

Rapport aux Ministres
de la Transition écologique et solidaire,
de la Justice,
de l'Économie et des Finances
du Travail

9 mars 2018

L'entreprise, objet d'intérêt collectif

Nicole NOTAT et Jean-Dominique SENARD
avec le concours de Jean-Baptiste Barfety,
Inspecteur des affaires sociales



Par une lettre du 11 janvier 2018, les Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances, ainsi que du Travail nous ont chargés d'une mission sur l'entreprise et l'intérêt général. L'un d'eux a ramassé en une formule l'esprit qui devait guider la rédaction du rapport : « audace et responsabilité ». Nous avons fait nôtre cette ligne directrice.

Nous tenons à remercier les 200 personnes qui ont accepté de partager leur vision et leurs connaissances en vue de ce rapport : chefs d'entreprise - grandes comme petites, françaises comme étrangères, des secteurs privé, public et de l'ESS – organisations représentatives ; chercheurs et praticiens du droit ; investisseurs ; ONG ; administrations ; élus, etc. **Lors de ces auditions, nous avons été frappés par le niveau élevé des attentes suscitées par la mission, et par la richesse des contributions.**

*

Un constat : le court-termisme et la financiarisation pèsent sur la vie de l'entreprise

Les auditions ont confirmé le besoin d'une réflexion sur l'entreprise, dans un contexte de financiarisation de l'économie et de court-termisme de certains investisseurs. Le détenteur provisoire de capital n'a plus grand-chose à voir avec la figure de l'associé, visé par le Code civil de 1804.

Ces témoignages étaient souvent replacés dans une perspective historique de notre continent. L'économie européenne s'est illustrée par un caractère « social » et « responsable », selon les observateurs. Dans ce modèle économique institutionnel et intermédié, l'entreprise tient une place importante. En France, les Caisses d'Épargne, « organismes privés d'utilité publique », les mutuelles et les coopératives sont quelques exemples de l'ancienneté de cette réflexion sur la poursuite par l'entreprise d'un intérêt collectif, réflexion qui ne se réduit pas à ces statuts.

A ce modèle économique d'Europe continentale est souvent opposé le capitalisme anglo-saxon, désintermédié et financiarisé, qui donne une place plus centrale au rôle du marché, ainsi que le capitalisme autoritaire qui émerge dans certains pays. Les « responsabilités fiduciaires » des dirigeants en droit américain sont ainsi interprétées par la plupart des juristes comme incitant à maximiser la valeur du capital pour les actionnaires.

Bien que cette obligation n'existe pas en droit français, la présence de fonds anglo-saxons au capital des entreprises françaises, le « benchmark » systématique de leurs performances financières avec celles d'entreprises soumises à ces exigences de maximisation, et le recours aux bonus en fonction de critères principalement financiers ont renforcé, de l'avis des personnes auditionnées, une certaine « dictature » du court-terme et des résultats financiers, une « prise du pouvoir par les actionnaires » à partir des années 1980. Depuis la crise de 2008, le rôle croissant consenti aux financiers « activistes » ainsi que le trading à haute fréquence sont des tendances nouvelles qui ont renforcé cette perception.

Une conviction : l'entreprise a une raison d'être et contribue à un intérêt collectif

Le rôle premier de l'entreprise n'est pas la poursuite de l'intérêt général, mais des attentes croissantes à l'égard des entreprises sont régulièrement exprimées, avec l'essor des défis environnementaux et sociaux. Le concept de « parties prenantes » – c'est-à-dire les personnes et les groupes qui subissent un risque du fait de l'activité de l'entreprise – est fréquemment évoqué pour susciter une prise de conscience par l'entreprise des impacts de son activité. Au-delà de ces tiers prenant part à l'entreprise, la conviction portée par ce rapport est que le gouvernement d'entreprise lui-même doit incorporer ces considérations dans sa stratégie. Il convient pour cela que chaque entreprise prenne conscience de sa « raison d'être ».

Une entreprise se crée seulement si elle répond à un besoin spécifique et elle perdure seulement si elle maintient une dynamique d'invention, d'innovation et de création collective. Elle contribue à un ensemble économique et social, en constituant un réseau de clients, de fournisseurs ou de sous-traitants, en s'insérant dans un écosystème, etc.

Chaque entreprise a donc une raison d'être non réductible au profit. C'est d'ailleurs souvent lorsqu'elle la perd que les soucis financiers surviennent. De même que la lettre schématise l'esprit, le chiffre comptable n'est qu'un révélateur d'une vitalité de l'entreprise qui se joue ailleurs. La raison d'être se définit comme ce qui est indispensable pour remplir l'objet social, c'est-à-dire le champ des activités de l'entreprise. Elle est à l'entreprise ce que *l'affectio societatis*, bien connu des juristes, est aux associés : une volonté réelle et partagée. Si quelques-uns pourraient être tentés d'en faire un objet marketing, la raison d'être fournira à la plupart des conseils d'administration un guide pour les décisions importantes, un contrepoint utile au critère financier de court-terme, qui ne peut servir de boussole.

Les entreprises considèrent déjà leurs enjeux sociaux et environnementaux

La France compte en Europe et au niveau mondial, parmi les pays pionniers de la responsabilité sociale et environnementale des entreprises (RSE). La démarche RSE exprime une ambition : celle de voir le gouvernement des entreprises intégrer dans ses réflexions et ses décisions les conséquences que ses activités font peser sur l'environnement et les droits fondamentaux. Dès 2001, la loi sur les nouvelles régulations économiques (NRE) demandait à l'ensemble des sociétés cotées de publier dans leur rapport de gestion annuel des informations sociales et environnementales. Cette impulsion a été approfondie et étendue par la loi « Grenelle II » du 12 juillet 2010, si bien que les sociétés françaises sont aujourd'hui parmi les plus transparentes au monde en la matière. Cette combinaison de comportements volontaires, de transparence organisée et de « *name and shame* » (dénoncer et blâmer), devait entraîner toutes les entreprises.

