

— NOTE

«Objet social» : ne laissons pas le juge moraliser l'entreprise.

**« Objet social » : ne laissons pas le juge
moraliser l'entreprise.**

PAR

DAVID THESMAR

Professeur de finance
au MIT

GASPARD KOENIG

Président de
GenerationLibre

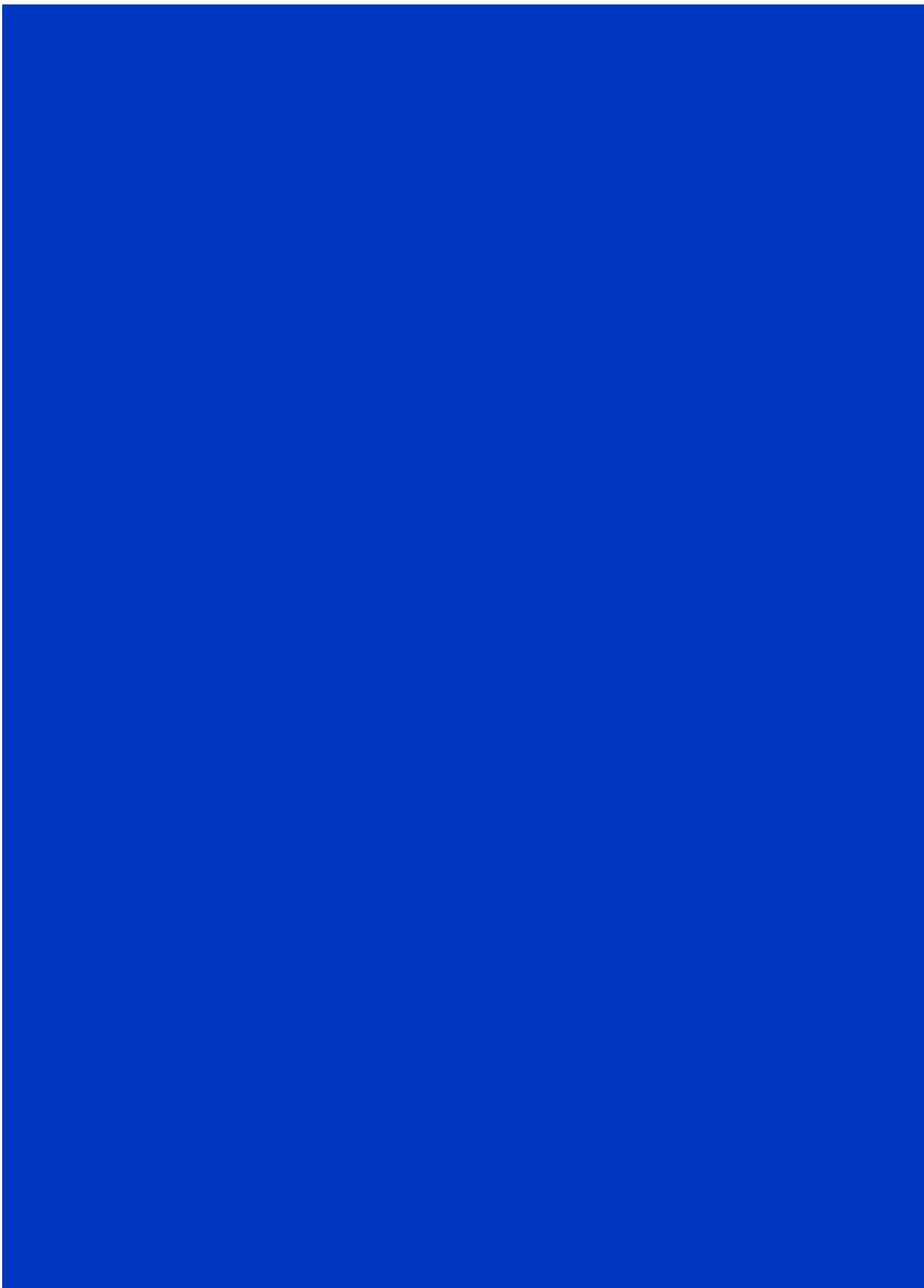
VIOLAINE DE FILIPPIS

Avocate en droit
des affaires

LOUIS TANDONNET

Juriste en droit
des affaires

Déclaration de responsabilité. Ce rapport est organisé en trois parties. Chaque auteur a contribué à une partie spécifique, dans son domaine de compétence. Son nom est indiqué en début de partie afin de distinguer le travail de chacun. GenerationLibre a piloté l'ensemble de ces contributions et mis en cohérence le texte final. Les auteurs ne sont pas réputés approuver l'ensemble des parties.



SOMMAIRE

Se repérer dans la note.

01 **L'essentiel** p. 6

02 **Introduction** p. 8

03 **Partie 1** p. 12

Fondements philosophiques et économiques à l'encontre de la réforme

- 1.1. Analyse philosophique : une réforme au service de la « morale collective » ;
- 1.2. Analyse économique : au fondement de la réforme, des théories infondées ;

04 **Partie 2** p. 18

Rapport Senard-Notat : les aspects juridiques

- 2.1. Point sur les articles 1832 et 1833 du Code civil et sur la réforme proposée ;
- 2.2. Cas pratiques : vers une judicialisation disproportionnée des rapports entre « sociétés » et « parties prenantes » ;

05 **Partie 3** p. 34

Proposition de réforme conforme à la sécurité juridique

- 3.1. Comparaison internationale : une conception stricte de l'« intérêt social » ;
- 3.2. Proposition pour une réécriture des articles 1832 et 1833 du Code civil.

06 **Le think tank** p. 38

L'ESSENTIEL

Nos travaux en un coup d'oeil.

Constat & analyse.

Le gouvernement vient de présenter son Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises (dit projet de loi « PACTE »). Dans la continuité du rapport Senard-Notat, ce texte propose de modifier les articles 1832 et 1833 du Code civil, transformant l'entreprise en un « objet d'intérêt collectif ».

Si l'impact du texte se veut d'abord et avant tout symbolique, il n'est pas exclu que le juge n'aille pas plus loin. Détenteur du monopole dans la définition de ce qui relève d'« enjeux sociaux » ou « environnementaux », ce dernier pourrait déployer une jurisprudence mortifère pour l'activité des entreprises et pour les fondements de notre Etat de droit. Nous contestons cette réforme sur les plans philosophique, économique et, bien sûr, juridique.

Propositions.

