

ano 18 - n. 74 | outubro/dezembro - 2018  
Belo Horizonte | p. 1-280 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v19i74  
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional  
[www.revistaaec.com](http://www.revistaaec.com)

# A&C

**Revista de Direito  
ADMINISTRATIVO  
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &  
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737  
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral ISSN: 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo  
Capa: Igor Jamur  
Projeto gráfico: Walter Santos

#### Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

#### Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

#### Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

#### Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

#### Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

#### Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

#### Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

#### Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

### **Diretor-Geral**

Romeu Felipe Bacellar Filho

### **Editores Acadêmicos Responsáveis**

Daniel Wunder Hachem

Ana Cláudia Finger

### **Assessor Editorial**

Felipe Klein Gussoli

### **Conselho Editorial**

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (UniBrasil-PR)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Clêmerston Merlin Clève (UFPR)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG-GO)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Odilon Borges Junior (UFES)
Emerson Gabardo (UFPR)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Eros Roberto Grau (USP)	Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP-PR)
Imgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
José Carlos Abraão (UEL-PR)	Rogério Gesta Leal (UNISC-RS)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Weida Zancaner (PUC-SP)

### **Homenagem Especial**

Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)  
Guillermo Andrés Muñoz (*in memoriam*)  
Jorge Luís Salomoni (*in memoriam*)  
Julio Rodolfo Comadira (*in memoriam*)  
Lúcia Valle Figueiredo (*in memoriam*)  
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*in memoriam*)  
Paulo Henrique Blasi (*in memoriam*)  
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)  
Rolando Pantoja Bauzá (*in memoriam*)

# L'entreprise privée d'intérêt général

## *The private enterprise of general interest*

Jacqueline Morand-Deville\*

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (France)  
ja.morand@hotmail.fr

**Recenido/Received:** 21.01.2019 / January 21<sup>st</sup>, 2019

**Aprovado/Approved:** 06.02.2019 / February 6<sup>th</sup>, 2019

---

**Résumé:** Cet article traite du nouveau visage vertueux de l'entreprise de droit privé, qui se donne des finalités et des modes d'intervention s'écartant de la seule recherche de l'intérêt particulier et du profit. Les excès de la financiarisation, ceux de la place accordée aux actionnaires et à leurs seuls intérêts, ont conduit à une remise en cause de la raison d'être de l'entreprise. Dans de nombreux domaines, un comportement plus soucieux d'éthique que par le passé est recherché, n'est plus seulement imposé par les pouvoirs publics mais choisi par les dirigeants des entreprises eux-mêmes. Cette bonne conduite traditionnellement guidée par les finalités d'ordre public et de service public sera désormais orientée aussi par celles du développement durable, c'est-à-dire la recherche de finalités sociales et environnementales au-delà du seul développement économique. Enjeu désormais capital, la protection de l'environnement sera plus particulièrement développée ici.

**Mots-clés:** entreprise privée; intérêt général; développement durable; protection de l'environnement ; droit public des affaires.

**Abstract:** This article deals with the new virtuous face of the private-law enterprise, which sets itself goals and methods of intervention deviating from the sole pursuit of private interest and profit. The excesses of financialization, those of the place given to the shareholders and their only interests, have led to a questioning of the essence of the company. In many areas, a more ethical behavior than in the past is sought after is not only imposed by the public authorities but chosen by the business leaders themselves. This good conduct, traditionally guided by public order and public service goals, will now also be guided by those of sustainable development, that is to say, the pursuit of social and environmental goals beyond economic development alone. Now a crucial issue, the protection of the environment will be particularly developed here.

**Keywords:** private enterprise; general interest; sustainable development; environmental protection; public business law.

---

Como citar este artigo/How to cite this article: MORAND-DEVILLER, Jacqueline. L'entreprise privée d'intérêt général. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 11-24, out./dez. 2018. DOI: 10.21056/aec.v19i74.1073

\* Professeuse émérite à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Paris, France). Doyen honoraire de la faculté de droit de l'Université Paris XII. Docteur en Droit Public et Science Politique (Faculté de Droit de Paris). Fondatrice et présidente de l'Association internationale de droit de l'urbanisme (AIDRU). E-mail: <ja.morand@hotmail.fr>.

Au sein du droit public contemporain une discipline n'a cessé de se développer : le droit public de l'économie dont on change parfois l'intitulé pour en faire un « Droit public des affaires ».

Cette récente évolution sémantique, outre la recherche d'une attractivité propre à attirer les étudiants rêvant à des carrières « profitables », a pour explication la nécessité d'enseigner autrement les nouvelles politiques publiques au regard de la privatisation croissante du droit public économique. La plupart des pays ont répondu aux sirènes du libéralisme économique et les acteurs privés ainsi que leurs méthodes sont désormais considérés par les pouvoirs publics comme d'indispensables appuis à la chose publique.

