sup>23</sup> sur les grandes causes sociétales, c'est une autre étape qui est franchie. Ces obligations, adressées aux plus grandes sociétés anonymes et dont la mise en œuvre dépend bien de leurs conseils d'administration, infléchissent notablement leur autonomie patrimoniale. Déployées sur toute la chaîne de valeur de la société assujettie, au-delà des frontières de sa localisation, elles préfigurent un partage concret et réel de responsabilité entre l'État et l'entreprise en matière sociétale.

**[136] Réforme du droit commun des sociétés.** Longtemps, de telles obligations visaient quasi exclusivement les conseils d'administration des grandes sociétés

18 Sous l'effet de la directive européenne 2014/95 du 22 octobre 2014 relative à la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité.

19 Article L. 225-102-1 C. com.

20 Article L. 225-27-1 C. com.

21 Article L. 225-18-1 C. com.

22 L. n° 2016-1691, 9 décembre 2016 (dite « Sapin 2 »).

23 Article L. 225-102-4 C. com. issu de L. n° 2017-399 du 27 mars 2017.

anonymes. Une phase intéressante a été marquée par la loi « Pacte »<sup>24</sup> qui, tout en généralisant le modèle, fait du conseil d'administration un exemple à suivre. En effet, l'ambition d'ouvrir le statut de l'entreprise responsable explique que le choix ait été fait de réformer le droit commun des sociétés dans son ensemble (Germain, 2018). Le symbole est important et permet l'élargissement de l'objet social de toute société à des considérations d'intérêt général. Il n'en reste pas moins qu'à l'échelle du droit spécial des sociétés, seules les dispositions relatives au conseil d'administration (ou au directoire) ont été modifiées pour poser spécifiquement à la charge de cette instance l'obligation de mettre en œuvre les « orientations de l'activité de la société, conformément à son intérêt social et en prenant en considération ses enjeux sociaux et environnementaux »<sup>25</sup> et de prendre « en considération la raison d'être de la société, lorsque celle-ci est définie dans les statuts en application de l'article 1835 du *Code civil* »<sup>26</sup>. Il n'est guère fortuit que cette nouvelle obligation des dirigeants, induite par la loi « Pacte » et visant normalement les dirigeants de toute société, n'ait été expressément reprise par le droit spécial qu'au sujet de la société anonyme. Le conseil d'administration est assurément placé en éclairer de la gouvernance soutenable.

**[137] Perspectives européennes.** Dans tous les cas, c'est très certainement le législateur européen qui va fixer les standards de la gouvernance soutenable dans les années à venir. Le chantier est d'ores et déjà en cours. Un premier volet sera réalisé par la directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, puisque la mise en œuvre des obligations posées incombera directement au conseil d'administration<sup>27</sup>. La proposition de directive dévoilée au mois de février 2022 est très claire à cet égard. Si elle est adoptée en l'état, non seulement le conseil se verrait confier la mise en place et la supervision du devoir de vigilance<sup>28</sup>, mais serait par ailleurs soumis à un « devoir de sollicitude », impliquant de tenir compte, en s'acquittant de son obligation d'agir dans le meilleur intérêt de l'entreprise, des conséquences de ses décisions sur « les questions de durabilité » telles que les droits de l'Homme, le changement climatique ou l'environnement<sup>29</sup>. Un second volet aurait dû porter spécifiquement sur les devoirs des dirigeants en matière de gouvernance soutenable. Un rapport dédié à ce thème a été rendu à la Commission européenne en juillet 2020 (EY, 2020). Il fixe un socle commun de règles minimales visant à renforcer la création de valeur à long terme et recommande d'imposer aux administrateurs des sociétés cotées des obligations contraignantes, en vue d'un élargissement de l'intérêt social à l'intérêt à long terme de l'entreprise. Cette proposition a fait l'objet de vives critiques au sein de la communauté juridique internationale, en raison notamment des faiblesses du rapport<sup>30</sup>, et paraît pour l'heure à l'arrêt. Toutefois, le thème lui-même reste d'actualité

24 L. n° 2019-486 du 22 mai 2019.

25 Répliquant ainsi les dispositions nouvelles de l'article 1833 al. 2 C. civ.

26 Article L. 225-35 al. 1 C. com.

27 Parlement européen, 2020; Projet d'initiative législative, 2021 et Parlement européen, 2021; Proposition de directive, 2022.