1

● **Abandonner la modification de l'article 1833 du Code civil telle que prévue dans le rapport Senard-Notat.**

Cela concernerait désormais toutes les formes existantes de l'entreprise, sans considération des tailles, ni de l'activité. Les conséquences sur le climat des affaires seraient désastreuses.

2

● **Améliorer l'écriture des articles 1832 et 1833 du Code civil sans porter atteinte aux fondements de l'Etat de droit**, en tenant compte de la problématique soulevée par le rapport Senard-Notat sur la crise de confiance que connaissent les sociétés et la nécessité de réévaluer l'existence de normes sociales et environnementales.

CHIFFRES CLÉS

Les 3 chiffres à retenir.

1832

C'est le **numéro de l'article inscrit dans le Code civil** disposant que : « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* »

C'est le **numéro de l'article inscrit dans le Code civil** disposant que :
« *Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés.* »

1833

3,4 millions

C'est le nombre d'entreprises en France, en 2016. 95% d'entre elles comptent moins de 10 salariés, 5% d'entre elles en comptent entre 10 et 500 (PME / ETI) et moins de 1% sont de grandes entreprises et dépassent les 500.
L'ensemble de ces organisations sera touché de manière indifférenciée par cette réforme.

INTRODUCTION

Le gouvernement vient de présenter son Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises (dit projet de loi « PACTE »). Ayant pour ambition de faire grandir les entreprises françaises et de repenser la place des entreprises dans la société, ce projet de loi prévoit une réforme en profondeur du rôle de l'entreprise.

Dans la continuité du rapport piloté par Nicole Notat, ancienne secrétaire générale de la CFDT et présidente de Vigéo-Eiris, et Jean-Dominique Senard, président du groupe Michelin, et remis au gouvernement le 9 mars 2018, la loi PACTE vise à considérer l'entreprise comme un « objet d'intérêt collectif ». En proposant une modification des articles 1832 et 1833 du Code civil en ce sens, cette réforme introduit un changement conceptuel considérable dans notre droit.

Si le gouvernement assure que la portée de ce texte ne sera que symbolique, nous craignons que le juge puisse s'en saisir pour aller beaucoup plus loin. En plus d'ouvrir la voie à une jurisprudence où le juge sera chargé de définir ce qui relève des « enjeux sociaux » et « environnementaux », cette réforme admet l'impuissance de l'Etat en déléguant à l'entreprise la conception du bien commun. Au nom des principes au fondement de notre Etat de droit, nous contestons cette réforme sur les plans philosophique, économique et, bien sûr, juridique.

Plusieurs termes sont d'abord à redéfinir avant de pouvoir commenter et juger du rapport Senard-Notat car il recourt à des termes juridiquement faux. La notion d'« objet social » utilisée par le rapport recouvre en réalité une définition juridique précise. Il s'agit de l'activité exercée par la société. L'objet social correspond à un code INSEE de l'activité principale exercée (code dit « APE »). Il peut être modifié par décision collective des associés en assemblée générale. Cet objet social doit être licite. Le caractère licite ou non d'une activité est déterminé par référence à l'ordre public. Prenons l'exemple d'une société exploitant un restaurant : son objet social est la fourniture de plats. Juridiquement, l'objet social permet de délimiter l'engagement de la société vis-à-vis des tiers¹.

1. Dans une société à risque illimité, un acte engage la société seulement s'il rentre dans l'objet social. Dans une société à risque limité, un acte engage la société même en cas de dépassement de l'objet social.

Le rapport tente habilement de définir aux yeux du grand public « l'objet social » comme le rôle de la société civile² ou commerciale³ dans notre société, en usant des définitions de langage courant. En effet, dans le vocabulaire commun, le mot « social » fait écho aux enjeux sociaux. Ce n'est pas le cas du droit qui utilise le terme « social » en référence à l'intérêt de la personne morale sociétaire.

Le rapport évoque ainsi les termes d'« élargissement de l'objet social » ad nauseam, expression reprise à l'envi par la presse. Mais ces termes sont entendus dans un sens erroné. En réalité, le rapport pose la question de l'intérêt social des sociétés : la société poursuit-elle un intérêt propre ? Le cas échéant, que recouvre-t-il ?

L'intérêt social est une notion juridique clef en droit des sociétés, qui ne connaît pas de définition légale. Cette notion sert principalement à guider et contrôler les agissements de la société, qui doivent être conformes à l'intérêt social, sans pour autant définir ce qu'il est. Par voie de conséquence, les pouvoirs des dirigeants sont fonction de l'intérêt social.

Le projet ne réformerait donc pas la notion d'objet social mais bien celle d'intérêt social en érigeant une obligation pour la société de « prise en considération » des « enjeux sociaux et environnementaux » dans sa direction.

La présente note a moins pour ambition de présenter un travail académique répondant aux critères scientifiques, que de rétablir les bons termes, en les rendant intelligibles pour tous ceux qui prendront part au débat, au premier rang desquels les parlementaires et la presse.

2. Par exemple, la société civile immobilière (SCI).

3. Par exemple, la société par actions simplifiée (SAS).

« La présente note a moins pour ambition de présenter un travail académique répondant aux critères scientifiques, que de rétablir les bons termes, en les rendant intelligibles pour tous ceux qui prendront part au débat ».

PARTIE 1

Fondements philosophiques et économiques à l'encontre de la réforme.

Analyse philosophique : une réforme au service de la « morale collective ».

Par **Gaspard Koenig**

La question du rôle sociétal⁴ des sociétés remonte aux années 1970. On se rappelle de la fameuse réplique de Milton Friedman à ce sujet : « the business of business is business ». Non par cynisme ou rapacité, mais parce que le meilleur outil pour évaluer l'utilité sociale d'une société commerciale reste encore la réaction du marché, pourvoyeur d'information décentralisée.

En prenant radicalement position dans ce vieux débat, le gouvernement s'engage dans une réforme inédite, modifiant en profondeur la notion d'intérêt social. La modification proposée du Code civil ouvre la voie à toute une jurisprudence, ajoutant aux contraintes légales existantes un nouveau champ juridique, plus flou et moins attractif pour les sociétés.