On traitera ici non de la place de l'entreprise de droit privé dans le droit public de l'économie, phénomène qui n'a rien de nouveau sauf son importance croissante, mais du nouveau visage vertueux de l'entreprise qui se donne des finalités et des modes d'intervention s'écartant de la seule recherche de l'intérêt particulier et du profit.

Les excès de la financiarisation, ceux de la place accordée aux actionnaires et à leurs seuls intérêts ont conduit à une remise en cause de la raison d'être de l'entreprise. Dans de nombreux domaines, un comportement plus soucieux d'éthique que par le passé est recherché qui n'est plus seulement imposé par les pouvoirs publics mais choisi par les dirigeants des entreprises eux-mêmes. Cette bonne conduite traditionnellement guidée par les finalités d'ordre public et de service public sera désormais orientée aussi par celles du développement durable, c'est-à-dire la recherche de finalités sociales et environnementales au-delà du seul développement économique. Enjeu désormais capital, la protection de l'environnement sera plus particulièrement développée ici.

Les vieux débats sur la liberté du commerce et de l'industrie, la crise du service public, la frontière entre SPA et SPIC n'ont pas perdu de leur intérêt mais ils ne peuvent plus être abordés comme avant. L'entreprise publique, qui n'avait jamais pu être définie du fait de la diversité des statuts, se présente désormais en France comme très largement privatisée et se voit aussi imposer, au-delà de sa mission de service public, des obligations plus précises de développement durable. Il est logique que l'important secteur public de l'économie se montrer exemplaire dans la poursuite de la face contemporaine de l'intérêt général qui perd ici son caractère abstrait pour se tourner vers des finalités sociales et écologiques précises.

On rappellera brièvement la crise que connaît actuellement l'entreprise de droit privé et les nouvelles missions qui lui sont désormais confiées.

Le visage traditionnel de l'entreprise s'était considérablement modifié avec la *financiarisation* de l'économie bouleversant le système juridique libéral

traditionnel. A la propriété des *actifs productifs* concentrés dans le patrimoine des sociétés se voyait associée la propriété des *titres de capital* détenus par les actionnaires et celle-ci prenait la pas sur la première.

Dans les années 80 cette *maximisation de la valeur actionnariale* devint le credo de la gouvernance d'entreprise. Selon la théorie de l' « Agence » une séparation doit intervenir entre les actionnaires, propriétaires des titres en capital et les managers gestionnaires salariés de l'entreprise. Suivant les préceptes de leur « gourou » Milton Friedman, les économistes de l'Ecole de Chicago s'appliquèrent à démontrer que les mandataires sociaux ont pour mission de gérer l'entreprise dans le seul intérêt des actionnaires c'est à dire leur profit à court terme. Ils n'ont aucune légitimité pour s'occuper des autres problèmes qui seront réglés par les politiques publiques. L'Etat aura ainsi la charge d'internaliser les externalités négatives et de corriger les inégalités excessives. Les intérêts des actionnaires sont présumés servir la compétitivité des entreprises et l'attractivité des investisseurs. On alla même jusqu'à faire des actionnaires les propriétaires des entreprises alors qu'ils ne sont propriétaires que de leurs titres.

Cette conception était en contradiction avec les fondements du libéralisme économique et avec la conception que son fondateur Adam Smith avait de l'entreprise. Et on s'empressait d'oublier les principes exposés dans « *La Richesse des nations* » promouvant le travail comme source originaire de toute richesse, donnant comme objectif au marché concurrentiel d'assurer l'absence de position dominante et valorisant l'équilibre à moyen terme avec des profits raisonnables plutôt que le profit maximal à court terme. On oubliait aussi qu'aux origines de la régulation économique au début XXème siècle aux USA, des « régulateurs indépendants » avaient été mis en place par les autorités fédérales « for the sake of the *public interest* », selon l'expression de la Cour suprême.

Le triomphalisme de la *maximisation de la valeur actionnariale* a perdu de son arrogance à la suite de certains scandales qui discréditèrent sa prétention à l'efficacité et s'attristèrent des conséquences désastreuses de l'abandon des valeurs éthiques essentielles. Plus prosaïquement, les entreprises prirent conscience des risques que cette image dégradée ferait courir à leur compétitivité et de la nécessité de répondre aux exigences nouvelles de la société civile.

On vit alors de nombreux dirigeants manifester leur volonté de s'engager dans des combats en faveur du *bien-être collectif* et d'inclure dans leur stratégie et leur gouvernance des attentes telles que la lutte contre les pollutions, le changement climatique, les inégalités sociales, l'épuisement des ressources naturelles... La récente loi française portant Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises, dite *loi PACTE* va dans ce sens, faisant suite à de nombreux rapports qui tous s'accordaient pour repenser la place de l'entreprise au sein de la société et pour mettre en valeur son utilité sociale, bien au-delà des profits

à tirer de la production de biens et de services. Ce mouvement rejoint celui qui donne pour objectif à la régulation économique d'assurer l'équilibre entre le bon fonctionnement du marché et l'intérêt général.