Ces développements depuis quinze ans ont contribué à une évolution favorable de la relation entre l'entreprise et la société française. Les citoyens ont commencé à y voir un plus grand engagement de la part des entreprises et les chefs d'entreprises, un élément de compétitivité durable.

L'image de l'entreprise est dépréciée par rapport à ce qu'elle pourrait être

L'entreprise est vue comme faisant partie des problèmes sociaux et environnementaux posés à nos contemporains. La lecture de la presse et la consultation de sondages suffisent à s'en convaincre. Une récente enquête rappelle le chemin à parcourir : interrogés sur les mots qui caractérisent le mieux leur état d'esprit vis-à-vis des entreprises, les Français sondés citent la méfiance, qui arrive en tête. Cette méfiance risque de durer tant que la représentation officielle figurera une entreprise libre et irresponsable au sein de l'espace de légalité défini par la puissance publique. La RSE reste ainsi parfois considérée comme un affichage, un supplément d'âme, ou un exercice formel de conformité à une grille de questions.

Pourtant les nombreuses attentes qui s'expriment à l'égard de l'entreprise montrent que cette image n'est pas définitive et ne peut que s'améliorer, à mesure des engagements. Ces attentes expriment une aspiration à placer la RSE au cœur de la stratégie de l'entreprise, et au cœur du droit des sociétés. Dans un pays et un continent de droit civiliste, dans lequel la source principale du droit est la loi et non la jurisprudence, la modification de la loi est centrale et est pourvue d'une force symbolique, ce qui explique une telle demande.

Un droit des sociétés perçu comme décalé avec la réalité des entreprises et des attentes

L'idée est apparue à partir de 2009¹ que la définition de la société dans le Code civil et son objet social, devaient être modifiés pour donner à l'entreprise une substance non réductible au profit. La rédaction de ces articles remontant, sauf ajustements accessoires, à 1804, elle a pu paraître décalée à certains. Le Code civil ne peut évidemment être tenu responsable de comportements de maximisation du profit, mais la véritable question est plutôt de savoir si ce texte pourrait prévenir et limiter de telles conduites dommageables.

La société anonyme a été « le merveilleux instrument du capitalisme »². La société anonyme de 1807, autorisée par décret en Conseil d'Etat, n'a cependant plus grand-chose à voir avec la grande société cotée, dotée de sociétés filiales à l'étranger et à la tête d'un groupe composé, même en France, de montages juridiques nécessitant une multitude de sociétés. L'industrialisation et l'internationalisation sont passées par là. Le contrat de louage de service a cédé sa place au contrat de travail. Le travail n'est plus traité comme une fourniture parmi d'autres. Il existe depuis la fin du XIXe siècle une relation de subordination qui ne correspond plus aux canons de l'égalité des parties contractantes du Code civil, et a donné lieu au Code du travail à partir du début du XXe siècle. L'entreprise comme institution est alors née et elle ne se réduit pas à une somme de contrats, à une confrontation d'offre et de demande. Et pourtant les articles du Code civil sont demeurés tels quels, si bien que l'entreprise serait pour certains « prisonnière » de la société commerciale.

¹ Par exemple : *La Nouvelle Économie sociale : Pour réformer le capitalisme*, de Daniel Hurstel, Odile Jacob, 2009 ou *Vingt propositions pour réformer le capitalisme*, sous la direction de Gaël Giraud et Cécile Renouard, Flammarion, 2012.

² Georges Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1946, p. 106.

L'entreprise et son droit, une partie de la solution

L'entreprise constitue une partie de la solution, c'est la conviction portée par le présent rapport. Redonner de la substance à l'entreprise, l'amener à réfléchir à sa raison d'être est dans notre esprit le moyen d'amener la grande entreprise à faire à une échelle mondiale ce que la petite fait souvent, du fait de son insertion dans un territoire et dans un contexte de fort *intuitu personae*.

Si l'Economie sociale et solidaire (ESS) a constitué une « troisième voie » entre l'action publique et l'économie de marché, il semble qu'une autre voie puisse se dessiner, celle d'une économie responsable, parvenant à concilier le but lucratif et la prise en compte des impacts sociaux et environnementaux.

Les attentes de nos contemporains, l'héritage d'une conception européenne de l'entreprise et la comparaison avec nos partenaires anglo-saxons, qui ont eux-mêmes pris conscience des défis posés à l'entreprise, alors qu'elle correspond moins à leur propre modèle, tout cela nous conduit à penser que le statu quo n'est plus possible aujourd'hui et qu'il convient de consacrer dans notre droit la dynamique de la responsabilité sociale des entreprises.

Cette voie doit être empruntée par les entreprises dans leur ensemble, à des rythmes cependant différents. Il s'agit donc à la fois de proposer une évolution normative légère pour toutes, et d'offrir des options pour que les entreprises à la recherche d'une exemplarité dans ce domaine puissent aller plus loin.

Cinq recommandations d'ordre législatif

Recommandation n°1 : ajouter un second alinéa à l'article 1833 du Code civil : « [...] *La société doit être gérée dans son intérêt propre, en considérant les enjeux sociaux et environnementaux de son activité.* »

Aucune société, même une société civile immobilière, ne peut faire complètement abstraction des enjeux sociaux et environnementaux de son activité. Cette écriture consacre un mouvement enclenché par les entreprises elles-mêmes. La référence à l'intérêt propre clarifie les interprétations de l'intérêt social : il ne peut se réduire aux intérêts particuliers des associés.

Recommandation n°2 : confier aux conseils d'administration et de surveillance la formulation d'une « raison d'être » visant à guider la stratégie de l'entreprise en considération de ses enjeux sociaux et environnementaux.

L'article L225-35 du Code de commerce serait ainsi complété des mots soulignés : « 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 ». Cette rédaction devra être déclinée pour les conseils de surveillance, les mutuelles, les coopératives, les SAS dotées d'un conseil, etc.