Au-delà de la controverse économique sur le rôle du profit, cette réforme met en jeu les fondements de nos libertés :

- **Menace sur l'Etat de droit**

Notre démocratie fonctionne selon le principe que « tout ce qui n'est pas interdit est permis », que la Déclaration des Droits de l'Homme formalise dans son article 4. C'en est désormais terminé. Une société pourra respecter la loi, toute la loi (ce qui constitue déjà un exploit dans un pays suradministré), et néanmoins être condamnée pour ne pas avoir « pris en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». L'Etat renonce ainsi à son rôle de régulateur des externalités, pour déléguer au corps judiciaire l'évaluation

4. On entend par « sociétal » ce qui se rapporte au fonctionnement de la société dans son ensemble, et par « social » ce qui se rapporte aux relations entre des individus ou des groupes d'individus dans cette société.

des bonnes intentions des sociétés. Faute de parvenir à définir l'intérêt général, le pouvoir politique ouvre la porte à la multiplication infinie des réclamations particulières.

- **Abandon du contractualisme**

Jusqu'à présent, une société résultait de la simple association de personnes libres mettant en commun volontairement leur capital ou leur force de travail. La société naît donc d'un contrat liant des volontés individuelles. En la dotant d'un « intérêt propre », le gouvernement entend essentialiser la société, la transformer en une institution échappant à ses créateurs.

- **Retour de la morale collective**

La société devient ainsi conçue, dans la tradition démocrate chrétienne, comme une pierre dans l'édifice du bien commun. Elle est chargée d'une fonction sociale et doit contribuer au grand tout de la nation. Les entrepreneurs qui se comporteraient de manière amoral, asociale, se verraient sermonner voire sanctionner – alors même que Schumpeter nous a enseigné combien la rupture vis-à-vis des codes sociaux d'une époque était essentielle à l'esprit entrepreneurial.

Autant dire que cette réforme nous entraîne loin, très loin de la « Start-up Nation ». Il s'agit bien plutôt d'une nationalisation de l'esprit des start-ups, devenues malgré elles les instruments de la morale collective.

« Une société pourra respecter la loi, toute la loi (ce qui constitue déjà un exploit dans un pays suradministré), et néanmoins être condamnée pour ne pas avoir « pris en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité » ».

Analyse économique : au fondement de la réforme, des théories infondées.

Par **David Thesmar**

Le gouvernement veut redéfinir la mission de la société privée en modifiant son « objet social ». Une approche qui paraît dangereuse à plus d'un titre.

Sur la forme, une théorie voudrait que cette réforme ne soit, en réalité, que du « bullshit » au sens où le philosophe américain Harry Frankfurt l'a défini : une idée vaguement fausse véhiculée par quelqu'un que la vérité n'intéresse pas vraiment. Mais elle est plus toxique que cela. Communiquer sur le fait que la société doit changer « d'objet social » va à l'encontre d'un des axes principaux du projet du candidat Emmanuel Macron : celui de réconcilier les Français avec l'économie de marché. Soustraire la société à ses propriétaires transmet un signal très étrange au moment même où l'on cherche à encourager l'investissement en action et l'entrepreneuriat. Répandre l'idée fausse que la société (au sens de l'entreprise) pourrait être investie de la mission de faire le bien de la société est une bien mauvaise pédagogie économique.

Mais sur le fond, la redéfinition de « l'objet social » de la société est aussi un très mauvais levier de politique économique. Expliquons pourquoi. En économie de marché, l'objectif de la société est clairement défini : créer le plus de valeur possible pour ses propriétaires, entre autres les actionnaires, dans le cadre assigné par la loi et la régulation. A l'heure actuelle, c'est ce que le Code civil prévoit, en France comme ailleurs. Le reproche fait au cadre existant est double : (1) cet objectif n'est même pas bon pour les actionnaires eux-mêmes (la théorie de la « balle dans le pied ») et (2) il conduit la société à nuire à l'intérêt public et général (la théorie des « parties prenantes »). Or, aucun de ces reproches n'est fondé. Commençons par la thèse de la « balle dans le pied » : le fait que l'objet social actuel de la société,

centré sur les seuls actionnaires, ne permettrait pas à celle-ci de faire le bien de ces mêmes actionnaires. Ce paradoxe apparaît sous la forme de plusieurs arguments, dont aucun n'est validé par la logique, ni par les données. L'argument le plus fréquent est celui du court-termisme : en focalisant l'effort du dirigeant sur le profit, on nuit au développement de long-terme de la société. Or, pour développer celle-ci sur la durée, il faut que les employés soient heureux, que les clients ne se sentent pas floués, que le capital de réputation de la société soit préservé. Mais si cette stratégie de long terme crée davantage de profits futurs, la valeur de la société sera augmentée d'autant : les actionnaires la plébisciteront.

Les critiques diront que les actionnaires de court-terme ne s'intéressent pas aux profits futurs, mais dans ce cas on devrait observer que les sociétés détenues par des actionnaires de court-terme sont sous évaluées, or on n'observe rien de tel dans les données. Par exemple, les travaux d'Alon Brav de l'université de Duke montrent que les fonds activistes, qui investissent typiquement pour une durée courte dans les sociétés, ont un effet de long terme positif sur les sociétés dans lesquelles ils interviennent⁵. Une autre thèse similaire est que les clients d'une société sont prêts à payer plus cher le produit ou le service qu'elle offre s'ils ont l'impression de participer à une action pro-sociale. Cet argument est lui aussi peu logique : il repose sur l'idée que l'action pro-sociale de la société est rentable pour les actionnaires. Mais alors, pourquoi s'y opposeraient-ils ?

Une autre thèse encore plus paradoxale est celle qui veut que les actionnaires eux-mêmes valorisent l'action pro-sociale de la société. En tant qu'actionnaire d'une société fabriquant des yaourts, je suis content que cette société s'occupe des paysans du Bengale. Mais dans ce cas, je serais prêt à accepter une rentabilité plus faible : en termes financiers, les bonnes actions de cette société éthique et solidaire seraient « privé » dans le cours de bourse. Maximiser la valeur actionnariale de la société reste, dans ce cadre, le bon objectif. Encourager les patrons à maximiser le cours de bourse, c'est les pousser à investir à long-terme, bien s'occuper de leurs salariés et de leurs clients, développer les

5. Voir notamment Bebchuk, Brav and Jiang, 2015, "The Long Term Effects of of Hedge Fund Activism", Columbia Law Review.

activités caritatives qui attirent les clients et plaisent aux actionnaires. D'ailleurs, les données confirment que les marchés financiers accueillent favorablement les annonces faites par les sociétés sur leurs actions pro-sociales⁶.