Depuis quelques temps une expression apparaît dans la littérature juridique, celle d' « entreprise d'intérêt général ». Elle est adoptée par certains civilistes et on la conservera ici tout en reconnaissant la nécessité de ne pas galvauder à l'excès ce concept et de pouvoir lui préférer celui plus réaliste d'intérêt collectif.

Après avoir présenté les projets de réforme du statut de l'entreprise privée afin de lui permettre de remplir ses nouvelles missions (I), on analysera les principaux instruments manifestant la volonté des entreprises d'être des acteurs effectifs de la protection environnementale (II).

## I Un nouveau statut pour une entreprise privée « d'intérêt général »

A l'origine la société par actions avait un rôle à la fois économique et politique, ainsi des grandes Compagnies de commerce lors de l'expansion coloniale ou des *joint stock corporations* aux USA. Leurs dirigeants jouissaient de privilèges et il semblait normal que des obligations pèsent sur eux à la hauteur de ces aides et qu'ils assument une responsabilité sociétale à l'égard des « parties prenantes » c'est-à-dire l'ensemble des acteurs ayant des intérêts dans la gestion de l'entreprise : clients, fournisseurs, employés, associations locales, collectivités territoriales, société civile représentée par les ONG.<sup>1</sup>

L'apparition d'entreprises géantes, plus riches et puissantes que les Etats, leur internationalisation, les délocalisations et plus généralement la mondialisation ont fait perdre l'identité première conduisant à une financiarisation aux conséquences sociales et environnementales souvent désastreuses. L'Etat qu'il soit régalien ou Providence eût trop tendance à s'effacer devant ces super puissances transnationales à la légitimité douteuse.

Lorsque le discrédit commença à frapper ce système, les entreprises du CAC 40 réalisèrent que la perte de légitimité présentait un risque pour la croissance de l'entreprise et sa bonne réputation et cette crainte plus qu'une préoccupation désintéressée de justice sociale les fit s'engager dans la voie des réformes. Ce fut le cas, notamment aux Etats Unis et en Grande Bretagne.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Dans une communication de 2002 suite à un Livre vert de 2001, la Commission européenne en donne la définition suivante : « l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes ». Le Conseil d'Etat se montre réticent pour que l'expression figure dans un texte emportant des conséquences juridiques.

<sup>2</sup> La critique de la financiarisation du capitalisme et le mythe de la valeur actionnariale s'est développée aux Etats Unis après la crise de 2008. Le stakeholder model doit l'emporter sur le shareholder model.

## A - La responsabilité sociale de l'entreprise

Ce nouvel engagement s'est concrétisé par l'apparition de la « responsabilité sociale des entreprises » la fameuse RSE, dénommée en France, depuis 2017, déclaration de performance extra-financière, terme technocratique qui occulte malencontreusement la notion de responsabilité. Définie par la Commission européenne comme un concept dans lequel les entreprises « intègrent les préoccupations sociales, environnementales, et économiques dans leurs activités et dans leurs interactions avec leurs parties prenantes sur une base volontaire », cette contribution des entreprises aux enjeux du développement durable répondait à une demande de la société civile, à la philosophie « agir local, penser global » et au slogan *doing well by doing good* : réussir en faisant le bien.

Le concept apparaît dans les années 1960 en droit communautaire<sup>3</sup> et révèle une nouvelle manière de concevoir la responsabilité qui implique le devoir de rendre compte de ses actes (*reporting*, audits...) et d'en assumer les conséquences (actions en réparation et en prévention). La RSE ne doit pas être confondue avec le mécénat lequel est mené de manière séparée de l'activité quotidienne de l'entreprise, alors que la RSE implique un progrès continu et quotidien dans des domaines sensibles: qualité des filières d'approvisionnement, sous-traitance, bien-être des salariés, santé, transition énergétique, empreinte écologique, lutte contre la pollution... La norme ISO 26000 précise les critères environnementaux, sociaux et la place des parties prenantes dans la gouvernance de l'entreprise.<sup>4</sup> La RSE doit être prise en compte par les banques qui n'accorderont leur financement qu'aux entreprises ayant démontré leur respect des principes directeurs du développement durable.<sup>5</sup>

La RSE fait l'objet de multiples controverses. On peut certes lui reprocher ses limites comme par exemple l'absence de prise en compte du civisme fiscal et des pratiques d'optimisation fiscale, voire de fraude, pour échapper à l'impôt. On peut craindre aussi les allégations RSE mensongères, un « Greenwashing », trompeur au regard du code de la consommation, pas toujours aisé à déceler en

---

V. notamment STOUT, Lynn. *The Shareholder Value Myth*. San Francisco: Berrett-Koehler Publishers, 2012, et LIPTON, Martin *et al.* The new paradigm for corporate governance. *Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*, Feb. 6, 2016. Available at: <<https://corpgov.law.harvard.edu/2017/01/11/corporate-governance-the-new-paradigm/>>. De nombreux Etats des USA mirent en place des *Benefit corporation* dont les finalités ne sont pas seulement lucratives et la Grande Bretagne dans la suite du *Companies Act* de 2006 a suivi la même ligne directrice et a adopté, en 2017 des dispositions obligeant les entreprises à prendre en compte les intérêts des parties prenantes et à expliquer leurs choix.

