



Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises (PACTE)

**Document de travail
relatif à l'article 61 du projet de loi**

20 juillet 2018

PROPOSITIONS ET EXPOSE DES MOTIFS

Contacts :

Swann BOMMIER
s.bommier@ccfd-terresolidaire.com
06.69.33.49.76

Sandra COSSART
sandra.cossart@asso-sherpa.org
06.10.77.77.28

Introduction

Le projet de loi PACTE évoque dans le tout premier paragraphe de l'exposé des motifs que l'un des objectifs poursuivis est d'opérer une "transformation du modèle d'entreprise français pour l'adapter aux réalités du 21ème siècle". Un chapitre entier vise à instaurer "des entreprises plus justes" et contient une section spécifique pour "repenser la place des entreprises dans la société". L'article 61 propose alors de modifier le code civil et le code de commerce pour répondre à cette ambition.

En l'état, les propositions avancées par le gouvernement dans son article 61 pour modifier les 1833 et 1835 du Code civil, et l'article L.225-35 du code de commerce, tout en laissant inchangé l'article 1832, ne répondent pas aux attentes des citoyens et à l'ambition générale de la loi à repenser la place des entreprises dans la société.

En effet, le gouvernement admet lui-même que l'ambition initiale de "repenser la place des entreprises dans la société" a été revue à la baisse. Dans son étude d'impact, le gouvernement reconnaît tout d'abord que, *"en ce qui concerne la modification visant à consacrer la notion jurisprudentielle d'intérêt social, au sein de l'article 1833 du code civil, l'impact juridique devrait être nul"*. Puis il est précisé que *"en ce qui concerne l'ajout, à l'article 1833 susmentionné, du principe d'une « prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux » de l'activité d'une société lors de sa gestion, précisé dans les modifications opérées dans le code de commerce, l'impact juridique devrait être limité"*

Les défis économiques, sociaux, environnementaux et politiques soulevés par le changement climatique, la perte de biodiversité, l'éclatement des chaînes de valeur et la financiarisation de l'économie invitent à fonder le cadre juridique qui s'applique aux sociétés sur des bases autres que les timides et très limitées propositions émanant du gouvernement. Nous proposons donc plusieurs pistes pour que l'article 61 de la loi PACTE soit à la hauteur des ambitions affichées.

Nos propositions

Article 1832

Version 1

« La société est instituée par une ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie et de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter »

Version 2

« La société est instituée par une ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie. Ces personnes peuvent partager le bénéfice ou profiter de l'économie qui pourra en résulter »

Article 1833

Version 1

« Toute société doit avoir un objet licite et être gérée dans son intérêt social en prenant en compte les conséquences sociales et environnementales de ses activités tout au long de la chaîne de valeur »

Version 2

« Toute société doit avoir un objet licite et être gérée dans l'intérêt commun des associés et des parties prenantes, en prenant en compte les conséquences sociales et environnementales de ses activités tout au long de la chaîne de valeur »

A la suite de la révision de l'article 1835, modifications de l'article L225-35 et al.

« Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société en référence à la raison d'être de l'entreprise, et veille à leur mise en œuvre, conformément à l'article 1833 du Code civil. [...] »

Article 1832

Version Code Civil (pas modifié par Loi Pacte)

« 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 »

Pourquoi modifier cet article?

L'article 1832, en instituant le fait que le contrat de société se forme "*en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter*", ramène la société à une finalité exclusivement pécuniaire, en faisant de la recherche du profit l'unique objectif légalement reconnu à la société. Conserver l'article 1832 en l'état introduit une contradiction avec le projet de réforme de l'article 1833: la société ne peut pas être seulement tournée vers le profit et en même temps s'intégrer harmonieusement dans un écosystème social et environnemental.

Cette conception du contrat de société est de surcroît en total déphasage avec les entreprises de l'économie sociale et solidaire, les sociétés coopératives, les sociétés coopératives de production, ou encore les sociétés coopératives d'intérêt collectif, qui sont fondées sur d'autres principes.