La thèse alternative est celle des « parties prenantes » : en se focalisant sur l'intérêt de ses actionnaires, la société pourrait être conduite à nuire au reste de son entourage, c'est-à-dire aux « parties prenantes » (les collectivités locales, l'environnement, etc.). Cet argument est plus dangereux que le précédent car il a l'apparence de la logique. C'est un fait que les sociétés génèrent des externalités. La pollution est l'exemple que les économistes aiment donner. Dans un marché pur, une société n'a pas autant à perdre que la société dans son ensemble à ne pas prendre les mesures nécessaires contre la pollution (on pense à la catastrophe de BP au large de la Louisiane ou au scandale Volkswagen). Dans ces cas, le bien-être des actionnaires ne coïncide pas avec celui de la société. Mais ce n'est pas pour cela qu'il faut confier à une société le soin de réguler le bien public. C'est même la porte ouverte à une dérive très dangereuse.

Les Etats régulent le monde des affaires en définissant le cadre d'action des sociétés : ils imposent des règles, des lois, inspectent les pratiques suivant des règles établies à l'avance. Les choix de régulations reflètent des centaines d'arbitrages complexes : quelle valeur assignons-nous à la nature (ce qui fixe le niveau de la taxe carbone), à quel prix voulons-nous préserver les emplois existants ? (ce qui fixe le niveau des indemnités de licenciement), etc.

Le seul forum légitime pour délibérer de ces objectifs communs est celui du débat démocratique, pas le comité de direction ou le conseil d'administration. Une fois cette délibération achevée, l'Etat définit les règles qui gouvernent le champs d'action des sociétés. Celles-ci prennent ensuite les décisions nécessaires pour faire au mieux. Il n'y a aucune raison de penser qu'un sous-comité du conseil d'administration, ou du conseil de direction de la société, soit mieux placé que ses actionnaires ou le débat démocratique, pour définir les règles de bonne conduite d'une société.

6. Krueger, 2015, "Corporate Goodness and Shareholder Wealth", Journal of Financial Economics, 115(2), 304-329.

PARTIE 2

Rapport Senard-Notat. Les aspects juridiques.

Le gouvernement a annoncé un projet de loi résultat d'un long processus de consultation conduit dans le cadre du Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises (PACTE). Le but affiché de ce projet de loi est de donner aux sociétés les moyens d'innover, de créer des emplois et de se transformer.

Un des groupes de travail créé dans le cadre du processus PACTE, intitulé « Partage de la valeur et engagement sociétal des entreprises » a recommandé au gouvernement d'engager une réflexion sur la place sociétale de la société, faisant écho aux propos du Président de la République lors d'une interview à l'Elysée le 15 octobre 2017 : « je veux qu'on réforme profondément la philosophie de ce qu'est l'entreprise ». Mission dès lors confiée à M. Jean-Dominique Senard, PDG du groupe Michelin et Mme Nicole Notat, présidente de l'agence de notation extra-financière Vigéo.

Extrait des conclusions du groupe de travail « partage de la valeur et engagement sociétal des entreprises » organisé dans le cadre du PACTE

Les travaux nous ont conduits à la nécessité de porter une vision politique ambitieuse de ce que l'entreprise est en train de devenir. Une vision à la fois lucide et exigeante qui consacre l'entreprise comme un lieu d'innovation collective, produisant de l'utilité au service d'une éco-nomie juste, efficace, durable. Porter cette vision répond également au besoin historique de réconcilier les Français avec l'entreprise et au-delà, avec l'actionnariat. Il nous apparaît urgent, à cette fin, de sortir des oppositions binaires qui conduisent à des impasses : le capital contre le travail ; la compétitivité contre la RSE ; les actionnaires contre les dirigeants, etc..

Alors que l'engagement devient la vertu cardinale de ce début de siècle et que les attentes sont grandes – consommateurs exigeants, transparence et exemplarité dans la politique et le monde des affaires, prise de conscience des investisseurs de l'urgence climatique –, nous pensons que le législateur ne doit pas contraindre mais accompagner ce mouvement, sécuriser le cadre dans lequel évoluent les sociétés, susciter la confiance entre les acteurs économiques et préserver la liberté entrepreneuriale au nom de l'intérêt général.

Cette réforme a rapidement bénéficié du soutien de dirigeants à l'avant-garde du capitalisme français – notamment Emmanuel Faber (président-directeur général de Danone), Antoine Frérot (président-directeur général de Veolia), Jean-Marc Janaillac (alors président d'Air France) et Michel Landel (directeur général et président du comité exécutif de Sodexo) - qui léguèrent en partie leur propre proposition de modification de l'article 1833 du Code civil :

« Toute société doit avoir un projet d'entreprise licite et être gérée dans l'intérêt commun des associés et des tiers prenant part, en qualité de salariés, de collaborateurs, de donneurs de crédit, de fournisseurs, de clients ou autrement, au développement de l'entreprise qui doit être réalisé dans des conditions compatibles avec l'accroissement ou la préservation des biens communs. »

Le positionnement d'une partie du patronat français en faveur de cette réforme traduit immanquablement une volonté de se servir du Code civil comme un support de communication.

Point sur les articles 1832 et 1833 du Code civil et sur la réforme proposée.

Par **Violaine de Filippis et Louis Tandonnet**

Rappelons que les articles 1832 et 1833 du Code civil sont les articles fondateurs du droit des sociétés en ce que les règles posées s'appliquent à toutes les sociétés, quelle que soit leur forme sociale. Une modification de ces articles a donc vocation à s'appliquer à l'ensemble des sociétés. A l'origine, en 1804, ces deux articles étaient rédigés comme suit :

Article 1832 : La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter.

Article 1833 : Toute société doit avoir un objet licite, et être contractée pour l'intérêt commun des parties. Chaque associé doit y apporter ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie »

A ce jour, leur rédaction est la suivante :

CODE CIVIL

Article 1832 : La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes.

Article 1833 : Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés.

L'analyse de la société retranscrite dans le Code est une analyse contractuelle. L'article 1832 énumère les caractéristiques du contrat de société comme suit :

- **La présence d'associés** : un groupe de personnes s'associent en définissant les termes de leur accord dans le cadre d'un contrat, et conformément aux règles d'ordre public.
- **Les apports** : la mise en commun de biens ou d'industrie.
- **La participation au résultat** (c'est-à-dire aux pertes et aux bénéfices) : cet élément permet de dissocier la société et l'association loi 1901 qui permet de participer à une activité sans participer au résultat économique.
- **L'affectio societatis** : visé par le terme « d'entreprise commune », il désigne la volonté des associés de travailler ensemble sur un projet commun.