<sup>3</sup> Livre vert de juillet 2001 afin de « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises ».

<sup>4</sup> Publiée le 1<sup>er</sup> novembre 2010, elle se présente comme un guide de lignes directrices proposé aux entreprises et aussi aux organisations (RSO).

<sup>5</sup> Les banques européennes d'investissement, de financement et de reconstruction et développement ont inclus des clauses de RSE dans leurs interventions, selon les « Principes d'Equateur » formulés en 2003.



dépit du *Label responsabilité sociale* et des évaluations des *Agences de notation*. Et l'empilement des textes, leur inintelligibilité, l'absence de coordination et de mise en cohérence, ici encore plus qu'ailleurs, nuit évidemment à l'efficacité.

Mais d'une manière générale on ne peut que se féliciter de cette mise en cause de la conception actionnariale de l'entreprise et admettre qu'un tel changement ne peut intervenir que progressivement, chaque entreprise adoptant cette démarche volontariste à son rythme et selon sa culture. La RSE est à l'origine du concept d'*investissement socialement responsable* (ISR) c'est-à-dire de l'application des principes du développement durable aux placements financiers par les investisseurs — banques, établissements financiers et autres fonds financiers (retraite, épargne salariale...).

Le pas a donc été franchi et sans régression possible vers une autre image de l'entreprise et une consécration au plus haut niveau : *Global reporting initiative* et Pacte mondial (*Global compact*) des Nations Unies,<sup>6</sup> recommandations de la Banque mondiale, principes directeurs de l'OCDE, Livres verts et Forums de l'Union européenne sans oublier les actions des ONG, les études des Centres de recherche, les normes et standards, abondante littérature à l'indigeste lecture.

La RSE demeure un concept de *soft law* reposant sur une approche volontaire et la question reste posée de savoir quelle est sa force contraignante en ce qui concerne notamment la protection de l'environnement. Certains pays, comme le Danemark, ont fait du *reporting environnemental* une obligation légale mais cela reste exceptionnel.

En France, les *lois Grenelle I et Grenelle II*, adoptées en 2009 et 2010, renforcent fortement les devoirs des entreprises en matière de RSE en les étendant aux sociétés non-cotées et avec une exigence nouvelle de transparence et de certification par un « tiers indépendant » sans toutefois préciser les conditions de mise en œuvre de la responsabilité juridique des dirigeants en cas de manquement à l'obligation de communication. On peut aussi douter du caractère exhaustif de l'information s'agissant notamment du capital immatériel des entreprises et faire valoir que l'auditeur étant payé par son client audité cherchera à éviter de le mécontenter en lui attribuant une note basse ou en lui refusant la certification.

## **B - La modification des articles fondateurs du code civil**

Ces dernières années, à la suite de nombreux rapports commandés par le gouvernement sur le nouveau statut de l'entreprise<sup>7</sup> il a été envisagé de modifier la

<sup>6</sup> Le Pacte mondial est un code de conduite qui comprend 10 principes que les entreprises doivent s'engager à respecter. Deux concernent les droits de l'homme, quatre les normes de travail, trois l'environnement et le dernier la lutte contre la corruption.

<sup>7</sup> V. notamment le Rapport sur « *L'économie positive* » de J. Attali, en 2013 ; le Rapport sur « *Entreprise objet d'intérêt collectif* », en 2018, de N Notat et J-D Senard, faisant suite au Rapport de Terra Nova sur « *L'économie contributive* » en 2016.

rédaction des articles 1.832 et 1.833 du code civil, dispositions fondamentales, restées inchangées depuis les origines du code.

Selon l'article 1.832 « 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 pourrait en résulter ». L'interprétation en est claire : le but du contrat de société est le partage entre les associés des bénéfices ou des économies réalisées par la société. Pas question d'intérêt collectif ou général, ce que confirme l'article 1.833 : « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans *l'intérêt commun des associés* ».