La raison d'être exprime ce qui est indispensable pour remplir l'objet de la société. Cet « objet social » étant devenu un inventaire technique, il est nécessaire de ramasser en une formule ce qui donne du sens, à l'objet collectif qu'est l'entreprise. C'est un guide pour déterminer les

orientations stratégiques de l'entreprise et les actions qui en découlent. Une stratégie vise une performance financière mais ne peut s'y limiter. La notion de raison d'être constitue en fait un retour de l'objet social au sens premier du terme, celui des débuts de la société anonyme, quand cet objet était d'intérêt public. De même qu'elle est dotée d'une volonté propre et d'un intérêt propre distinct de celui de ses associés, l'entreprise a une raison d'être.

Recommandation n°6 : renforcer le nombre des administrateurs salariés dans les conseils d'administration ou de surveillance de plus de 1000 salariés partir de 2019, à deux salariés à partir de 8 administrateurs non-salariés et trois salariés à partir de 13 administrateurs non-salariés.

Cette rédaction devra être déclinée dans les mutuelles, et si possible aux SAS dotées d'un conseil.

Règle actuelle		Nouvelle règle proposée	
Nombre d'administrateurs hors salariés	Nombre d'administrateurs salariés	Nombre d'administrateurs salariés	Taille du conseil (administrateurs salariés & non-salariés)
4	1	1 administrateur salarié	5
5	1	1 administrateur salarié	6
6	1	1 administrateur salarié	7
7	1	1 administrateur salarié	8
8	1	2 administrateurs salariés	10
9	1	2 administrateurs salariés	11
10	1	2 administrateurs salariés	12
11	1	2 administrateurs salariés	13
12	2	2 administrateurs salariés	14
13	2	3 administrateurs salariés	16
14	2	3 administrateurs salariés	17
15	2	3 administrateurs salariés	18

Les salariés dans ces conseils apportent une contribution précieuse par leur compréhension de l'intérieur, leur connaissance des métiers, de l'histoire de l'entreprise et par leur attachement à sa continuité. La recherche économique montre que cette présence a un impact positif sur l'innovation. Les salariés doivent également être reconnus comme partie constituante de l'entreprise, car ils investissent dans l'entreprise par leur travail et subissent les risques de son activité.

Recommandation n°7 : faire le point sur la représentation des salariés dans les conseils par une mission tirant les enseignements de 12 ou 24 mois de pratique, avant d'envisager de l'étendre aux sociétés de 500 à 1000 salariés, ou d'augmenter la proportion des administrateurs salariés aux conseils.

18 des 28 pays de l'Union européenne prévoient une proportion d'administrateurs salariés, en général de 33%. La règle en France pourrait donc à terme évoluer vers une proportion. Les seuils sont également plus faibles dans le reste de l'Europe (500 salariés en Allemagne, moins d'une centaine dans plusieurs pays).

Recommandation n°8 : doter les sociétés par actions simplifiée (SAS) de plus de 5000 salariés d'un conseil d'administration ou de surveillance régis par les dispositions applicables aux sociétés anonymes, afin qu'ils disposent des mêmes proportions d'administrateurs salariés.

La société par actions simplifiée peut être unipersonnelle. Mais lorsqu'elle est une grande entreprise de plus de 5000 salariés, il ne doit pas exister de différence de traitement et elle doit aussi se doter d'administrateurs salariés.

Trois recommandations concernant des cadres juridiques optionnels

Recommandation n°11 : confirmer à l'article 1835 du Code civil la possibilité de faire figurer une « raison d'être » dans les statuts d'une société, quelle que soit sa forme juridique, notamment pour permettre les entreprises à mission.

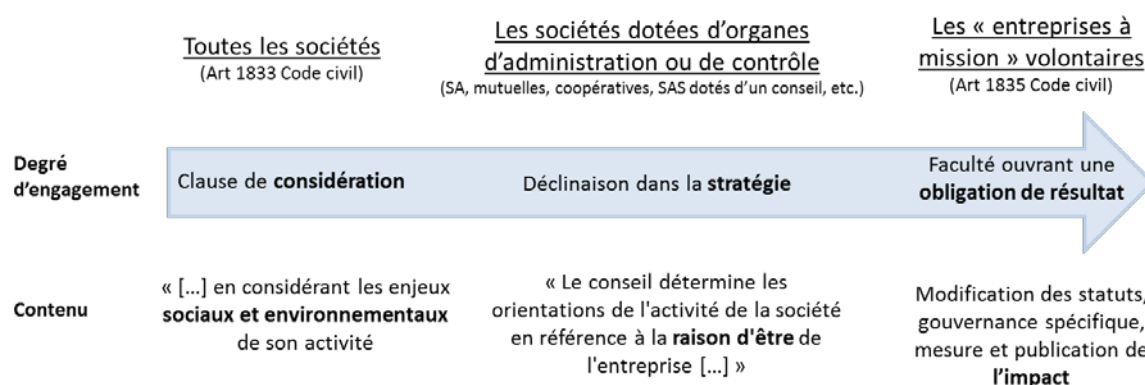
Un deuxième alinéa serait ainsi adjoint : « *L'objet social peut préciser la raison d'être de l'entreprise constituée.* »

Si les organes de délibération collective de toute société commerciale doivent se prononcer sur la raison d'être de l'entreprise, il n'est pas obligatoire de la faire figurer dans les statuts. Il s'agit d'une option ouverte à celles voulant devenir « entreprise à mission ».

Recommandation n°12 : reconnaître dans la loi l'entreprise à mission, accessible à toutes les formes juridiques de société, à la condition de remplir quatre critères.

Ces critères sont : (1) l'inscription de la raison d'être de l'entreprise dans ses statuts ; (2) l'existence d'un comité d'impact doté de moyens, éventuellement composé de parties prenantes ; (3) la mesure par un tiers et la reddition publique par les organes de gouvernance du respect de la raison d'être inscrite dans les statuts ; (4) la publication d'une déclaration de performance extra-financière comme les sociétés de plus de 500 salariés.

Graphique n°1 : Degré d'engagement selon les sociétés concernées



Recommandation n°14 : assouplir la détention de parts sociales majoritaires par les fondations, sans en dénaturer l'esprit, et envisager la création de fonds de transmission et de pérennisation des entreprises.