28 Article 26.

29 Article 25.

30 Law and Business Professors' Submission to the EU on EY's, « Study on Directors' Duties and Sustainable Corporate Governance », *Response to the European Commission's Call for Feedback on its Sustainable Corporate Governance initiative*, 8 octobre 2020.

et se trouve, du moins partiellement, relayé par la proposition de directive sur le devoir de vigilance.

## 1.2 ARTISAN DE LA GOUVERNANCE SOUTENABLE

**[138] Un renouvellement méthodologique du travail du conseil.** Une autre dimension importante de ces réformes récentes est de confier au conseil d'administration l'élaboration même de la gouvernance soutenable. Il en est l'artisan principal. Cela renvoie à un renouvellement méthodologique du travail du conseil, reposant concrètement sur deux démarches complémentaires.

**[139] Co-régulation et importance des normes de gouvernance.** La première est la co-régulation entre droit souple et droit dur, préexistante à l'émergence de la gouvernance soutenable, mais fortement mobilisée à son service. Le droit des sociétés anonymes est coutumier de cette méthode, devenue une véritable approche du droit (Courret, 2016). Utilisée un temps au soutien exclusif du modèle juridique de la *corporate governance*, elle a été par la suite naturellement employée au bénéfice de la gouvernance soutenable (Hennebel et Lewkowicz, 2007). La méthode est par exemple au cœur du *reporting* extra-financier, obligeant le conseil à ajouter à l'information financière due aux investisseurs des explications sur les « performances » extra-financières de l'entreprise. Les politiques de RSE – environnement, climat, conditions de travail des salariés, développement durable, respect des droits de l'Homme, lutte contre la corruption ou le gaspillage alimentaire – sont ainsi entrées dans le jargon boursier, mais également dans les risques juridiques de l'entreprise. Plus singulièrement encore – et c'est un élément nouveau dans la co-régulation – l'ensemble des obligations sociétales à la charge du conseil reposent sur des initiatives internes consistant à repenser les normes de gestion pour y inclure l'éthique et l'intérêt général. Expressément prévue en matière de vigilance et de *compliance* (cartographie des risques, étude d'impact environnemental, mesures de prévention et de contrôle, systèmes d'alerte, etc.), la démarche est également sous-jacente à l'emblématique article 1833 du *Code civil* modifié par la loi « Pacte » et relayé à l'échelle du conseil d'administration<sup>31</sup>. Le texte s'en remet bien à la gestion et à l'administration de la société, qui se veulent conformes à son intérêt social, mais aussi aux enjeux sociaux et environnementaux de son activité. Le conseil devient ainsi le concepteur de la transition écologique et sociétale et se voit confier par le législateur le pouvoir normatif – et la responsabilité – de proposer un modèle économique susceptible de prévenir les risques environnementaux et sociaux que l'activité de l'entreprise engendre (Levillain, Segrestin et Hatchuel, 2021).

**[140] Source de souplesse et d'innovation.** Les atouts de la méthode sont incontestables. Source de souplesse, elle encourage l'innovation et l'initiative de l'entreprise. Dans le même temps, fondée sur un *corpus* légal, elle multiplie les passerelles entre la RSE et la responsabilité juridique et bénéficie en outre d'un puissant effet préventif. Le tout contribue nécessairement à généraliser des politiques économiques responsables, même si les conséquences juridiques de la co-régulation, en termes notamment de responsabilité, restent incertaines et inégales selon l'intensité de l'obligation légale qui la sous-tend (obligation de dire ou de faire).

<sup>31</sup> Article L. 225-35 al. 1 C. com.