Ces rédactions paraissent à beaucoup anachroniques et l'ensemble des Rapports ainsi que certaines propositions de loi ont cherché à en modifier la rédaction<sup>8</sup> La jurisprudence de la Cour de cassation avait ouvert la voie et plusieurs arrêts portant sur des questions diverses comme celle d'abus de bien d'un dirigeant ou celle des excès des associés dans leur faculté de blocage ont donné de *l'intérêt social* une signification allant bien au-delà de l'intérêt commun des associés. Quant à la doctrine, tout avait magistralement été théorisé il y a plus d'un siècle et les grands maîtres des Ecoles de Toulouse et Bordeaux, aussi à l'aise en droit public qu'en droit privé, avaient répondu à cette question : théorie de l' « Institution » de Maurice Hauriou<sup>9</sup> et « fonction sociale de la propriété » de Léon Duguit.<sup>10</sup> Les privatistes, quant à eux, se sont toujours entendus pour penser que « les droits subjectifs, modes de relations sociales, ne peuvent être totalement étrangers à la recherche de l'intérêt général, ou (...) du bien commun ».<sup>11</sup>

Ecrites dans le jargon technocratique à la mode, qui ne recherche plus l'élégance d'écriture et la finesse de raisonnement des Anciens, les rapports précités insistent sur la « raison d'être » de l'entreprise au-delà de la seule « raison d'avoir », sur l'intérêt collectif élément de celui particulier de la société, sur la nécessité d'un dessein à long terme et d'une ambition éthique.

Le projet de loi relatif à la *croissance et à la transformation de l'entreprise*, dite loi PACTE, actuellement en discussion et qui ne déroge pas à l'ordinaire des lois fourre-tout, mêlant les recettes pour la performance des entreprises, la réforme des chambres de commerce, la privatisation d'Aéroport de Paris et de la

<sup>8</sup> Le Rapport Attali proposait de réécrire ainsi l'article 1.833: « La société doit avoir un objet licite, être constituée et gérée dans l'intérêt pluriel des parties prenantes et concourir à l'intérêt général notamment économique, environnemental et social ».

<sup>9</sup> HAURIOU, Maurice. La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social). *Cahiers de la Nouvelle Journée*, Paris, n. 4, 1933.

<sup>10</sup> DUGUIT, Léon. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*. Paris : Librairie Félix Alcan, 1912.

<sup>11</sup> V. notamment GHESTIN, Jacques; GOUBEAUX, Gilles. *Traité de droit civil. Introduction générale*. 2. ed. Paris : LGDJ, 1983.

Française des jeux, se préoccupe discrètement de cette question. Faisant suite à deux longs chapitres sur l'entreprise « délivrée » et l'entreprise « plus innovante, un chapitre III se consacre à l'entreprise « plus juste » et envisage de « Repenser la place des entreprises dans la société »

Si les dispositions de l'article 1.832 du code civil ne sont pas modifiées, l'article 1.833 est complété par un alinéa ainsi rédigé : « *La société est gérée dans son intérêt social et en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ».

Dans son avis rendu public sur le projet de loi, le Conseil d'Etat rappelle que la référence aux exigences sociales et environnementales n'est pas inédite et qu'au cours des années récentes le législateur s'est largement attaché à les renforcer : v. notamment la *loi sur la biodiversité du 28 août 2017* et la *loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire*. Il rappelle aussi que selon la Charte de l'environnement, qui a valeur constitutionnelle, « chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité » (Conseil constitutionnel, décision QPC du 8 avril 2011, « *Michel Z.* ») et qu'il est donc loisible au législateur, dans le respect des principes constitutionnels, de prescrire aux sociétés de prendre en considération ces objectifs.

Il estime aussi que la notion d'« intérêt social » (parfois présenté comme « l'intérêt général de la société ») n'a pas à être définie par le législateur puisqu'elle l'a été de façon souple mais non indéterminée par la jurisprudence de la Cour de cassation : Cass. crim. 27 octobre 1997 et Cass. com., 18 avril 1961 et 24 mai 2016. Il en déduit, qu'en égard à son objet, à ses finalités et à sa portée, l'obligation de prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux ne méconnaît ni l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi ni aucun principe ni aucune règle de valeur constitutionnelle.

## II De nouveaux instruments pour une entreprise d'intérêt général au service de l'environnement

Le droit de l'environnement, encore jeune et qui était à l'origine un droit essentiellement public fait désormais une large place au droit privé et cette évolution récente et rapide a pour origine l'apparition de l'*entreprise* « écoresponsable ». La cause environnementale s'étant internationalisée et globalisée, des menaces à la hauteur de celle engendrée par le réchauffement climatique, font apparaître l'impuissance des Etats à résoudre les problèmes sans l'appui des entreprises privées, principales responsables du réchauffement. La coopération internationale de ces entreprises pourrait sinon pallier du moins réduire les avatars de la coopération des Etats.