Le terme de fondation et la fiscalité afférente doivent être réservés aux missions philanthropiques et d'intérêt général. Ces fondations peuvent depuis 2005 détenir la majorité des parts d'une entreprise sans intervenir dans sa gestion. Le développement de ces montages doit être facilité. Le fonds de transmission et de pérennisation vise les fondateurs d'entreprises qui souhaitent pérenniser une raison d'être ou une implantation territoriale, sans vocation philanthropique.

Six recommandations à l'attention des praticiens et des administrations.

Recommandation n°3 : accompagner le développement de labels RSE sectoriels et de faire de la RSE un outil de renforcement du dialogue social dans les branches professionnelles.

De nombreuses PME souhaitent s'engager en matière de RSE, et demandent parfois une voie à suivre. Les bonnes pratiques et leur mesure variant considérablement d'un secteur à l'autre, le dialogue social dans les branches et les labels sectoriels constituent une voie à la fois réaliste, crédible et valorisante.

Recommandation n°4 : (i) inciter les grandes entreprises à se doter à l'initiative des dirigeants d'un comité de parties prenantes, indépendant du conseil d'administration. Le conseil d'administration est informé par les dirigeants des réflexions et des éventuelles conclusions de ce comité. (ii) Intégrer la stratégie RSE dans les attributions de l'un des comités ou d'un comité ad hoc du conseil d'administration. Ces deux bonnes pratiques pourraient figurer dans les codes de gouvernance.

Plusieurs entreprises ont mis en place des comités de parties prenantes, qui fournissent alors aux dirigeants une prise de recul, une vision complémentaire sur les activités de l'entreprise, ainsi qu'un aiguillon de progrès en matière de RSE.

Recommandation n°5 : développer les critères RSE dans les rémunérations variables des dirigeants.

Les critères de la rémunération variable des dirigeants est un facteur décisif de conduite du changement. Le développement des critères RSE constitue donc une bonne pratique déjà répandue dans le CAC 40 et qui gagnerait à être diffusée.

Recommandation n°9 : engager une étude sur le comportement responsable de l'actionnaire, dans la continuité de la réflexion enclenchée sur l'entreprise

Il n'y a pas d'entreprise responsable sans investisseur responsable. Le rapport du groupe de travail européen sur la finance durable ouvre des pistes intéressantes. Dans la continuité de la réflexion sur l'entreprise, une étude pourrait également être lancée sur le rôle de l'actionnaire et certaines pratiques, comme le prêt d'actions.

Recommandation n°10 : engager une étude concertée sur les conditions auxquelles les normes comptables doivent répondre pour servir l'intérêt général et la considération des enjeux sociaux et environnementaux.

Toute compréhension de l'entreprise passe par sa comptabilité. Or les enjeux sociaux et environnementaux qui doivent être considérés, en sont absents. De même que le droit des

sociétés a pu apparaître décalé avec la réalité, la comptabilité strictement financière ne donne pas une image fidèle de la pratique des entreprises. Une étude pourrait donc être engagée sur ce sujet.

Recommandation n°13 : envisager la création d'un acteur européen de labellisation, adapté aux spécificités du continent européen, pour labelliser les entreprises à mission européennes.

L'élaboration des normes est un élément de soft power. Dans le cadre des réflexions sur l'influence normative, la France et l'Europe doivent développer leur propre vision et leurs propres normes de droit souple devant guider les entreprises à mission en Europe.

Table des matières

Synthèse	3
Un constat : le court-termisme et la financiarisation pèsent sur la vie de l'entreprise.....	3
Une conviction : l'entreprise a une raison d'être et contribue à un intérêt collectif	4
Les entreprises considèrent déjà leurs enjeux sociaux et environnementaux	4
L'image de l'entreprise est dépréciée par rapport à ce qu'elle pourrait être.....	5
Un droit des sociétés perçu comme décalé avec la réalité des entreprises et des attentes	5
L'entreprise et son droit, une partie de la solution.....	6
Cinq recommandations d'ordre législatif.....	6
Trois recommandations concernant des cadres juridiques optionnels	8
Six recommandations à l'attention des praticiens et des administrations.....	9
 Introduction	 15
PARTIE 1 – POURQUOI REFLECHIR A LA RAISON D'ETRE DE L'ENTREPRISE ?	17
1.1. « Le profit n'est pas une fin en soi » pour l'entreprise	17
« La grande déformation » de l'entreprise	17
Le paradoxe de la financiarisation.....	18
1.2. Des attentes croissantes à l'égard de l'entreprise.....	20
Une représentation dégradée de l'entreprise	20
Des controverses qui affectent l'image de l'entreprise dans son ensemble	20
Les entreprises « font aussi partie de la solution »	21
Un besoin exprimé par les chefs d'entreprises	22
1.3. L'entreprise est prisonnière du droit des sociétés.....	23
L'entreprise n'a pas d'existence en droit des sociétés.....	23
L'entreprise est une dynamique de création collective, née du développement industriel	25
Un décalage entre le droit et la réalité des entreprises.....	26
1.4. L'entreprise n'a pas de propriétaire	27
La société commerciale n'a pas de propriétaire	27
L'entreprise est une institution	28
Le Code civil n'est pas coupable... mais ne permet pas de protéger sur la durée les engagements volontaires de certaines entreprises.....	29
Et il ne protège pas du court-termisme	30