**[141] Co-gouvernance et rôle des parties prenantes.** La seconde méthode, plus innovante encore, renvoie à une véritable co-gouvernance par le conseil d'administration et par les parties prenantes de l'entreprise. Moins développée pour l'heure, cette méthode consiste à associer à l'élaboration des normes de gestion sociétales de la société divers acteurs de l'entreprise et de son environnement. Elle vise, en substance, à accorder à l'ensemble des parties prenantes de l'entreprise un droit de regard sur ses stratégies sociétales, voire une fonction de contre-pouvoir au conseil. Certes, la tendance n'est pas encore généralisée. Elle suscite même la méfiance au regard du risque d'amplification des technostructures (Cuzacq, 2020). Toutefois, cela n'a pas empêché certaines entreprises de mettre volontairement en place des comités des parties prenantes (Mercier, 2019; Félix, Martinet, 2021). Le droit souple évolue aussi en ce sens, comme le montrent les dernières révisions des Codes de gouvernement d'entreprise, formulant expressément à l'attention des conseils d'administration la recommandation de se doter d'un comité spécialisé en RSE (Courret, 2021)<sup>32</sup>.

**[142] Émergence de contre-pouvoirs.** Au-delà de ces bonnes pratiques, la co-gouvernance est bel et bien amenée à se développer dans le futur. Dans les sociétés anonymes les plus importantes relevant du droit français, cette méthode trouve d'ores et déjà à s'appliquer dans le contexte du devoir de vigilance. Elle est notamment en filigrane de l'invitation légale d'associer les parties prenantes à l'élaboration du plan de vigilance. Cet élément est très révélateur des mutations des méthodes de formation des normes de gouvernance. Il est prévu à l'article L. 225-102-4 du *Code de commerce* que le plan de vigilance « a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société ». *A minima*, cette disposition incitative, inscrite dans la lettre de la loi, codifie à droit constant les usages de dialogue entre le conseil d'administration et les parties prenantes de l'entreprise dans le processus de création des politiques de RSE. Les conséquences de cette co-gouvernance pourraient devenir plus tangibles encore à l'avenir. La proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité (Proposition de directive, 2022) comporte des dispositions très représentatives de cette perspective. Si elle était adoptée en l'état, la future directive pourrait faire des parties prenantes un maillon central du mécanisme, les plaçant dans une double fonction de co-auteurs des normes de vigilance en amont (le conseil d'administration devant tenir « dûment compte des contributions pertinentes des parties prenantes »<sup>33</sup>) et de censeurs de leur mise en œuvre en aval. Voilà qui a pour vocation de maîtriser, dans une certaine mesure, le risque d'une application formelle et artificielle des obligations légales en la matière, voire, à terme, de modifier durablement les pratiques.

**[143] Une instance en phase avec les attentes de la Cité.** En définitive, le conseil d'administration se dessine comme une instance représentative de ce que la Cité attend désormais de l'entreprise. Il donnera l'exemple d'un changement des stéréotypes de gouvernance que, certes, seul le temps rendra tangible. Il n'empêche qu'un ensemble de nouvelles valeurs, liées les unes aux autres dans une dynamique vertueuse, s'évince des différentes règles présentes et à venir, et constitue le socle de

<sup>32</sup> Middledent, 2021, recommandation n° 8 ; AFEP-MEDEF, 2022, art. 16.

<sup>33</sup> Article 26.



ce modèle normatif. Il y a là, en tout cas, une évolution notable du droit des sociétés anonymes, qui présage en théorie une effectivité ascendante de la gouvernance soutenable. Cependant, investir le conseil d'administration d'un rôle d'éclaireur et d'artisan de cette gouvernance ne garantit pas forcément le succès du modèle.