Les entreprises ont toujours été des acteurs de premier plan sur la scène environnementale mais elles ont changé de rôle. Elles continuent certes de porter le costume du perturbateur dont il faut se méfier mais elles quittent désormais le seul rôle du méchant pour un emploi qui se veut rassurant et protecteur. Ce changement de mentalité n'est possible que parce que leur engagement reste volontaire, que les obligations pesant sur elles s'appuient sur une *soft law*, ce qui n'exclut cependant pas un renforcement de leurs responsabilités

## **A - Volontarisme et droit souple**

La reconnaissance des entreprises comme actrices à part entière de la protection environnementale s'observe dans la volonté des pouvoirs publics de les faire participer à l'élaboration des politiques environnementales. Longtemps dictée par un *lobbying* destiné à la défense de leurs intérêts particuliers, leur intervention est de plus en plus sollicitée par l'Etat dans le processus de réflexion et de préparation des textes. L'exemple le plus remarquable fut la préparation du « Grenelle de l'environnement » et la mise en place d'une « *gouvernance à cinq* » faisant une large place aux organisations syndicales et patronales. La loi « biodiversité » a aussi prévu une élaboration « en concertation avec des représentants d'acteurs socio-économiques, notamment des petites et moyennes entreprises » (art. 8). Ils sont aussi présents dans les nombreux Conseils nationaux spécialisés : bruit, transition écologique, pollution de l'air...

Ce renforcement de la concertation s'observe aussi au sein même de l'entreprise depuis que le lien entre la protection de l'environnement et celle de la santé des travailleurs est devenu déterminant. Les représentants du personnel et le Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) participent à l'élaboration des politiques de prévention et ont vu renforcés leurs droits – allant jusqu'à celui d'alerte, et leurs obligations d'ordre sanitaire et environnemental. La collaboration entre les parties prenantes a remplacé l'affrontement.

On présentera ici rapidement les outils que le droit français propose aux entreprises privées pour les associer à la protection environnementale ainsi que l'étendue de leur responsabilité sociétale.

Les entreprises doivent se soumettre à une réglementation environnementale de plus en plus contraignante, et subir, au nom d'un droit de propriété « fonction « plus que « pouvoir », des servitudes écologiques de plus en plus lourdes : audit environnemental, *reporting* avec l'obligation d'un rapport annuel comprenant des informations » sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité », vérification par un organisme tiers indépendant.

Mais ce sont les instruments librement mis en œuvre par les entreprises qui retiendront ici l'attention. Il en est ainsi des *Codes de bonne conduite* qui se sont multipliés dans le domaine environnemental.<sup>12</sup> Leurs avantages sont multiples. Ils permettent d'éviter l'intervention de l'Etat l'entreprise se donnant la liberté de construire un encadrement juridique adapté à ses besoins.<sup>13</sup> Et surtout l'image vertueuse que les codes cherchent à donner de l'entreprise a de bons effets de régulation interne donnant aux salariés le sentiment de travailler pour le bien commun et de régulation externe pour la croissance et la conquête des marchés. D'un point de vue juridique, les codes sont une des représentations de ce « *droit souple* » post moderne qui prend de plus en plus d'importance. Apparu d'abord en droit international public sous l'influence des ONG, il innove aujourd'hui tous les ordres juridiques, et presque toutes les branches du droit (environnement, droit des affaires, droit de la consommation, droit du travail...).

Ces normes de portée générale non obligatoires et non contraignantes, par opposition au droit dur ne sont cependant pas inefficaces et leur juridicité dépendra de la réception qu'en feront les juridictions. Le non-respect des engagements inscrits dans les codes de bonne conduite sera sanctionné par la perte de confiance de la société civile (cf. le discrédit dont a souffert l'entreprise Monsanto), par le rejet et les sanctions du milieu professionnel (moyens de contrainte des ordres professionnels, exclusion du marché). Et surtout les codes de bonne conduite sont le plus souvent « juridicisés » soit que les engagements soient contractualisés, soit qu'ils soient intégrés dans la réglementation, soit que le juge décèle une faute dans le non-respect des engagements à l'origine d'un manque à l'obligation de prudence et diligence ou d'un délit de publicité mensongère qui, en matière environnementale, prend la forme adoucie d'une contravention pour fausse allégation depuis la loi Grenelle 2.

Volontaire est aussi la démarche par laquelle une entreprise sollicite une certification ou une labellisation (cf. l'éco audit et l'éco-label européens) ou encore celle décidant de la diffusion volontaire d'informations environnementales.

On fait aussi rentrer dans la catégorie des engagements volontaires des entreprises les accords négociés, marchés d'un type nouveau nés de la lutte contre le changement climatique. La gravité de l'effet de serre du fait des émissions dans l'air de gaz particulièrement polluants, a conduit les États à réagir. Le protocole de Kyoto de 1997 et les directives européennes ont mis au point un dispositif d'échange des droits d'émission des gaz à effet de serre, inspiré du

<sup>12</sup> Plus de 2.500 entreprises ont ratifié la Charte pour le développement durable établie sous l'égide de la Chambre Internationale du Commerce en 1991 et chaque entreprise peut créer sa propre charte de conduite dont elle s'impose unilatéralement le respect.