<u>PARTIE 2 – LA RESPONSABILITE DES ENTREPRISES PREFIGURE LA RAISON D’ETRE.....</u>	<u>32</u>
<u>2.1. L’essor de la responsabilité des entreprises.....</u>	<u>32</u>
Les entreprises françaises présentent de bons résultats environnementaux et sociaux	32
La RSE renforcerait la performance économique	32
<u>2.2. Le « droit souple » et la loi sont trop souvent opposés.....</u>	<u>33</u>
<u>2.3. La déclaration RSE est légalement obligatoire, mais son contenu est façonné par le droit souple</u>	<u>34</u>
Le droit souple international a fourni un standard utile en matière de RSE	34
Une obligation légale de déclaration	35
<u>2.4. Une judiciarisation se développe sans nouvelle loi</u>	<u>36</u>
La RSE se judiciarise, à la recherche d’une « responsabilité solidaire »	36
De lourdes sanctions extraterritoriales ont suscité des politiques de « conformité »	37
 <u>PARTIE 3 – L’ENTREPRISE NE POURSUIT NI L’INTERET GENERAL NI LA MAXIMISATION DU PROFIT, MAIS UN INTERET COLLECTIF</u>	 <u>38</u>
<u>3.1. L’entreprise ne poursuit pas l’intérêt général</u>	<u>38</u>
L’expression de l’intérêt général demeure du ressort de la loi	38
L’intérêt des parties prenantes est complexe à définir et n’appartient pas à la tradition juridique française	38
L’entreprise et l’utilité commune de ses parties constituantes.....	39
<u>3.2. L’introduction de la RSE au cœur de l’objet social, un chemin entre l’option et l’obligation légale.....</u>	<u>40</u>
Ni un supplément d’âme, ni des contraintes légales	40
Permettre à l’entreprise de concilier sa raison d’être et sa profitabilité.....	41
<u>3.3. Il existe un intérêt de l’entreprise, relatif à sa pérennité, sa durabilité et sa capacité innovation, qui doit être renforcé dans le droit</u>	<u>42</u>
Ne pas faire de l’entreprise l’instrument de toutes les parties prenantes, mais éviter plutôt son instrumentalisation	42
Une clause de considération	45
Une rédaction mobilisatrice et visant à modifier la représentation de l’entreprise	46

PARTIE 4 – RESPONSABILISER LE GOUVERNEMENT D’ENTREPRISE	48
4.1. Un gouvernement de l’entreprise orienté par une « raison d’être ».....	48
La responsabilité de l’entreprise est une partie intégrante de la stratégie.....	48
C’est à l’entreprise de définir sa « raison d’être »	49
Favoriser les approches volontaires dans les PME.....	50
De la souplesse dans l’association des parties prenantes.....	51
Conforter la RSE dans la rémunération des dirigeants	52
4.2. Représenter les salariés au conseil d’administration	54
Le collectif des salariés est une partie constituante de l’entreprise.....	54
Des administrateurs représentant les salariés au conseil d’administration	55
Les grandes SAS ne doivent pas rester en dehors de ce mouvement	59
4.3. Il n’y a pas d’entreprise responsable sans investisseur responsable et normes comptables fidèles	60
Pour une finance européenne durable	60
Une réflexion sur le rôle et la qualité d’actionnaire.....	61
Une image comptable fidèle aux enjeux sociaux et environnementaux	62
PARTIE 5 – UN CADRE CREDIBLE POUR DES ENTREPRISES AVANT-GARDISTES	64
5.1. La demande d’un cadre juridique pour les sociétés lucratives à impact social et environnemental.....	64
Un engagement des associés dans les statuts de la société	64
La demande d’un statut de sociétés lucratives à impacts sociaux et environnementaux.....	65
Une telle catégorie est complémentaire avec l’ESS et non concurrent.....	67
5.2. Accompagner l’essor d’une voie originale, celle des entreprises à mission.	68
Reconnaître des entreprises à mission	70
5.3. La fondation permet de sanctuariser une raison d’être au service d’un intérêt général	72
La loi française protège le nom de fondation et le réserve aux missions d’intérêt général.....	72
Les fondations peuvent déjà être actionnaire majoritaire depuis 2005	73
Des assouplissements sont possibles, mais la fiscalité des fondations ne peut être généralisée	74
Envisager des Fonds pour la transmission et la pérennisation des entreprises	75

<u>CONCLUSION.....</u>	<u>76</u>
<u>Remerciements.....</u>	<u>77</u>
<u>Recommandations.....</u>	<u>78</u>
<u>Annexe 1 – Lettre de mission</u>	<u>80</u>
<u>Annexe 2 – Liste des personnes rencontrées</u>	<u>83</u>
<u>Annexe 3 – Nombre d’entreprise en France, par catégories juridiques</u>	<u>97</u>
<u>Annexe 4 – Les obligations en matière de reporting extrafinancier</u>	<u>99</u>
<u>Annexe 5 – Constats issus de la notation extra-financière</u>	<u>102</u>
<u>Annexe 6 – La loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l’économie sociale et solidaire (ESS).....</u>	<u>105</u>
<u>Annexe 7 – Les « entreprises à mission » en droit américain.....</u>	<u>108</u>
<u>Annexe 8 – Les fondations actionnaires au Danemark.....</u>	<u>113</u>
<u>Annexe 9 – La réforme du <i>Companies Act</i> de 2006 au Royaume-Uni</u>	<u>116</u>
<u>Annexe 10 – L’interprétation de la notion d’intérêt social dans la jurisprudence française.....</u>	<u>118</u>
<u>Annexe 11 – Les administrateurs salariés : droit applicable en France.....</u>	<u>120</u>

« L'entreprise doit faire des profits, sinon elle mourra. Mais si l'on tente de faire fonctionner une entreprise uniquement sur le profit, alors elle mourra aussi car elle n'aura plus de raison d'être. »

Henry Ford

« Il n'est point de question privée dans laquelle il n'entre quelque vue d'administration publique ; comme il n'est aucun objet public qui ne touche plus ou moins aux principes de cette justice distributive qui règle les intérêts privés. »

Portalès, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*

Introduction

L'entreprise et l'intérêt général, tel est le sujet sur lequel il nous a été demandé de faire des propositions concrètes. Une activité d'intérêt général au sens du droit fiscal se définit comme une activité non lucrative, une gestion désintéressée, ne fonctionnant pas au profit d'un cercle restreint de personnes³. **Cela semble donc désigner le contraire de l'entreprise, qui est le plus souvent à but lucratif.**

L'intérêt général consiste en un dépassement d'intérêts particuliers, par l'expression d'une volonté générale. En son nom, l'État peut déroger à des droits et libertés individuelles, sous le contrôle du juge. Ces considérations ne sont pas celles du droit des sociétés. Néanmoins, la notion d'intérêt social, étayée par la jurisprudence, ne se confond pas nécessairement avec l'intérêt des associés, qu'ils soient majoritaires ou minoritaires : *« la société a un intérêt propre qui transcende celui des associés »*⁴. **C'est donc davantage à un intérêt collectif propre, c'est-à-dire à un dépassement des intérêts particuliers au sein de la société et de l'entreprise, que s'attachera ce rapport.**

³ Bulletin Officiel des Finances Publiques-Impôts du 10 mai 2017.