## 2. LE CONSEIL D'ADMINISTRATION : UN TEST DE VIABILITÉ DE L'ENTREPRISE RESPONSABLE

**[144] Un cadre légal peu rigoureux.** Assurément, c'est de la capacité de ces conseils d'administration précurseurs à changer leur approche de gouvernance que dépendra le rayonnement et l'avenir du modèle de l'entreprise responsable. Or, aussi innovantes et prometteuses que puissent être ces tendances et ces méthodes nouvelles, fortement intégrées désormais dans les règles applicables au conseil d'administration, il serait illusoire d'en attendre des résultats spectaculaires si le dispositif légal qui les sous-tend manque de rigueur. C'est le défaut majeur de ce modèle normatif. Le droit français a notamment sous-estimé deux éléments, liés l'un à l'autre, et qui risquent de le priver d'une bonne partie de son efficacité. Le premier est la multiplication des intérêts que le conseil d'administration doit désormais prendre en considération (2.1). Le second tient plus généralement à l'ampleur que nécessite le cadre normatif lui-même de la gouvernance soutenable (2.2).

### 2.1 LA MULTIPLICATION DES INTÉRÊTS EN PRÉSENCE

**[145] Des difficultés sous-estimées.** L'on ne saurait occulter qu'une large ouverture des conseils aux parties prenantes, tout comme le mariage des stratégies lucratives avec l'intérêt général, peuvent diluer les finalités de la gouvernance et multiplier les oppositions. Hélas, cette diversification des intérêts en présence n'a guère été appréhendée par le législateur. Deux difficultés, au moins, en découlent.

**[146] Processus de prise de décision.** Une première difficulté est celle de la prise de décision. D'une part, chaque acteur de la gouvernance risquerait de défendre les intérêts qu'il représente. Or, il ne sera guère aisé de fédérer ces différents intérêts. La gestion des conflits d'intérêts suggérée par le code AFEP-MEDEF pourrait même vider le conseil d'administration de ses membres, puisqu'il est préconisé à l'administrateur en situation de conflit d'intérêts de s'abstenir tout à la fois de voter et d'assister aux débats<sup>34</sup>. Au-delà des conflits et des blocages, c'est d'autre part l'arbitrage entre les enjeux divers qui sera des plus délicats. Il appartient au conseil de faire des choix qui, pour l'heure, paraissent trouver en droit français leur limite dans leur conformité à l'intérêt social, placé *a priori* au sommet de la hiérarchie des valeurs<sup>35</sup>. La gouvernance soutenable et la gouvernance rentable devront ainsi coexister, sans pour autant qu'un curseur légal clair puisse les faire cohabiter harmonieusement. Le juge aura assurément un rôle central pour apprécier cette conciliation qui reste passablement brouillée. L'expérience de la jurisprudence anglo-américaine sera ici des plus utiles (Rousseau et Tchotourian, 2009). Plus généralement, c'est au conseil de fixer les

<sup>34</sup> Article 21.

<sup>35</sup> Article 1833 al. 2 C. civ.

équilibres entre les différentes finalités non lucratives de la gouvernance qui, faute d'indications légales claires, risquent de s'avérer périlleux. La présence éventuelle dans les statuts d'une raison d'être permettra peut-être d'identifier les causes sociétales importantes pour la société. Dans tous les cas, cependant, la tâche ne sera pas facile. Un arbitrage sensible mérite notamment d'être souligné : celui entre les enjeux sociaux et les enjeux environnementaux de l'activité sociale. Les spécialistes du droit du travail insistent aujourd'hui sur l'impératif d'une articulation solide entre la transition écologique et les droits des salariés, aucun de ces enjeux ne devant être privilégié au détriment de l'autre (Casado et Gilbert, 2022). Cette articulation implique une transformation profonde du droit qui, actuellement, n'en est qu'à des débuts timides. Investi d'un rôle de censeur, le conseil d'administration parviendra-t-il à concilier ces enjeux correctement ? Rien n'est moins sûr.