Il paraît donc essentiel de modifier cet article, qui est en total décalage avec l'aspiration de nombreux entrepreneurs à contribuer à l'intérêt général, et avec les attentes que la société civile porte pour modifier le cadre réglementaire dans lequel les entreprises évoluent.

Notre proposition de modification de l'article 1832, dans ses versions 1 ou 2, permettrait d'ouvrir la finalité de la société à d'autres objectifs que le profit. Cette redéfinition ne ferait que mettre en conformité le texte avec l'état actuel du droit positif, car comme le rappelle le Conseil d'Etat dans son avis sur la loi PACTE, "*le droit positif ne réduit pas le contrat de société à ce seul objectif*".

Si le constat est clair, le Conseil d'Etat n'en tire pas les conséquences attendues, et soutient ensuite le gouvernement dans sa décision de ne pas modifier cet article notant "*qu'indépendamment même de l'existence de législations sectorielles qui peuvent par exemple conduire des sociétés commerciales à poursuivre : 'Un but (...) autre que le seul partage des bénéfices' (article 1er de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire), nombre d'entreprises de droit français ont d'ores et déjà choisi d'agir en ce sens, sans que le code civil y fasse obstacle*".

Ainsi, parce que le Code Civil ne “ferait pas obstacle” aux évolutions du droit positif, il conviendrait de le laisser en l’état. Le rôle du Code Civil n’est pourtant pas de proposer un cadre normatif à minima, mais bien de poser les grands principes qui rendent compte de la réalité juridique de son époque et qui vont permettre d’organiser les conduites. C’est d’ailleurs animé par cette volonté que le législateur a entamé une recodification de la partie relative à la responsabilité civile, en cours d’adoption. C’est également pour la même raison que, dans le même projet de loi, le gouvernement propose de changer l’article 1833 “*puisque’il ne s’agit que de reprendre explicitement une notion actuellement appliquée par la jurisprudence suivie dans ces matières*”.

Version 1 proposée

« La société est instituée par une ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d’affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie et de partager le bénéfice ou de profiter de l’économie qui pourra en résulter. »

Exposé des motifs

Le changement du ‘en vue’ par ‘et’ permet d’ouvrir la finalité de l’entreprise à autre chose que le profit et le partage des bénéfices. Le caractère lucratif de l’activité n’est plus la seule finalité de la création de société.

La substitution du ‘en vue’ par le ‘et’ permet également de garder la dichotomie établie par le droit français entre ce qui relève du statut d’association et du statut de la société. Le ‘partage des bénéfices’ reste la spécificité des sociétés, au contraire des associations, qui sont établies ‘dans un but autre que de partager des bénéfices’ (loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d’association).

Version 2 proposée

« La société est instituée par une ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d’affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie. Ces personnes peuvent partager le bénéfice ou profiter de l’économie qui pourra en résulter »

Exposé des motifs

Substitution du ‘en vue’ par une seconde phrase. Ceci permet de distinguer le contrat visant à établir une entreprise commune de la question des modalités lucratives afférentes à ce contrat.

Le verbe ‘pouvoir’ (‘peuvent’) est utilisé pour rendre compte des multiples modalités de partage du bénéfice qui existent aujourd’hui. Par exemple, le partage de bénéfices dans une société coopérative diffère très nettement de celui des sociétés anonymes. Cette version conserve toujours la distinction avec les associations, qui sont établies ‘dans un but autre que de partager des bénéfices’.

Le choix du verbe ‘pouvoir’ vient de son usage fréquent dans des dispositions relatives au droit des sociétés dans le Code civil et dans des articles de loi traitant des modalités de partage des bénéfices dans les sociétés coopératives:

- L’article 1832 du Code civil évoque en effet que *“la société peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l’acte de volonté d’une seule personne”*.
- L’article 1832-1 du Code civil dispose également que *“deux époux seuls ou avec d’autres personnes peuvent être associés dans une même société et participer ensemble ou non à la gestion sociale”*.
- L’article 1837 du Code civil note, à propos des différentes manières dont on acquiert la propriété, que *“les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire (...)”*.
- L’article 16 de la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 sur les sociétés portant statut de la coopération évoque, à propos de la capitalisation des parts sociales, que *“les statuts de la coopérative peuvent autoriser l’assemblée générale à incorporer au capital des sommes prélevées sur les réserves et à relever en conséquence la valeur des parts sociales ou à procéder à des distributions de parts gratuites”*.
- L’article 17 de cette même loi du 10 septembre 1947 affirme également que *“les statuts peuvent prévoir qu’en cas d’insuffisance des résultats d’un exercice, les sommes nécessaires pour parfaire l’intérêt statutaire afférent à cet exercice seront prélevées soit sur les réserves, soit sur les résultats des exercices suivants, sans toutefois aller au delà du quatrième”*.

Article 1833

Version Code Civil

«Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés »

Version modifiée par Loi Pacte

*« Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés.
La société est gérée dans son intérêt social et en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité »*

Pourquoi modifier cet article?

Le rapport rédigé par Nicole Notat et Jean-Dominique Senard sur “l’entreprise, objet d’intérêt collectif” a permis au gouvernement de se saisir de la question de la légitimité de l’action menée par les entreprises. Comme le note ce rapport, “l’action légitime de l’entreprise ne se réduit alors pas uniquement au respect d’un cadre légal. C’est également la recherche d’un intérêt collectif à son échelle, à la recherche d’un arbitrage entre les personnes et groupe y prenant part, à la limitation éventuelle de son profit pour ne pas contredire sa raison d’être, pour réaliser une création de valeur plus durable et qui ne se fasse pas aux dépens du patrimoine naturel par exemple”.

Si le gouvernement a proposé une modification de l’article 1833 du Code civil en conséquence, nous considérons que cette proposition doit être améliorée afin de prendre en compte de façon plus explicite le droit positif relatif à la responsabilité des entreprises, que ce soit la loi française sur le devoir de vigilance, la définition de la RSE de la Commission européenne, les Principes directeurs de l’OCDE à l’intention des entreprises multinationales, ou encore les Principes directeurs des Nations-Unies sur les entreprises et les droits humains.

Version 1 proposée

« Toute société doit avoir un objet licite et être gérée dans son intérêt social en prenant en compte les conséquences sociales et environnementales de ses activités tout au long de la chaîne de valeur »

Exposé des motifs

Suppression de la mention de constitution dans l'intérêt commun des associés, déjà induit par la gestion 'dans l'intérêt social' de la société. Comme le souligne le rapport Notat-Senard, l'entreprise est un objet d'intérêt collectif, et ne peut donc être constituée dans l'intérêt exclusif de ses associés. L'intérêt commun des associés lors de la constitution et de la gestion de la société doit s'inscrire dans le cadre plus large de l'intérêt social de la société.

Cette modification ne fait qu'entériner dans le Code Civil ce que la jurisprudence a déjà consacré. En effet, comme le Conseil d'Etat le rappelle dans son avis sur le projet de loi, c'est bien l'intérêt social de la société qui prime: "*Le Conseil d'Etat constate que l'inscription dans le code civil de la notion d'intérêt social' a uniquement pour objet de consacrer par la loi la jurisprudence de la Cour de cassation qui entend préserver l'intérêt fondamental de la société considérée comme personne morale, indépendamment de l'intérêt des associés, (Cass. crim. 27 octobre 1997, n° 96-83.698).*"

Substitution de 'prendre en considération les enjeux' par 'prendre en compte les conséquences'. Cette formulation est plus concrète et quantifiable que l'expression de 'considération des enjeux', qui reste floue juridiquement, sans toutefois induire une obligation de résultats.

Ajout de 'tout au long de la chaîne de valeur' permet de prendre en compte la nouvelle définition de la RSE que donnent l'ONU, l'OCDE, la Commission Européenne et la loi française sur le devoir de vigilance. Dans ces divers textes internationaux et dans la loi française, la responsabilité encourue par la société pour les effets négatifs de son activité doit être comprise dans la perspective d'un processus de création de richesse qui implique ses filiales, ses sous-traitants ou ses fournisseurs "avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie" (loi française n°2017-399 du 27 mars 2017 sur le devoir de vigilance). C'est cette notion que nous résumons par le terme usité de 'chaîne de valeur'.