⁴ Cozian M., Viander A., Deboissy F., *Droit des sociétés*, éd. Litec, 2017.

La France a marqué l'histoire mondiale – et demeure elle-même marquée – par sa déclaration des droits, les préambules de ses Constitutions, son Code civil, jusque dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, qui porte sa marque. Les labels, normes internationales, certifications et notations RSE ont prise sur le réel, et exercent un pouvoir sur le comportement concret des entreprises, mais il y manque parfois une autorité, une charge symbolique.

Le flou artistique qui existe autour de la notion d'entreprise ne pose pas de réelle difficulté dans le monde anglo-saxon de *Common Law*, dont le droit est une succession de solutions jurisprudentielles. Ainsi, la création en droit américain d'un statut optionnel de « *benefit corporation* » apporte une exception pragmatique au système de « responsabilité fiduciaire », qui n'existe pas en droit français.

En France et dans toute une partie du continent européen, la tradition romano-civiliste fait en revanche du droit une sorte de cadre et de miroir des mutations de la société⁵. La sécurité juridique y repose pour partie sur la catégorisation du réel et la codification du droit, si bien qu'une clarification juridique sur l'entreprise serait rassurante et de nature à contribuer à réconcilier les citoyens avec l'entreprise.

Comment favoriser une prise en compte sur le long terme des intérêts des actionnaires, des salariés et des parties prenantes de l'entreprise ? Comment placer la responsabilité de l'entreprise au cœur du droit des sociétés ? Quels statuts et quelles modalités de gouvernance permettraient aux entreprises de poursuivre des buts plus larges que la réalisation du profit ? Quels outils juridiques et techniques permettraient d'affirmer l'intérêt collectif propre à l'entreprise ?

⁵ Pour reprendre l'expression de Bertrand Mathieu, « La Constitution cadre et miroir des mutations de la société », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 100, no. 4, 2014, pp. 1011-1019.

PARTIE 1 – POURQUOI REFLECHIR A LA RAISON D'ETRE DE L'ENTREPRISE ?

1.1. « Le profit n'est pas une fin en soi » pour l'entreprise

Ces mots ne sont pas ceux d'un manifeste politique, mais de l'américain Peter F. Drucker, l'un des inventeurs du management moderne. Il avance que « *La rentabilité n'est pas le but de l'entreprise et de l'activité commerciales, mais un facteur limitatif. Le profit n'est ni l'explication, ni la cause ni le mobile des décisions et des comportements dans les affaires, mais la mise à l'épreuve de leur validité.* »⁶. Le dirigeant de société pouvait alors être qualifié « d'arbitre », puisque la « *composition de l'entreprise et ses objectifs ne sont pas donnés, ils sont le fruit de négociations* »⁷.

« La grande déformation » de l'entreprise⁸

Cette déformation est celle de la financiarisation de l'entreprise, de son assujettissement à des intérêts de court terme. La durée de détention moyenne des actions cotées à la Bourse de New York, hors trading à haute fréquence, atteindrait même 11 mois⁹. Les « détenteurs provisoires de capital » n'ont plus grand-chose à voir avec la figure de l'associé impliqué dans le succès à long terme de sa société, ce qu'une personne auditionnée a résumé par la formule de « capitalisme de locataires ».

Il ne faut pas pour autant considérer que la valeur créée pour l'actionnaire soit toujours incompatible avec la prospérité de l'entreprise. Mais les actionnaires peuvent parfois préférer un retour rapide pour se désengager ensuite. Il n'existe en effet aucun engagement, pas même celui de loyauté, envers les entreprises dont ils détiennent les titres¹⁰.

⁶ « *In fact, the concept is worse than irrelevant: it does harm. It is a major cause for the misunderstanding of the nature of profit in our society and for the deep-seated hostility to profit which are among the most dangerous diseases of an industrial society.* » (p.46) « *Profitability is not the purpose of but a limiting factor on business enterprise and business activity. Profit is not the explanation, cause, or rationale of business behavior and business decisions, but the test of their validity.* » (p.47). Peter F. Drucker, *Management: Tasks, Responsibilities, Practices*; Truman Talley Books, New York, 1974, 1986.

⁷ March, James, 1988, « L'entreprise comme coalition politique » (1962) traduit in : *Décisions et organisations*, Les éditions d'organisation, Paris, pp.17-31

⁸ Favereau, O., *Entreprises : la grande déformation*, Parole et Silence, 2014.

⁹ *L'actionnariat en risque d'hypertension*, Pierre-Yves Gomez, Le Monde, Mars 2016.

¹⁰ Segrestin B, Levillain K, Vernac S, Hatchuel A, *La « Société à Objet Social Etendu »*, Presses des Mines, 2015, p.17

Le droit français diffère du système américain des « devoirs fiduciaires », souvent interprété comme une exigence de maximisation du profit¹¹. Cependant, la comparaison permanente des taux de marge et de rentabilité aboutit à faire peser dans les faits une pression équivalente pour maximiser à court terme la valeur pour l'actionnaire. En particulier deux outils répandus peuvent être signalés, qui aboutissent à l'existence peuvent être signalés – dans les faits et non dans le droit – d'une obligation de maximisation à court terme : l'alignement de la rémunération des dirigeants sur le cours de bourse et l'usage des « guidances annuelles ». Ce dernier élément, incontournable en communication financière, revient pour le gouvernement d'entreprise à s'engager sur un certain niveau de profit, et à devoir prendre des mesures correctives en cas d'incapacité à le tenir. Le niveau de profit n'est alors plus le « résultat » résiduel d'un exercice, mais un présupposé, un point de départ.