**[147] Résonance sur la responsabilité des administrateurs.** La seconde difficulté, considérable, est celle de la résonance de la gouvernance soutenable sur la responsabilité des membres du conseil. À première vue, l'ouverture de la finalité de la société à des préoccupations non lucratives semble être en soi une bonne chose. Il était jusqu'ici délicat, faute d'une assise législative suffisante, de justifier les stratégies de RSE, au coût parfois élevé, au regard des références classiques du droit des sociétés. À présent, la difficulté se déplace, car il faudra établir une hiérarchie entre les obligations légales nouvelles et départager les frontières entre les fautes, en cas notamment de divergence entre intérêt social, raison d'être et/ou enjeux sociaux ou environnementaux – notions bien distinctes – tout en les combinant avec les standards préexistants (faute de gestion, devoir de loyauté, faute détachable, etc.) (Tadros, 2018; Urbain-Parléani, 2018; Heinich, 2018; Deckert, 2018). Le risque existe également d'un accroissement des actions en responsabilité à l'initiative des actionnaires et des tiers, à moins d'associer effectivement l'ensemble des parties prenantes à l'élaboration des stratégies sociétales. *In fine*, le risque existe même d'une déresponsabilisation des membres du conseil d'administration ! En effet, ces derniers se voient accorder dorénavant une marge de manœuvre considérable, sans pour autant qu'il soit aisé d'engager leur responsabilité, une multitude d'intérêts en présence légalement consacrés pouvant justifier leurs décisions (Courret, 2019; Barbièri, 2021).

**[148] Perspectives d'évolution.** Sans doute, ces questions seront-elles précisées par la jurisprudence et les codes de gouvernance. Ces difficultés impliqueront probablement aussi un renouvellement des pratiques de travail des administrateurs. L'on songe au rôle possiblement apaisant de l'administrateur référent<sup>36</sup> et l'on imagine que la maîtrise des coûts de ces évolutions pourrait être facilitée par l'outil numérique. Toutefois, seul un cadre normatif solide permettra d'y remédier de manière satisfaisante, ce qui renvoie à un écueil encore plus général de la gouvernance soutenable promue à l'échelle du conseil d'administration.

## 2.2 LE SOUS-ENCADREMENT LÉGAL

**[149] Dispositif confus et marginal.** Volontairement ou non, c'est par le biais d'une construction très imprécise que le législateur a introduit, au cours de ces dernières années, le modèle de la gouvernance soutenable dans le droit des sociétés anonymes

<sup>36</sup> Voir notamment le Code AFEP-MEDEF, article 3.3.

(et dans le droit des sociétés en général). L'on peut penser que, dans une certaine mesure, c'est parce qu'il est confus et plaqué à la marge sur le cadre classique que le dispositif peine à déployer ses effets normatifs. Or, concilier profit et solidarité bouleverse littéralement les fondements de la gouvernance et les logiques à l'œuvre de la matière. Un changement aussi ambitieux requiert une rigueur particulière, que les modifications réalisées pour l'instant n'ont assurément pas. Là est leur faiblesse principale, le modèle de la gouvernance soutenable étant largement sous-encadré, comparé aux règles précises qui ont permis d'acclimater au fil des ans la *corporate governance*. Cette approche imprécise joue certainement un rôle dans le faible engouement pour la démarche responsable des acteurs de la société anonyme et l'on comprend qu'elle puisse faire croire (à tort) à certains que la loi change pour que rien ne change (Ministre de l'Économie, 2021). Beaucoup sont notamment encore dans une optique de gestion des risques de l'entreprise et non de prévention des risques sociétaux engendrés par l'entreprise (Assemblée nationale, 2022). Donnons quelques exemples (non exhaustifs) des défauts du *corpus* normatif.

**[150] Approche approximative.** Il y a d'abord dans les interventions législatives en France, des approximations qui traduisent un défaut de réflexion approfondie sur les enjeux en cause. Une illustration anecdotique peut être prise dans la dernière modification en date des dispositions régissant le conseil d'administration (et le directoire). Par une loi du mois de mars 2022 visant à démocratiser le sport en France<sup>37</sup>, le législateur a cru bon de modifier les obligations pesant sur le conseil d'administration (et le directoire) de toute société anonyme, en imposant à ses membres d'agir « conformément à son intérêt social, en considérant les enjeux sociaux, environnementaux, culturels et sportifs » de l'activité de la société<sup>38</sup>. Voilà une mesure problématique (Dondero, 2022) qui non seulement s'écarte de la lettre moins large et moins contraignante de l'article 1833, alinéa 2 du *Code civil* (obligeant les dirigeants de toute société à gérer la société « dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité »), mais qui risque en outre d'engendrer des difficultés d'articulation, voire des conflits, le directeur général étant, quant à lui, tenu de se conformer au seul article 1883 du *Code civil*. Le moins qu'on puisse penser est que pareille réforme manque de sérieux.