La réforme proposée par le rapport Senard-Notat semble vouloir résoudre un prétendu problème sociétal en introduisant des notions symboliques aux contours juridiques flous.

Le rapport fait ainsi état d'un manque de confiance des salariés vis-à-vis de la société, allant même jusqu'à utiliser les termes

d'« entité froide » générant « de la méfiance ». Il dépeint un système capitaliste « désintermédié et financiarisé », s'inscrivant dans un contexte « de financiarisation de l'économie et de court-termisme de certains investisseurs » imposé par le « capitalisme anglo-saxon, désintermédié et financiarisé, qui donne une place plus centrale au rôle du marché ».

Le rapport conclut en ces termes : « (...) *Fondamentalement, il y a une recherche de sens chez le salarié. C'est tellement clé qu'on a voulu le marquer dans le marbre, dans le Code civil, que l'entreprise ne travaille pas uniquement pour ses actionnaires, mais aussi en considérant les enjeux sociaux, sociétaux et environnementaux de son activité* ». Il forme le dessein de « proposer une vision et une responsabilité de l'entreprise qui ne soit pas exclusivement orientée par la valeur de court terme pour l'actionnaire ».

Ce paragraphe est très caractéristique des confusions opérées par le rapport, en ce qu'il assimile ici « entreprise » et « société ». En théorie et en pratique l'entreprise peut se définir comme *« un centre autonome de décision exerçant une activité économique. Dès lors que le caractère économique et le domaine de cette activité ainsi que la nature de cette autonomie sont précisés, ces deux critères cumulés constituent la base ferme et fixe d'une définition commune à toute entreprise »* .

Les articles 1832 et 1833 du Code civil s'intéressent à la notion de société et ne vise pas à la notion d'entreprise. L'activité de cette dernière est déjà réglementées par nos textes spéciaux, notamment le Code du travail et le Code de l'environnement.

**Modification proposée de l'article 1833 du Code civil
dans le rapport Senard-Notat**

« La société doit être gérée dans son intérêt propre, en considérant les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. L'objet social peut préciser la raison d'être de l'entreprise constituée ».

Trois points ressortent de la proposition de réécriture :

- La consécration de la notion d'« intérêt propre » de la société ;
- La création d'une obligation de prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux, dans la gestion de la société.
- La possibilité d'énoncer d'une « raison d'être » ;

Sur la notion d' « intérêt propre »

Proposition du rapport : « La société doit être gérée dans son intérêt propre (...) ».

Cela renvoie à la question suivante : la société a-t-elle un intérêt propre ? Si oui, quel est-il ?

De façon didactique, l'acte constitutif de la société se nomme les statuts. Concrètement, il s'agit d'un document établi et signé par les associés, exposant leurs obligations, mais aussi l'organisation structurelle de la société, et son mode de fonctionnement. Ces statuts résultent de la volonté, soit d'un seul associé dans le cas des sociétés unipersonnelles (comportant un seul associé), soit de plusieurs associés dans le cas des sociétés pluripersonnelles (comportant plusieurs associés).

Une partie de ces statuts peut être négociée, une autre partie est soumise à des règles impératives, appelées « ordre public contractuel ». Il s'agit de règles posées par le législateur auxquelles les associés ne peuvent pas déroger. La notion même d'ordre public se situe dans la recherche constante d'un équilibre « *entre les exigences de la Liberté et les impératifs liés à la conjoncture, entre les idéologies et les circonstances* »⁹. C'est à ce point d'équilibre que va se situer l'ordre public contractuel.

L'exposé du rapport diabolisant la société comme un outil laissé au total arbitraire de ses associés est donc parfaitement faux. La liberté des associés dans la fixation des statuts est limitée par l'ordre public. De cet acte statutaire résulte ainsi l'intérêt propre de la société¹⁰.

9. Ph. Malaurie, « Les contrats contraires à l'ordre public », thèse 1953.

10. G. Wicker - *Personne Morale Recueil*, Vis not. Association, Société : « la personne morale tirant son existence de l'acte constitutif du groupement, c'est à cet acte qu'il appartient de déterminer l'intérêt dont est en charge le groupement per-sonnifié ».

En ce sens, la notion d'intérêt propre à la société – telle que proposée par le rapport – n'est pas du tout incompatible avec la vision contractualiste de la société : l'intérêt de la société est un intérêt propre, unique, résultant de la conjonction des intérêts des associés par l'acte juridique qui la crée, cristallisant un intérêt propre de la société.

Pour autant, l'intérêt social s'il est propre à la société, n'est pas pour autant coupé des intérêts des associés, puisqu'il est le résultat de leur addition.

Il est simplement regrettable que par un tour de passe-passe conceptuel, les voix autorisées du rapport associent la thèse institutionnaliste¹¹ au développement à long-terme de la société, reléguant la thèse contractualiste au rang d'exécutoire infréquentable d'un supposé court-termisme actionnarial.

Sur l'obligation de prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux

Proposition du rapport : « La société doit être gérée (...) en considérant les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. (...) ».

L'obligation de « prise en considération » doit-elle s'entendre comme une obligation de moyen ou de résultat ? La différence est d'importance en ce qu'elle fonde la portée de l'obligation.

Dans le cas d'une obligation de moyen, la société, à travers son dirigeant, s'engagerait à fournir tous les efforts nécessaires pour essayer d'atteindre l'objectif de « prise en considération » de ces enjeux. Or, quelles seraient les tentatives jugées comme suffisantes ?

Dans le cas d'une obligation de résultat, la société serait contrainte d'atteindre un résultat précis et déterminé de « prise en considération » des enjeux sociaux et environnementaux.

11. Voir le débat théorique de la « société contrat » entre institutionnaliste et contractualiste (notamment Pr. Schmidt, contre la « société institution »).

Or, quel élément permettrait de juger si l'objectif de prise en considération de ces enjeux est rempli ?

Dans les deux cas, force est de constater que le juge aurait un pouvoir souverain pour trancher si oui ou non, la société s'est acquittée de cette nouvelle obligation. Par ailleurs, aucune définition du champ des « enjeux sociaux et environnementaux » n'est précisée.

Une définition en langage courant amènerait à la définition suivante : les enjeux sociaux et environnementaux seraient les objectifs à atteindre en matière sociale et environnementale. Ce qui nous ramène à la même question : quels seraient ces objectifs à atteindre ?