Version 2 proposée

« Toute société doit avoir un objet licite et être gérée dans l'intérêt commun des associés et des parties prenantes, en prenant en compte les conséquences sociales et environnementales de ses activités tout au long de la chaîne de valeur »

Exposé des motifs

Substitution de ‘l’intérêt social’ par ‘l’intérêt commun des associés et parties prenantes’. Ceci permet de définir précisément le terme jurisprudentiel d’intérêt social. En effet, dans son avis sur le projet de loi, le Conseil d’Etat note que le gouvernement “prend le parti de ne pas définir cette notion” d’intérêt social.

En 1995, dans un rapport pour le MEDEF et l’AFEP relatif aux conseils d’administration des sociétés cotées, Marc Viénot a défini l’intérêt social comme *“l’intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c’est-à-dire de l’entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant des fins propres, distinctes de celles de ses actionnaires, de celles de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur intérêt commun, qui est d’assurer la prospérité et la continuité de l’entreprise”*.

Depuis plusieurs années, cet ‘intérêt commun’ auquel se réfère Marc Viénot est compris comme ‘l’intérêt commun des associés et des parties prenantes’. Ce terme de ‘partie prenante’ figure dans la loi française n°2017-399 du 27 mars 2017 sur le devoir de vigilance, et est un terme institué depuis 2011 par la Commission européenne dans son document portant sur la “responsabilité sociale des entreprises: une nouvelle stratégie de l’UE pour la période 2011-2014”.

Cette formulation permet donc de substantifier ‘l’intérêt social’, qui reste vague, en rappelant que la société doit intégrer des acteurs multiples dans sa gestion.

Article 1835 et déclinaison dans le Code de commerce

Version Code Civil

« Les statuts doivent être établis par écrit. Ils déterminent, outre les apports de chaque associé, la forme, l'objet, l'appellation, le siège social, le capital social, la durée de la société et les modalités de son fonctionnement »

Ajout proposé dans la Loi Pacte

« Les statuts peuvent préciser la raison d'être dont la société entend se doter dans la réalisation de son activité »

Pourquoi modifier cet article?

Tout d'abord, force est de constater que rien aujourd'hui n'empêche l'inscription d'une telle raison d'être.

Si les parlementaires conservent l'option de maintenir la raison d'être sous une forme facultative pour **toutes** les sociétés, cela devrait être **obligatoire** pour les sociétés dotées d'un Conseil d'administration, d'un Conseil de surveillance, d'un directoire, d'un conseil, ou d'un organe stratégique similaire.

En tout état de cause, l'inscription d'une telle raison d'être n'aurait de sens que si les articles 1832 et 1833 sont modifiés pour ouvrir la société à d'autres finalités que le profit, et pour réellement prendre en compte, dans l'intérêt commun des associés et des parties prenantes, les conséquences sociales et environnementales de leur activité tout au long de leur chaîne de valeur.

En effet, il nous semble bien plus pertinent de se concentrer, à ce stade, non pas sur la création de nouveaux « marchés de la vertu », mais sur l'évolution de l'ensemble des sociétés vers une meilleure prise en compte de leurs responsabilités économiques, sociales, sociétales, environnementales et politiques.

Proposition de modification pour les articles L225-35 (et, sur ce modèle, modifier, L225-68, et autres articles relatifs aux organes stratégiques des autres types de société, conformément à la recommandation 2 du rapport Notat-Senard)

« Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société en prenant en compte la raison d'être de l'entreprise, et veille à leur mise en œuvre, conformément à l'article 1833 du Code civil. [...] »

Modifier en conséquence l'article L225-68, et autres articles relatifs aux organes stratégiques des autres types de société

Exposé des motifs

Le rapport Notat-Senard fait état d'une telle disposition, et ce afin que les entreprises cotées, soumises à une pression financière accrue, puissent développer et expliciter une vision et une stratégie de long-terme. Cette raison d'être doit être obligatoire pour toutes les sociétés dotées d'un organe stratégique, que ce soit un conseil, un directoire, un conseil d'administration, un conseil de surveillance, ou autre.