**[151] Lacunes quant à l'identification des parties prenantes.** Il y a ensuite dans les dispositifs légaux une lacune majeure quant à l'identification des parties prenantes de l'entreprise. À ce jour, la loi ne comporte aucune précision méthodologique à cet égard, ce qui peut ruiner l'approche de co-gouvernance. Certes, la difficulté est réelle (Ruggie, Rees et Davis, 2020). Cette identification n'est pas simple, chaque entreprise ayant par hypothèse des parties prenantes différentes, selon son secteur, sa taille ou sa localisation. Toutefois, la nature évolutive des parties prenantes est de l'essence de la co-gouvernance et si le législateur souhaite la promouvoir, il lui appartient aussi de l'accompagner par des règles minimales. Les difficultés ne sont d'ailleurs pas insurmontables. Imposer des négociations collectives en amont (Martin, 2021) ou, tout simplement, accorder aux parties prenantes des prérogatives concrètes sont autant de pistes. Ici encore, la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises

37 L. n° 2022-296 du 2 mars 2022.

38 L. n° 2022-296 du 2 mars 2022.

en matière de durabilité (Proposition de directive, 2022) comporte des idées intéressantes, en ce qu'elle place le dialogue avec les parties prenantes au cœur du mécanisme de vigilance. Il est probable qu'investies de droits effectifs, les parties prenantes auraient à cœur de jouer le jeu de la concertation, ce qui faciliterait leur identification. Aussi complexe que soit ce processus, il est, dans tous les cas, de la responsabilité du droit des sociétés de l'initier.

### **[152] Incertitudes sur la mise en place des normes de gouvernance soutenable.**

Enfin, une troisième faille qui englobe probablement toutes les autres et touche à la confusion relative à la mise en place des normes de gouvernance soutenable. Une chose est de confier à la société le soin – et le coût – de renouveler sa politique pour proposer un modèle économique responsable. Tout autre chose est de lui en faire supporter l'entière responsabilité. Pareille transformation ne saurait se passer de règles légales quant aux modalités précises de l'élaboration des normes de gestion soutenable. Or, la démarche est ici très inégale selon le type d'obligation posée. Parfois, comme en matière de *compliance*, c'est le choix d'une procéduralisation excessive qui est opéré, débouchant sur des règles foisonnantes et complexes, à l'articulation délicate (Boursier, 2020). Le risque est alors d'aboutir à une mise en œuvre formelle, où la technique l'emporterait sur la substance. Le plus souvent, toutefois, c'est le choix inverse qui est fait. Excepté pour la société à mission, qui est relativement bien encadrée<sup>39</sup>, la loi ne comporte guère d'indications sur la marche à suivre, ce qui est pour le moins dangereux en termes d'effectivité, d'instrumentalisation ou de concentration des pouvoirs. Les hésitations récentes quant à la validité des résolutions climatiques proposées par des investisseurs à l'ordre du jour des assemblées générales des grandes sociétés anonymes (Baldon, 2021; Gaudemet, 2022)<sup>40</sup> est un exemple parmi d'autres des difficultés que ce sous-encadrement engendre. Pour le dire brutalement, inclure dans la gestion et dans l'administration l'écologie ou les droits de l'Homme nécessite des mécanismes spécifiques et exigeants. Ces questions sont trop complexes et nouvelles pour être relayées par le cadre normatif traditionnel. Il est indispensable d'encadrer légalement ce processus normatif privé qui peut, sinon, basculer vers l'autorégulation pure et simple. En somme, c'est au droit des sociétés anonymes de se renouveler en parallèle à l'entreprise pour lui permettre de se réinventer effectivement, par des règles simples mais spécifiques quant aux rôles des acteurs, au contrôle des normes de gouvernance soutenable ou au dénouement des conflits.