Ces objectifs sont d'ores et déjà retranscrits de façon juridique précise, par les textes spéciaux, qui prennent soin de définir précisément les obligations en découlant, pour ne pas citer notamment les 3142¹² pages du Code du travail, et les 3346 pages du Code de l'environnement¹³.

Par ailleurs, si par « enjeux sociaux » le rapport entend « pérennité » de la société, rappelons qu'ont d'ores et déjà été jugés fautifs pour un dirigeant de société les agissements suivants :

- décisions tendant au développement à outrance non conforme à la pérennité de la société.
- engagement de dépenses trop importantes au regard des ressources de la société.
- acceptation du mandat de dirigeant malgré un mauvais état de santé.

12. Nombres de page aux éditions Dalloz 2017.

13. Nombres de page aux éditions Dalloz 2018.

Sur la notion de « raison d'être »

Proposition du rapport : « (...) L'objet social peut préciser la raison d'être de l'entreprise constituée ».

« Raison d'être », une notion managériale plus que juridique : L'exemple de MICHELIN

« Offrir à chacun une meilleure façon d'avancer »

« Michelin innove depuis 1889 pour améliorer la mobilité des personnes et des biens, durablement. Leader technologique des pneumatiques pour toutes les formes de mobilité, le Groupe propose des services qui en augmentent l'efficacité et des offres qui font vivre à ses clients l'expérience unique de la mobilité Michelin. Il valorise son savoir-faire dans les matériaux de haute technologie.

« Parce que nous croyons que la mobilité est un fondement du développement humain, nous innovons avec passion pour la rendre toujours plus sûre, plus efficace, plus respectueuse de l'environnement. La qualité sans compromis est notre engagement et notre priorité au service de nos clients.

« Parce que nous croyons au développement personnel de chacun d'entre nous, nous voulons donner à tous les moyens d'exprimer le meilleur d'eux-mêmes et nous voulons faire une richesse de nos différences.

« Fiers de nos valeurs de respect des clients, des personnes, des actionnaires, de l'environnement et des faits, nous vivons ensemble l'aventure d'une meilleure mobilité pour tous. » »

Source : site internet de Michelin.

A titre liminaire, et comme relevé précédemment, le rapport entretient de nouveau la confusion entre les termes « société » et « entreprise ». La « raison d'être » se définirait, selon le rapport, comme ce qui est indispensable pour remplir les activités de la société. Elle viserait à guider la stratégie de la société.

Or, qu'est-ce que la « raison d'être » d'une société ? Selon le Professeur Jacques Barthélemy, citant l'ouvrage de Cynthia Montgomery *The Strategist*, la raison d'être est ce qui définit une société de la manière la plus fondamentale possible : pourquoi existe-t-elle ? Qu'est-ce qu'elle apporte vraiment à ses clients ? Qu'est-ce qui la distingue de ses concurrents ?

Il considère, dans un article publié par le Harvard Business Review, que cette « raison d'être » a dès lors deux objectifs pour les sociétés : répondre à un véritable besoin et les rendre uniques. Le problème fondamental, en l'espèce, est que cette notion n'a strictement aucune résonance juridique.

La notion serait reprise à l'article L.225-35 du Code de commerce qui serait ainsi rédigé : *« Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société en référence à la raison d'être de la société, et veille à leur mise en œuvre, conformément à l'article 1833 du Code civil ».*

Comme le souligne le Professeur Bruno Dondero, « on peut se demander si le développement de la « raison d'être » des sociétés va conduire à l'émergence d'une nouvelle profession, celle de psychanalyste pour personne morale¹⁴». Encore une fois, cette notion n'a strictement aucune résonance juridique.

Le rapport Senard-Notat mentionne d'ailleurs expressément : « la raison d'être pour une société est une indication qui mérite d'être explicitée sans pour autant que des effets juridiques précis y soient attachés » (page 49).

Or, comme le définit Henri Motulsky¹⁵, la règle de droit se compose

14. <https://brunodondero.com/2018/03/10/la-raison-detre-des-entreprises-rapport-notat-senard/>

15. Henri Motulsky : professeur et théoricien du droit (1905-1971) voir notamment Études et notes sur l'arbitrage, Dalloz, 2007 (rééd.) Études et notes de procédure civile, préf. Cornu et Foyer, Dalloz, 1973 Études et notes du droit international privé, Dalloz, coll. Ouvrages Thématiques, 2006 (rééd.) Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, Dalloz, 2002 (rééd.) Droit processuel, Montchrestien, 1973, Le droit subjectif et l'action en justice, Arch. philo. du droit, 1964, 215.

de deux éléments : la présupposition, qui est la détermination de la situation dans laquelle la règle s'applique, et la prescription, qui est l'effet juridique attaché à la situation précitée.

Rappelons également que depuis le 1^{er} septembre 2009¹⁶, les études d'impact des projets de loi doivent obligatoirement être présentées au Parlement avec le projet de loi. Cette réforme constitutionnelle a été adoptée suite au constat que trop de lois étaient adoptées sans avoir assez réfléchi préalablement aux effets juridiques et impactaient négativement sur la qualité et la quantité des dispositions législatives.

Le but est de mesurer les effets des projets de lois, afin de pouvoir en sanctionner l'insuffisance par un refus d'adoption.

L'effectivité du droit suppose de ne pas introduire des règles sans contenance qui, outre l'inflation législative qu'elles génèrent, seraient source d'insécurité juridique.

« Le positionnement d'une partie du patronat français en faveur de cette réforme traduit immanquablement une volonté de se servir du Code civil comme un support de communication. »

16. Loi constitutionnelle du 23 juillet 2008.

Cas pratiques : vers une judiciarisation disproportionnée des rapports entre « sociétés » et « parties prenantes ».

Le rapport s'est voulu rassurant en précisant qu'il s'agissait là d'un texte symbolique comportant toutes les précautions nécessaires afin d'éviter une judiciarisation dangereuse des relations entre les sociétés et les parties prenantes.

Il est faux de penser introduire des modifications touchant l'article fondateur du droit des sociétés, sans provoquer des conséquences juridiques. Dès lors, quels pourraient être les contentieux liés à la réécriture proposé par le rapport ?

A- Engagement de la responsabilité civile de la société pour violation de son obligation de prise en considération des enjeux sociaux ou environnementaux.

La société, personne morale sujet de droit, est responsable des faits dommageables qu'elle cause par l'intermédiaire de ses dirigeants. L'action judiciaire est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention¹⁷. Le droit d'agir du justiciable s'apprécie au jour de l'introduction de l'action judiciaire¹⁸.

