



IRDA PARIS

Institut de recherche
en droit des affaires
de Paris

Rendez-vous de l'IRDA

« Les fonctions du droit des sociétés »

par **Irina PARACHKÉVOVA**, Professeur à l'Université Côte d'Azur

Lundi 5 février 2024 – 12 h 00

Irina PARACHKÉVOVA prend la parole pour présenter les nouvelles fonctions qui s'attachent aujourd'hui au droit des sociétés. Ces fonctions s'appuient sur la tendance générale de la loi qui consiste à investir les sociétés de missions d'intérêt général dans le but de prévenir des risques sociétaux engendrés par l'activité économique. Irina PARACHKÉVOVA remarque à ce titre que le droit français des sociétés poursuit un mouvement clair de durcissement de la RSE et figure parmi les droits les plus avancés en la matière. Irina PARACHKÉVOVA estime qu'il s'agit là d'une tendance pérenne, sans marche arrière possible, et non d'un simple effet de mode. Elle ajoute que cette tendance n'est pas seulement française ou européenne, mais touche l'ensemble du monde occidental. Ce mouvement de fond, en ce qu'il promeut un nouveau modèle d'entreprise socialement responsable, est en rupture totale avec la loi de juillet 1966. Il consiste à imposer aux entreprises, par le biais de règles de droit des sociétés, des préoccupations non lucratives qui, traditionnellement, proviennent d'autres branches du droit, comme le droit du travail et le droit environnement. Par le prisme du droit des sociétés, le législateur entend ainsi concevoir et imposer un nouveau modèle d'entreprise. Il reste toutefois à dresser le bilan temporaire de cette « vague législative de première génération ». Pour le réaliser, Irina PARACHKÉVOVA présentera d'abord le nouveau modèle juridique que le droit des sociétés entend promouvoir et en soulignera ensuite les limites.

Irina PARACHKÉVOVA observe qu'une même approche méthodologique caractérise tous les dispositifs qui participent à redéfinir le modèle de l'entreprise. En effet, tous les moyens mis en œuvre reposent sur une invitation légale d'innover. Les dispositifs invitent les entreprises à repenser leurs limites, à se réinviter même, pour concilier lucrativité et durabilité. Pour réaliser cet objectif,

des règles de droit dur et de droit souple sont employées. Les normes de gestion sont également mobilisées et il est désormais fréquent que le droit des sociétés fasse directement écho aux études d'impact et à la cartographie des risques.

Irina PARACHKÉVOVA observe néanmoins que ce nouveau modèle est largement sous-organisé et que son cadre juridique est extrêmement lacunaire. Le délestage de l'État vers l'entreprise s'opère sans que le législateur ne fixe de balises claires sur les moyens d'atteindre les nouvelles fins que doivent poursuivre les entreprises. Il est alors difficile pour elle de sauver le monde lorsque la loi ne lui indique pas comment faire. Deux failles de ce nouveau modèle peuvent être relevées.

La première concerne les nouvelles finalités qu'il appartient à l'entreprise de réaliser. Ces finalités restent désespérément imprécises, ce qui brouille nécessairement la mise en œuvre des politiques juridiques sous-jacentes et rend difficile l'exécution des nouvelles obligations légales, comme le prouve la réticence des juges à appliquer les nouveaux textes. Cette imprécision trouve sa source dans la difficile — pour ne pas dire l'impossible — articulation de la finalité lucrative de la société avec ses nouvelles missions sociétales. Opposées, ces finalités ne peuvent pas se réaliser sans règles légales précises pour les articuler. Force est pourtant de constater que les règles adoptées pour assurer la réalisation des nouvelles finalités de l'entreprise sont morcelées, incohérentes ou redondantes. Irina PARACHKÉVOVA considère que c'est sur ce terrain que les changements les plus rapides auront lieu, certainement sous l'impulsion du législateur européen qui a déjà commencé à changer d'approche en adoptant des critères uniformes et un vocabulaire plus clair, comme celui de « durabilité », qui apparaît dans les directives CSRD et Vigilance.

La seconde faille touche au processus décisionnel propre au nouveau modèle de gouvernance. En l'état, ce processus est affecté d'un vice de conception, car il cherche à fondre une logique inédite au sein des règles traditionnelles du droit des sociétés ; or le vieux modèle ne peut accueillir le nouveau. Ainsi, le conseil d'administration est aujourd'hui l'organe légitime pour articuler les exigences de rentabilité et de durabilité. Cette habilitation du conseil d'administration est pourtant loin d'être évidente, la RSE impliquant une vraie co-gouvernance des administrateurs et des parties prenantes. De la même façon, le processus décisionnel actuel repose presque exclusivement sur l'autorégulation managériale. Pourtant, la prise de décisions dans certains domaines, notamment celui de l'environnement, ne peut s'effectuer sans que des règles légales ne viennent mettre en place un processus délibératif strict, qui encadre et contrôle les décisions prises. La marge de manœuvre

considérable dont bénéficient aujourd'hui les organes de direction leur assure, par ricochet, une déresponsabilisation quasi systématique vis-à-vis des enjeux RSE. Irina PARACHKÉVOVA observe que l'approche actuelle ne pourra réellement produire effet qu'en précisant clairement les actes attendus des entreprises. Un moyen d'y arriver sera de hiérarchiser légalement les intérêts en présence, comme a pu le préconiser Stéphane ROUSSEAU.