**[153] Nécessité d'une remise à plat.** C'est seulement au prix d'une remise à plat complète que le droit des sociétés anonymes pourra répondre aux enjeux du XXI<sup>e</sup> siècle et servir réellement de modèle normatif de l'entreprise responsable.

## **BIBLIOGRAPHIE**

ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport d'information sur l'évaluation de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, 24 février 2022, n° 5124.

<sup>39</sup> Article L. 210-10 s. C. com.; D. n° 2020-1 du 2 janvier 2020; D. n° 2021-669 du 27 mai 2021 et Arrêté du 27 mai 2021.

<sup>40</sup> Au regard du principe de la hiérarchie des organes dans la société anonyme.

BALDON, C., « Les résolutions climatiques au prisme du principe de séparation des pouvoirs au sein de la société anonyme », (2021) 36 *La Semaine juridique – Entreprise et Affaires* 24-30.

BARBIERI, J.-B., « La Corporate sustainability », dans *Le droit face aux défis de la transition écologique*, coll. *Revue de droit d'Assas*, Paris, IRJS, 2021, p. 97-107.

BOURSIER, M.-E., « Qu'est-ce que la compliance ? Essai de définition », (2020) *D.* 1419-1424.

CASADO, A. et M. GILBERT, « Le droit du travail au service de la transition écologique », *Le Monde*, 24 mai 2022, p. 33.

COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES, *Projet de rapport du Parlement européen contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance des entreprises*, 11 septembre 2020, 2020/2129[INL], en ligne : <[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0018\\_FR.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0018_FR.html)>.

COMMISSION EUROPEENNE, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937*, 23 février 2022, COM (2022) 71 final 2022/0051 (COD).

COMMISSION EUROPÉENNE, *Directive n°2022/2464 du 14 décembre 2022 sur la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises*, JOUE L 322 du 16 décembre 2022, p. 15-80.

COMMUNIQUÉ DE PRESSE, « Pour les députés, les entreprises doivent être tenues responsables des préjudices causés aux citoyens et à la planète », 27 janvier 2021, en ligne : <<https://www.europarl.europa.eu/news/fr/press-room/20210122IPR96215/les-entreprises-doivent-etre-tenues-responsables-de-leurs-actes>>.

COURET, A., « L'état du droit des sociétés, 50 ans après la loi du 24 juillet 1966 », (2016) 115 *Bulletin Joly Sociétés* 433-448.

— — —, « Propos introductifs », dans *La loi Pacte n° 2019-486 du 22 mai 2019 : le nouveau visage du droit des sociétés*, coll. *Revue des sociétés*, Paris Dalloz, 2019, p. 565-569.

— — —, « Le Code de gouvernement d'entreprise Middlednext 2021 », (2021) 200-5 *Bulletin Joly Sociétés* 37-40.

CUZACQ, N., « La RSE sur le frontispice du droit des sociétés, un roi sans couronne ? », dans *Mélanges en l'honneur d'Alain Couret. Un juriste pluriel*, Éd. Francis Lefebvre-Dalloz, Paris, 2020, p. 187-199.

DECKERT, K., « Les nouvelles attributions du conseil d'administration et de son président », (2018) *Revue des sociétés* 629-634.

DONDERO, B., « La dure loi du sport... », (2022) 200-2 *Bulletin Joly Sociétés* 4-7.

EY, *Study on directors' Duties And Sustainable Corporate Governance*, juillet 2020.

FELIX, A. et I.-A. MARTINET, « Le comité des parties prenantes : la gouvernance hors des murs ? », (2021) 200-4 *Bulletin Joly Sociétés* 41-48.

FONBAUSTIER, L. et V. MAGNIER, *Développement durable et entreprise*, coll. Thèmes & commentaires, Paris, Dalloz, 2013.

FRISON-ROCHE, M.-A., « Réguler les entreprises cruciales », (2014) *D.* 1556-1563.

FRYDMAN, B., « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation », dans *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 1-50.

GAUDEMET, A., « L'arrêt Motte et le climat », (2022) 200-3 *Bulletin Joly Sociétés* 1.