- Concernant les enjeux sociaux

Le corps de règles qui vise aujourd'hui les « enjeux sociaux », est principalement le Code du travail, encadrant notamment les conditions de représentation, d'hygiène et de sécurité et de fin de la relation contractuelle.

17. Article 31 du Code de Procédure Civile.

18. En ce sens, notamment : Civ. 2ème 9 nov. 2006, n°05-13.484.

19. Suivant ordonnances adoptées le 22 septembre 2017 en Conseil des Ministres, et ratifiées par l'Assemblée Nationale le 28 novembre 2017.

A travers les règles juridiques précises du Code du travail, sont appréhendés les objectifs à atteindre en matière sociale.

Alors que le gouvernement considérait le Code du travail comme trop restrictif et néfaste à la croissance économique française (ce qui a justifié d'ailleurs, une réforme récente¹⁹), le nouvel article proposé permettrait d'aller au-delà des dispositions actuelles.

En effet, l'absence de définition des « enjeux sociaux » visés par le projet présenté, laisserait aux juges le pouvoir de faire entrer ou non des éléments dans ce périmètre. Est-ce réellement au pouvoir judiciaire de définir les objectifs à atteindre en matière sociale et environnemental ?

Prenons l'exemple d'une crèche au sein de la société. Un syndicat ou même un salarié, pourrait alors agir contre la société sur le fondement de la violation de l'article 1833 du Code civil, lui causant un préjudice économique.

La question qui se poserait au juge serait alors la suivante : la société doit-elle ouvrir une crèche pour les enfants de ses salariés, afin de s'acquitter de son obligation de prise en considération des enjeux sociaux ?

- Concernant les enjeux environnementaux

Les « enjeux environnementaux » sont dans notre droit pris en compte notamment par le Code de l'environnement, mais aussi par la Charte de l'environnement qui a valeur constitutionnelle.

Par exemple, les associations habilitées peuvent solliciter une indemnisation en justice, en particulier au titre du préjudice écologique²⁰. En effet, une peut réclamer la réparation des atteintes portées aux intérêts collectifs de ses membres²¹.

20. Voir notamment l'arrêt Crim. 22 mars 2016, no 13-87.650 rendu sur le fondement des articles L. 142-2 et L. 162-9 du Code de l'environnement.

21. Cette action est recevable, dans les limites de son objet social, même si le préjudice invoqué est antérieur à la date de sa constitution (Civ. 1re, 27 mai 1975). Ce courant, par la suite défini comme celui des Ligues de Défense, permet à une association d'agir en justice au nom d'intérêts collectifs autant que ceux-ci entrent dans son objet.

Le préjudice écologique consiste en l'atteinte directe ou indirecte portée à l'environnement et découlant de l'activité de la société.

Cette indemnisation se fonde sur les dispositions combinées du Code de l'environnement et sur les dispositions générales de l'article 1240 du Code civil qui prévoient une indemnisation totale du préjudice.

Ainsi, une association de défense d'un site historique peut agir aux fins d'obtenir la démolition d'une maison, pourtant éloignée du site à protéger. **Si demain la société doit être gérée « en prenant en considération les enjeux environnementaux » quelles en seront les limites ?**

Prenons l'exemple de l'empreinte environnementale. L'empreinte environnementale est la trace laissée par l'activité de la société sur l'écologie. Pourrait-on considérer sur le fondement du nouvel article 1833 du Code civil, que l'obligation de prise en considération des enjeux environnementaux implique que la société apporte la preuve qu'elle réduit bien au maximum son impact environnemental ?

L'incertitude de la situation légale est le pire ennemi de l'investissement et donc in fine de la croissance économique. Et ce pour une raison simple : pour investir, l'entrepreneur prend un risque économique et financier qu'il espère (pense) comprendre, connaître et maîtriser.

Cependant, s'il convient d'ajouter un risque juridique indéterminable avec précision dans l'équation que suppose l'innovation et la création d'une nouvelle société.

22. Par opposition, la responsabilité du dirigeant ne peut être engagée par un tiers que s'il commet une faute séparable de l'exercice de ses fonctions (faute intentionnelle, d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions). En effet, le dirigeant de la société est son représentant légal, autrement dit, son intermédiaire physique lui permettant de contracter avec les tiers.

23. N'est abusive la rupture que lorsque le dirigeant n'a pas été en mesure d'entendre les reproches qui lui sont faits ni de faire part de ses observations (En ce sens, notamment : Cour d'Appel de Paris 17 jan-vier 2003 n°02-3317). La jurisprudence a logiquement précisé que cette exigence ne s'appliquait que lorsque le capital de la société était détenu par plusieurs associés ayant un pouvoir décisionnel indépendant (en ce sens : Cour d'appel de Versailles 5 juin 2003 n°01/1923).

B- Extension de la responsabilité du dirigeant envers la société²²

A l'heure actuelle, selon le type de société et les prévisions statutaires, le dirigeant d'une société peut être révoqué par une décision collective prise en assemblée générale, soit sans motif (révocation dite « ad nutum »), soit sur juste motif.

Même lorsque la révocation peut intervenir sans motif, le dirigeant doit avoir été en mesure d'entendre les reproches qui lui sont faits sur sa gestion, et de répondre²³.

Par ailleurs, il est souvent prévu une clause dite de « golden parachute » qui octroie au dirigeant une indemnité en cas de révocation généralement sous condition de ne pas avoir commis de faute. Avec cette réforme, les associés pourraient reprocher au dirigeant de société de ne pas avoir pris en considération les enjeux sociaux et environnementaux dans sa gestion de la société.

Or, le texte étant flou, les dirigeants de société ne connaîtront pas le contenu de cette obligation. Ceci pourrait générer une baisse de la prise d'initiative provoqué par la menace qui pèsera sur le dirigeant de se voir reprocher ensuite par les associés d'avoir violé le nouvel article 1833 du Code civil.

PARTIE 3

Proposition de réforme conforme à la sécurité juridique

Les termes du débat, tels que posés dans le rapport Senard-Notat sont galvaudés et reposent sur une analyse biaisée des mécanismes les plus élémentaires du droit des sociétés et du fonctionnement des marchés financiers.

Alors que les efforts du gouvernement pour le redressement économique du pays sont manifestes, laisser prospérer l'idée que la société poursuit des fins propres étrangères à celles des preneurs de risques (les entrepreneurs et pourvoyeurs de capitaux) relève d'un incompréhensible sabotage.