<sup>13</sup> La Charte pour le développement durable laisse entendre qu'un des objectifs des codes est de « réduire les pressions poussant les gouvernements à trop légiférer ».

droit américain, qui tend sinon à réduire, du moins à stabiliser les émissions : c'est le désormais célèbre *marché des quotas à effet de serre*.<sup>14</sup>

Le système a été critiqué : trop de quotas et, à l'origine, trop de gratuité. Dans le cadre du « paquet climat » de la Commission de Bruxelles, le système a été réformé. Le nombre des quotas distribués va décroître entre 2013 et 2021, et une partie seulement des quotas sera gratuite, le reste étant mis aux enchères. La part gratuite disparaîtra en 2027.

Un autre système de « marché » de l'environnement est celui des *marchés de biodiversité*. Il s'agit pour des aménageurs d'acheter des crédits d'actifs naturels protégés tels qu'une partie de zone humide, de forêt rare... qui font l'objet d'une évaluation financière. Les sommes obtenues financeront des actions en faveur, notamment, de l'entretien d'aires protégées et en contrepartie les aménageurs pourront obtenir l'autorisation de réaliser leurs projets de développement. Il y a bien sûr, diront avec raison les critiques, marchés de droits à polluer mais le système peut aussi être envisagé comme mis au service de la compensation écologique afin de neutraliser les atteintes à la biodiversité.

L'importance prise par la lutte contre le réchauffement climatique a conduit les entreprises, principales responsables de ce réchauffement, à intervenir plus directement. La COP21 et l'Accord de Paris peuvent être analysés comme des succès politiques : unanimité et véritables engagements, modestes mais réalistes. La France a fait de la lutte contre l'intensification de l'effet de serre une « priorité nationale », et Grenelle 1 confirme l'engagement de diviser par quatre les émissions de GES entre 1990 et 2050, en réduisant de 3% par an en moyenne ses rejets dans l'atmosphère.

Très vite cependant, certains Etats parmi les principaux pollueurs sont entrés en rébellion et en récession et la question reste posée de l'efficacité à attendre du droit et du juge. Quelle effectivité attendre du recours déposé récemment contre le Parlement européen et le Conseil, fondé sur l'insuffisance des mesures prises pour atténuer les émissions de GES, eu égard au rôle majeur joué par l'Union européenne dans la mise en œuvre de l'Accord de Paris ?

Devant l'impuissance des pouvoirs publics les entreprises se sont alors mobilisées. Fin 2017 91 d'entre elles, représentant 1 500 milliards d'euros de chiffre d'affaire et plus de 6 millions d'emplois directs ont créé le *French*

<sup>14</sup> Le système est le suivant : l'Etat fixe pour une période de cinq ans, une quantité maximale de quotas d'émission qu'il délivrera et la liste des installations bénéficiaires. Chaque installation industrielle se voit autorisée par l'État à rejeter dans l'atmosphère une certaine quantité de GES dans la limite des quotas qui lui ont été affectés. Si l'exploitant réussit à réduire ses rejets à un niveau inférieur, il peut vendre ses quotas non utilisés à un autre émetteur qui pourra, alors, dépasser les quotas qui lui ont été fixés, le nombre de quotas globalement autorisés restant invariable. L'article L 22-15, I, du code env. les qualifie de « biens meubles exclusivement matérialisés par une inscription au compte de leur détenteur » ce qui correspond à la tendance à donner aux autorisations administratives un statut de bien marchand.

*Business Climate Pledge* afin d'intégrer les enjeux climatiques dans leur stratégie économique et financière. Concrètement, elles envisagent d'investir plus de 60 milliards d'euros d'investissement dans les énergies renouvelables et l'efficacité énergétique d'ici 2020, ainsi que 220 milliards d'euros dans divers projets visant à lutter contre le réchauffement climatique dans une démarche de RSE. Le profit à retirer de ces projets est sans doute déterminant dans cette initiative mais qu'importe si les résultats sont concluants.

## **B - Préjudice écologique et responsabilité des entreprises**

L'incitation des entreprises à se mobiliser en faveur de la protection environnementale s'explique aussi par le risque qu'elles encourent de voir plus fréquemment que par le passé leur responsabilité civile et pénale mise en cause.