Le paradoxe de la financiarisation

La « financiarisation » de l'entreprise, qui s'est développée depuis les années 1970, peut être décrite comme le fait que (i) les entreprises doivent maximiser la valeur présente des actions ; (ii) la gouvernance des entreprises soit tournée vers cet objectif ; (iii) la rémunération des cadres soit fonction de cet objectif.

Si l'on considère à la suite du chancelier ouest-allemand Helmut Schmidt que « *les profits d'aujourd'hui sont les investissements de demain et les emplois d'après-demain* », le profit peut être un horizon indépassable. Cette présentation est cependant critiquée, dans ses aspects microéconomiques¹² et macroéconomiques¹³. Dès lors, « *le paradoxe de la financiarisation* » réside dans le fait que « *le taux de profit augmente, [et que] le taux d'investissement diminue* »¹⁴. En effet, en France, en Allemagne, au Royaume-Uni et aux Etats-Unis, alors que le taux de profit augmente depuis les années 1980, le taux de croissance du stock de capital net diminue.

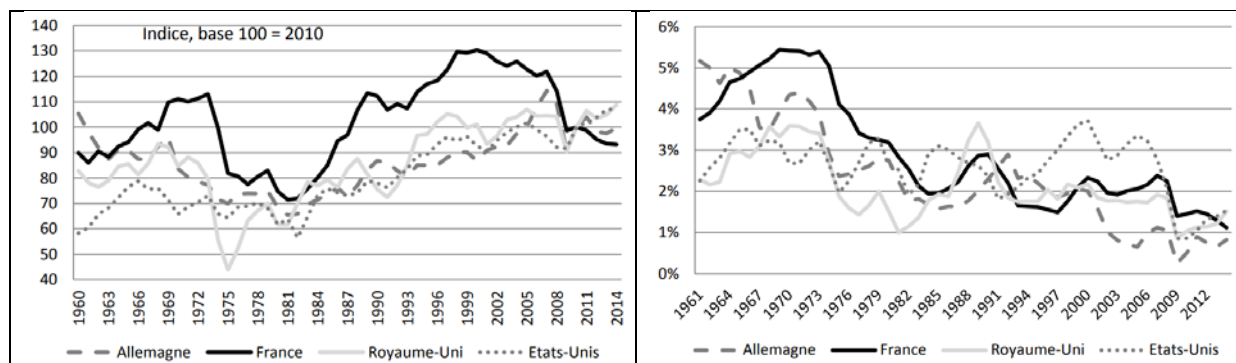
¹¹ Par exemple en cas d'OPA : *Ivanhoe Partners v. Newmont Mining Corp.*, 535 A.2d 1334, 1345 (Del. 1987) Directors have an "affirmative duty to protect the interests of the corporation, but also an obligation to refrain from conduct which would injure the corporation and its stockholders or deprive them of profit or advantage."

¹² Épaulard, A., « À la recherche des déterminants de l'investissement des entreprises », in *Économie et Statistique*, N°341-342, 2001, pp. 3-14.

¹³ Patrick Artus, *Les profits d'aujourd'hui sont-ils les investissements de demain ? Non*, Flash Economie, 22 décembre 2017. Cette note considère que la hausse des profits : n'a nulle part financé un supplément d'investissement des entreprises ; a conduit à la hausse du taux d'autofinancement donc à la limitation de l'endettement des entreprises ; a parfois financé la hausse des dividendes distribués et les rachats d'actions ; a partout financé l'accumulation de cash par les entreprises et leur croissance externe.

¹⁴ Favereau, O., *L'impact de la financiarisation de l'économie sur les entreprises et plus particulièrement sur les relations de travail*, Organisation internationale du travail, 2016, p.69.

Graphique n°2 : évolution du taux de profit¹⁵ et du taux d'accumulation¹⁶ en France, Allemagne, Royaume-Uni et Etats-Unis



Source : Auvray et al. (2016), *L'entreprise liquidée*.

La recherche économique montre ainsi : l'effet négatif du court-termisme des actionnaires sur les dépenses en R&D sur un échantillon de firmes européennes innovantes¹⁷ et que les sociétés cotées aux Etats-Unis investissent moins que leurs homologues non cotées et que parmi elles, celles comptant des investisseurs institutionnels impatients (avec un taux de rotation de leur portefeuille élevée) investissent moins que les autres sociétés cotées¹⁸ ;

Ce fonctionnement de l'entreprise pour les besoins du marché des capitaux, qui fait du personnel une variable d'ajustement pour certains chefs d'entreprise, a été renforcé par les normes comptables IAS/IFRS. Avec la norme de « juste valeur », impliquant la valorisation des actifs et passifs à leur valeur de marché, l'entreprise n'est plus tant un lieu de production de biens et de services qu'un éventuel objet de cession. A chaque clôture de comptes, l'entreprise doit se présenter comme si elle était à vendre et sa raison d'être est perdue de vue.

Si le profit d'aujourd'hui ne suscite pas spontanément l'investissement et les emplois des jours suivants, cela ne signifie pas pour autant qu'il faille arrêter et le profit et l'entreprise. Cela signifie qu'elle doit organiser en son sein la poursuite d'objectifs de long terme.

Viser le profit de court terme revient finalement à vider l'entreprise de sa substance, en faveur d'intérêts qui lui sont extérieurs, à rebours de l'intérêt collectif qui devrait être poursuivi.

C'est l'objet de ce rapport 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, qui ne considère plus le dirigeant comme l'« agent des actionnaires » et qui propose une autre vision de l'entreprise que celle d'un nœud de contrats, d'une rencontre entre offre et demande de capital et de travail.

¹⁵ Rapport entre les profits nets et le stock de capital productif net, exprimés en euros courants.

¹⁶ Taux de croissance du stock de capital net.

¹⁷ Brossard, O., Lavigne, S., Saking, M. (2013), "Ownership structures and R&D in Europe : the good institutional investors, the bad and ugly impatient shareholders", *Industrial and Corporate Change*, 22 (4), p. 1031-1068.