Irina PARACHKÉVOVA remarque enfin qu'un dernier obstacle se dresse devant la réalisation de ce nouveau modèle juridique de l'entreprise. Il tient aux actionnaires, et notamment aux investisseurs professionnels, qui échappent encore aux obligations RSE.

En conclusion, Irina PARACHKÉVOVA relève que le droit des sociétés n'est pas encore à la hauteur de ses nouvelles fonctions, mais qu'il faut demeurer confiant. Il faut voir ce droit comme un paquebot qui vient de changer de cap et à qui il faudra du temps avant d'arriver à sa destination, d'autant que c'est toute la flotte internationale qu'il s'agit de rediriger.

France DRUMMOND souhaiterait savoir si, selon Irina PARACHKÉVOVA, il revient au droit des sociétés de se préoccuper des enjeux sociaux environnementaux. Ces enjeux ne seraient-ils pas mieux servis par l'intermédiaire d'une autre branche du droit, comme le droit du travail ou le droit de l'environnement ?

Irina PARACHKÉVOVA estime que ces enjeux sont transversaux et sont désormais trop importants pour que les outils traditionnels de l'État suffisent à les prendre en charge. Si les préoccupations RSE intègrent aujourd'hui le droit des sociétés, ce n'est pas par choix, mais par nécessité. Le droit des sociétés n'est d'ailleurs pas le seul à être sollicité, le phénomène d'urgence climatique modifie l'ensemble des politiques publiques traditionnelles.

Caroline COUPET souhaiterait connaître l'avis d'Irina PARACHKÉVOVA sur la meilleure façon de prendre en compte, par le prisme du droit des sociétés, ces nouveaux enjeux. Elle s'interroge notamment sur la meilleure option entre introduire des règles ponctuelles dans le Code de commerce et opérer un changement total de paradigme. Elle demande s'il ne faut pas nécessairement hiérarchiser les deux exigences citées par Irina PARACHKÉVOVA : rentabilité et durabilité.

Irina PARACHKÉVOVA indique que plusieurs pistes pourraient être suivies. La première serait d'introduire un modèle de gouvernance avec l'intégralité des parties prenantes. Cette solution serait toutefois difficilement praticable et il n'est pas certain que toutes les parties prenantes souhaiteront s'investir de la même façon. Une deuxième option consisterait à mettre en place un modèle de gouvernance élargi, avec notamment les salariés et la création d'un comité des parties prenantes, instance concurrente au conseil d'administration.

Caroline COUPET reprend la parole. Elle s'interroge sur le rôle des actionnaires dans ce changement de modèle juridique. Irina PARACHKÉVOVA estime que ce changement ne pourra pas s'opérer sans eux, et qu'il conviendrait d'imposer des obligations renforcées pour les investisseurs professionnels, en contrepartie desquels ils pourraient bénéficier de droits extraordinaires. Incitative, une telle démarche permettrait dans le même temps de responsabiliser les actionnaires.

Thibaut DUCHESNE indique qu'une des solutions pourrait être de recourir au droit commun de la responsabilité civile pour responsabiliser les dirigeants et les actionnaires. Il estime néanmoins que la culture judiciaire française n'est pas prête, comme en témoigne la récente affaire La Poste.

Jean-Baptiste BARBIÈRI souligne que le juge rencontre aujourd'hui des difficultés avec le monde de la *compliance*, monde que les autorités judiciaires ont du mal à comprendre. Il ajoute qu'un défaut de légitimité est ressenti par les juges, et qu'il est difficile d'y remédier.

Edmond SCHLUMBERGER indique que des raisons rationnelles peuvent être avancées pour justifier la position du juge, qui n'est pas un gestionnaire. Il observe à ce titre qu'en Angleterre, où la culture judiciaire est plus mûre qu'en France, le juge n'ose pas non plus s'immiscer dans la gestion sociale.

Irina PARACHKÉVOVA tempère ces conclusions en indiquant la création d'une nouvelle chambre spéciale près la Cour d'appel de Paris pour les contentieux dits émergents. Cette innovation témoigne de la volonté des magistrats de se former. Irina PARACHKÉVOVA ajoute que la future autorité de contrôle chargée de surveiller les obligations prévues par la directive vigilance contribuera certainement à faire évoluer les mentalités.