En matière d'environnement les règles classiques du droit de la responsabilité se prêtent mal à la réparation d'un dommage aux caractéristiques spécifiques. Dualiste, il se présente à la fois comme un dommage causé aux personnes et aux biens par le milieu dans lequel elles vivent, ce qui renvoie à la théorie classique des troubles de voisinage et comme un dommage subi par le milieu naturel indépendamment des intérêts matériels et corporels lésés, ce que l'on présente souvent comme un « *préjudice écologique pur* ». La preuve de ce préjudice est particulièrement difficile à rapporter s'agissant des caractères certain, direct et personnel, par ailleurs rarement réunis. S'ajoutent aussi les problèmes liés à l'irréversibilité du préjudice, des limites de la remise en l'état et de l'évaluation en argent.

Quoiqu'il en soit, la reconnaissance de ce préjudice et l'objectivisation générale du droit de la responsabilité afin de répondre à la priorité d'indemnisation des victimes conduisent à un renforcement de la mise en responsabilité de l'entreprise devant le juge.

La reconnaissance du préjudice écologique pur et d'un régime spécial de réparation est l'aboutissement d'une patiente démarche. Elle pouvait s'appuyer à la fois sur l'article 4 de la Charte constitutionnelle disposant que « toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement », revoyant à la loi pour déterminer les conditions de ce principe dit du « pollueur contributeur » et sur la directive 2004/35 concernant la responsabilité environnementale. Fut donc salué comme une victoire la reconnaissance du dommage écologique pur par la Cour de cassation (arrêt du 26 septembre 2012) dans la célèbre affaire de l'Erika, élargissant les possibilités d'indemnisation des préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux objectivisés. Le juge administratif se montre plus réservé se rattachant plus volontiers au préjudice moral et matériel.

La loi Biodiversité du 28 août 2017 a consacré cette jurisprudence introduisant dans le code civil un titre intitulé « De la réparation du préjudice écologique »

défini comme « une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement (art. 1247, c. civ.).

La mise en cause de l'entreprise devant le juge devient effective, la jurisprudence se montrant de plus en plus favorable aux victimes en restreignant les causes exonératoires, en précisant l'identité du responsable: principe de la responsabilité de la société mère à l'égard de ses filiales (loi Grenelle 2) et en renforçant l'obligation de *reporting*, élargie à la contribution à la transition énergétique et écologique. Elle n'hésite pas à s'appuyer sur le principe de précaution (art. 5 de la Charte) ce qui a conduit certains auteurs à proposer une nouvelle action « en responsabilité préventive » afin de satisfaire « le devoir éthique d'une responsabilité orientée vers l'avenir » prenant en compte le « dommage futur probable » avec l'obligation de répondre des menaces de dommages majeurs avant qu'elles ne se réalisent ». <sup>15</sup>

La responsabilité sociale de l'entreprise répond à cette nouvelle approche. Les contraintes imposées et les engagements volontairement souscrits répondent au souci de prévention du dommage et l'image vertueuse sous-entend que le non-respect de l'obligation de prudence peut être sanctionné et que toutes les précautions doivent être prises pour maîtriser les menaces.

Droit maieutique, véhiculant des finalités fondamentales que des acteurs et moyens nouveaux s'évertueront à défendre, le droit de l'environnement est en train de bouleverser les caractéristiques traditionnelles du droit de l'entreprises. Inséparable de l'économie du droit et du droit des affaires il s'appuie désormais sur le concept *d'économie sociale et solidaire*.

Outre l'intérêt de l'image vertueuse pour leur développement particulier, outre les financements spécifiques avantageux dont elles bénéficient lorsqu'elles œuvrent en faveur de la cohésion territoriale, le développement durable ou la transition écologique, les entreprises sont désormais des acteurs efficaces et indispensables à la poursuite d'un intérêt général où les frontières entre le secteur non lucratif représenté traditionnellement par les associations ou fondations et le secteur lucratif des entreprises capitalistes ont tendance à se brouiller, ce qu'illustre la loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire tentant de concilier performance économique et utilité sociale.

<sup>15</sup> V. notamment THIBIERGE, Catherine. Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir. *Recueil Dalloz*, Paris, n. 9, p. 577-582, 2004.



## Références

DUGUIT, Léon. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*. Paris : Librairie Félix Alcan, 1912.

GHESTIN, Jacques; GOUBEAUX, Gilles. *Traité de droit civil. Introduction générale*. 2. ed. Paris : LGDJ, 1983.

HAURIOU, Maurice. La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social). *Cahiers de la Nouvelle Journée*, Paris, n. 4, 1933.

LIPTON, Martin *et al.* The new paradigm for corporate governance. *Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*, Feb. 6, 2016. Available at: <<https://corpgov.law.harvard.edu/2017/01/11/corporate-governance-the-new-paradigm/>>.

STOUT, Lynn. *The Shareholder Value Myth*. San Francisco: Berrett-Koehler Publishers, 2012.

THIBIERGE, Catherine. Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir. *Recueil Dalloz*, Paris, n. 9, p. 577-582, 2004.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. L'entreprise privée d'intérêt général. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 11-24, out./dez. 2018.

---