La modification voulue par le rapport Senard-Notat de l'article 1833 du Code civil toucherait toutes les formes existantes, sans considération de la forme sociale. Cette disproportion sera une source majeure d'incertitude dès lors qu'il a été démontré que la modification proposée n'aura rien de bénigne car elle encouragera des procédures en responsabilité contre les sociétés ou les diri-geants. L'impact sur le climat des affaires se révélera désastreux.

Comparaison internationale : une conception stricte de l' « intérêt social ».

Par **Louis Tandonnet**

Suivant l'avis de Portalis, l'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquence. Pour cela le législateur doit prendre de la hauteur et voir loin et savoir tirer de l'expérience et des autres systèmes juridiques les enseignements et conclusions qui s'imposent :

- **Aux États-Unis**, les juges ont une conception conservatrice et libérale de la définition de l'intérêt social. C'est la célèbre position américaine résumée dans l'arrêt Cour suprême du Michigan, *Dodge v. Ford Motor Co.*, 170 N.W. 668, de 1919. La Cour juge alors qu'une société « *est organisée et vise prioritairement le profit de ses associés. Les pouvoirs des administrateurs doivent être utilisés à cette fin. Leur marge discrétionnaire*

doit être exercée quant aux choix des moyens d'atteindre une telle fin et ne peut s'étendre à d'autres objectifs. »

- **De nombreux pays européens** (comme la Finlande, la Roumanie ou la Pologne par exemple) retiennent une conception stricte de l'intérêt social obligeant les dirigeants à exercer leurs fonctions dans l'intérêt des actionnaires.

- **La Cour de Cassation Belge** dans son arrêt du 28 novembre 2013, C.12.0549.N : « l'intérêt social est déterminé par le but de lucre collectif des associés actuels et futurs de la société ».

- **La Cour Suprême du Canada** (2004 CSC 68, Magasins à rayons Peoples Inc. (Syndic de) c. Wise) dans laquelle la Cour indique « (...) qu'il ne faut pas interpréter l'expression « au mieux des intérêts de la société » comme si elle signifiait simplement « au mieux des intérêts des actionnaires » (...) pour déterminer s'il s'agit au mieux des intérêts de la société, il peut être légitime pour le conseil d'administration, vu l'ensemble des circonstances dans un cas donné, de tenir notamment compte des intérêts des actionnaires, des employés, des fournisseurs, des créanciers, des consommateurs, des gouvernements et de l'environnement. » / vs philosophie des juristes canadiens : considèrent que l'intérêt social peut regrouper ceux « des employés, des fournisseurs, des créanciers, des consommateurs, des gouvernements et de l'environnement » mais une limite est posée pour permettre l'efficacité et la bonne marche de l'ensemble du système : « *l'intérêt social implique le respect de la primauté de l'actionnaire en l'absence de solution nette.* »

Proposition pour une réécriture des articles 1832 et 1833 du Code civil.

Par **Violaine de Filippis**

1/ Abandonner la modification de l'article 1833 du Code civil

Comme il a été démontré, la réforme proposée introduirait une insécurité juridique contraire à l'objectif porté par le projet de loi PACTE.

2/ Modifier la proposition de réécriture portée par le rapport afin de la sécuriser

Si on s'attache à tenir compte de la problématique soulevée par le rapport – à savoir la crise de confiance vis-à-vis des sociétés et la nécessité de retranscrire l'existence de normes sociales et environnementales – sans ouvrir de risques juridiques, voici la version qui aurait pu être proposée (cette version incluant une simplification pour les sociétés unipersonnelles) :

Article 1832 : La société est créée par une ou plusieurs personnes qui conviennent par un acte juridique d'affecter à une activité commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes.

Article 1833 : Toute société doit avoir un objet licite et être dirigée conformément à son intérêt propre, dans le respect des règles d'ordre public environnementales et sociales.

— GENERATION LIBRE

La raison d'être du think tank.

Tocqueville déplorait déjà, dans *L'Ancien Régime et la Révolution*, « l'effrayant spectacle » des philosophes français, coupés du reste de leurs semblables, ignorants de la vie de la Cité, aveugles au reste du monde. « Même attrait pour les théories générales, les systèmes complets de législation et l'exacte symétrie dans les lois ; même mépris des faits existants ; même confiance dans la théorie. »

A l'inverse, les politiques restent bien souvent détachés de toute réflexion philosophique, en se reposant trop exclusivement sur l'administration pour imaginer les projets de réformes.

« C'est donc à mieux marier théorie et pratique, principes philosophiques et action politique, que doivent travailler les think tanks »

Sur le fondement d'une doctrine claire, ils rassemblent les compétences d'experts pour décliner des idées parfois inhabituelles en politiques publiques précises et chiffrées. S'agissant du revenu universel par exemple, GenerationLibre s'est emparé d'un concept puissant mais très abstrait pour élaborer une proposition économiquement viable sous la forme d'un impôt négatif.

Il est heureux que les think tanks jouent un rôle croissant sur la scène publique française. Au-delà des convictions de chacun, c'est la garantie d'un débat riche et informé sur les grands sujets de notre temps.

ACTIONS

Notre combat quotidien.

Nos objectifs.

- 1.** **Vivre et laisser vivre**, pour permettre à chacun de définir ses propres valeurs dans une société ouverte.
- 2.** **Briser les rentes**, parce que la libre concurrence des échanges comme des idées est le meilleur moyen de contester l'ordre établi.
- 3.** **Penser le progrès**, pour que les innovations technologiques demeurent au service de l'individu.

Nos dernières publications.

- « Redéfinir le contrat de travail : de la subordination à la coopération », janvier 2017
- « LIBER, une proposition réaliste, tome II », janvier 2017 ;
- « Le sexe et l'Etat : de l'indisponibilité à la libre détermination », juin 2017 ;
- « Retrouver l'Europe, pour un Etat minimal européen », chapitre I, avril 2017 ;
- « Schumpeter et les robots, le cas de la France », novembre 2017.

—— NOUS SOUTENIR

Soutenir de nouvelles idées.

GenerationLibre est un think tank fondé en 2013 par le philosophe Gaspard Koenig. Son financement repose exclusivement sur la générosité de ses membres, seule garantie de sa liberté de ton et de son indépendance. Il refuse toute subvention publique et n'effectue aucune activité de conseil.

Nous écrire, nous rencontrer.

GenerationLibre
24, rue Saint-Lazare
75009 Paris
contact@generationlibre.eu

www.generationlibre.eu