GERMAIN, M., « Les propositions du Club des juristes », (2018) *Revue des sociétés* 564-567.

HANSMANN, H. et R. KRAAKMAN, « The End of History for Corporate Law », (2000) 89 *Georgetown Law Journal* 439-468.

HEINICH, J., « Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social », (2018) *Revue des sociétés* 568-574.

HENNEBEL, L. et G. LEWKOWICZ, « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises », dans *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 147-226.

Law and Business Professors' Submission to the EU on EY's, « Study on Directors' Duties and Sustainable Corporate Governance », *Response to the European Commission's Call for Feedback on its Sustainable Corporate Governance Initiative*, 8 octobre 2020.

LECOURT, B., « Quel conseil d'administration pour les sociétés anonymes de l'Union européenne ? », dans *Mélanges Jean-Patrice et Michel Storck*, Paris, Dalloz-Lextenso, 2021, p. 367-381.

LEVILLAIN, K., B. SEGRESTIN et A. HATCHUEL, « La mission : une norme de gestion comme fondement de la gouvernance de l'entreprise responsable », (2021) 2 *Revue internationale de droit économique* 193-205.

MAGNIER, V., *La gouvernance des sociétés cotées face à la crise: pour une meilleure protection de l'intérêt social*, coll. Droit des affaires, Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010.

MALECKI, C., *Responsabilité sociale des entreprises : perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, coll. Droit des affaires, Paris, LGDJ-Lextenso, 2014.

MARTIN, G.-J., « L'environnement », dans *Le droit économique au 21<sup>e</sup> siècle : notions et enjeux*, Paris, LGDJ, coll. Droit et Économie, 2020, p. 319-348.

— — —, « Écologisation de la gouvernance d'entreprise : vers un renouvellement de la problématique ? », (2021) 2 *Revue internationale de droit économique* 257-272.

MERCIER, V., « Le rôle des parties prenantes dans l'évolution du droit des sociétés », (2019) 120-9 *Bulletin Joly Sociétés* 44-51.

MIDDLENEXT, *Code de gouvernement d'entreprise*, septembre 2021.

PAILLUSSEAU, J., *La société anonyme: technique d'organisation de l'entreprise*, Paris, France, Librairie Sirey, 1967.

PARACHKEVOVA-RACINE, I., « Le conseil d'administration de demain », dans *Mélanges en l'honneur d'Alain Couret. Un juriste pluriel*, Paris, Éd. Francis Lefebvre-Daloz, 2020, p. 343-351.

PARLEMENT EUROPÉEN, *Résolution du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises, 2020/2129(INL)*, 10 mars 2021, P9\_TA(2021)0073.

PARLEMENT EUROPEEN et CONSEIL, *Directive 2014/95/UE 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*, J.O. L. 330/1 15 novembre 2014 p. 1.

RACINE, J.-B., « Approches de droit global », (2019) 3 *Journal du droit international (Clunet)* étude n° 6 665-693.

ROUSSEAU, S. et I. TCHOTOURIAN, « L'intérêt social en droit des sociétés : regards transatlantiques », (2009) *Revue des sociétés* 735-759.

RUGGIE, J. G., C. REES et R. DAVIS, « Making 'Stakeholder Capitalism' Work: Contributions from Business & Human Rights », *HKS Faculty Research Working Paper, Series RWP20-034*, Harvard, novembre 2020.

STOUT, L., *The Shareholder Value Myth : How Putting Shareholders First Harms Investors, Corporations, and the Public*, First Edition, San Francisco, Berrett-Koehler Publishers, 2012.

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

TCHOTOURIAN, I., J.-C. BERNIER et C. TREMBLAY-POTVIN, « Les cinq mythes de la gouvernance d'entreprise : perspective économique-juridique nord-américaine », (2017) 2 *Revue Internationale de Droit Économique* 5-39.

URBAIN-PARLEANI, I., « La raison d'être des sociétés dans le projet de loi PACTE du 19 juin 2018 », (2018) *Revue des sociétés* 623-628.