¹⁸ Asker, J., Farre-Mensa, J. et Ljungqvist, A. (2015), "Corporate investment and stock market listing : A puzzle ?", *Review of Financial Studies*, vol. 28, no 2, p. 342-390.

Une représentation dégradée de l'entreprise

Antoine Frérot et Francis Mer¹⁹ diagnostiquaient en 2013 la « *crise de l'entreprise* ». Cette vision, en particulier de la grande entreprise, est illustrée par un récent sondage²⁰ rapportant que la « *méfiance* » est le premier mot cité par les Français sondés sur leur état d'esprit vis-à-vis des entreprises, bien que 71% en aient une bonne image. Elle s'alimente de cette perception des dérives du fonctionnement du capitalisme par les citoyens et les salariés. Cette défiance est d'autant plus élevée que la taille de l'entreprise croît et que les personnes interrogées sont jeunes. Si les Français sont d'accord sur le fait que les entreprises servent à créer de la richesse, cette richesse dans leur esprit va uniquement aux actionnaires et aux chefs d'entreprises. Cette interrogation sur l'interaction entre les entreprises, particulièrement les grandes, et le reste du tissu économique est également partagée par une partie du monde politique.

Certains chercheurs voient dans cette crise de l'entreprise l'une des sources du désengagement des salariés au travail et de l'envie des jeunes de se mettre à leur compte, en créant des startups à l'esprit éloigné des entreprises « traditionnelles »²¹.

Cette perte du sens, ou à tout le moins cette quête d'un sens que les jeunes cherchent et ne trouvent pas ou plus dans l'entreprise²², notamment la grande, doit nous inquiéter car à terme pour les entreprises, grandes ou petites, c'est l'attractivité des talents, l'innovation et la productivité qui risquent de s'en trouver affectés. Les jeunes générations, qui constituent le futur de nos entreprises ont, malgré cette vision parfois dégradée, déjà intégré ces considérations. La même étude montre que les trois facteurs les plus importants selon les jeunes pour le succès à long terme d'une entreprise sont la satisfaction et le juste traitement des employés (26%), l'éthique, la confiance, l'intégrité et l'honnêteté (25%) et le centrage sur le besoin des clients (19%).

Des controverses qui affectent l'image de l'entreprise dans son ensemble

L'effondrement de l'immeuble du *Rana Plaza* au Bangladesh le 24 avril 2013, qui fit au moins 1127 morts²³ suscita une grande émotion. Il donna lieu à des plaintes contre des enseignes de grande

¹⁹ Colloque de Cerisy, *A qui appartiennent les entreprises ?*, 24 mai 2013 « la crise de l'entreprise ».

²⁰ Réalisée par Elabe pour L'institut de l'entreprise, « A quoi servent les entreprises ? », janvier 2018.

²¹ Dumez H., *Cent ans après Fayol, l'innovation managériale en perspective*, TheConversation, 20 novembre 2016 ; L'innovation managériale, bilan de deux années de séminaire 2014 – 2016, Collège des Bernardins.

²² Selon l'étude « The 2016 Deloitte Millennial Survey » (8.000 jeunes nés après 1982 interviewés dans 29 pays), 54% des « millenials » sont d'accord avec l'affirmation selon laquelle l'entreprise n'a pas d'autres finalités que celle de faire de l'argent.

²³ « Le drame du Rana Plaza n'est donc pas un épiphénomène mais le point culminant d'une longue série d'accidents industriels. En l'espèce, selon des témoins auditionnés par le PCN, la veille de l'accident des fissures laissant craindre un risque imminent avaient été repérées. Le bâtiment avait alors été évacué. Le lendemain, sous la menace d'amendes et de retenues sur salaires, les ouvriers ont été contraints de regagner leurs postes de travail. Le bâtiment, à vocation résidentielle, avait été construit et utilisé en violation des règles minimales de sécurité. Initialement de cinq étages, l'immeuble bâti sur une zone marécageuse s'était vu ajouter quatre autres étages sans permis de construire. Enfin, un groupe électrogène était placé sur le toit du bâtiment, dont

distribution, accusées d'avoir trompé leurs clients sur les conditions de fabrication de leurs produits à l'étranger²⁴. Ces groupes multinationaux ont directement été mis en cause alors que les dommages ne sont pas intervenus dans l'une de leurs sociétés filiales mais dans des sociétés prestataires. Le classement sans suite de certaines de ces plaintes se trouve justement à l'origine de la loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre²⁵. Que la conduite dommageable ait eu lieu au sein du groupe, comme dans l'affaire du *Dieselpgate*²⁶ ou chez des sous-traitants, c'est la grande entreprise et son fonctionnement qui sont mis en cause²⁷. Ces controverses invitent à maintenir le niveau d'exigence en matière de RSE, et à le traduire dans le droit des sociétés.

Les entreprises « font aussi partie de la solution »²⁸

Une demande est exprimée par l'opinion, les salariés, et les parties prenantes, pour que l'entreprise développe ses impacts positifs et réduise ses impacts négatifs. Beaucoup d'investisseurs et d'entreprises sont convaincus que la conciliation est possible entre le profit et l'impact positif. A cet égard, les auditions font ressortir un consensus sur plusieurs points qui montrent, si besoin était, que les entreprises font partie de la solution pour répondre aux attentes de la société. Ce n'est pas tant la recherche du profit qui est ici interrogée, que la manière dont ce profit est réalisé et ce que l'entreprise en fait.

La prise en compte de manière proactive par l'entreprise de ses externalités (fournisseurs, environnement, territoires etc.) est source de création de valeur partagée, de pérennité, de développement. Pour reprendre les mots d'un entrepreneur, « pour qu'un système soit humainement et socialement centré, il faut qu'il soit économiquement pérenne »²⁹.

Cette conscience des entreprises n'est pas dissociable, et doit aller de concert avec une conscience des consommateurs, qui s'interrogent pour certains sur les conditions réelles de fabrication des produits³⁰, et avec une conscience des investisseurs³¹.

les vibrations conjuguées à celles des machines auraient provoqué l'effondrement. » Rapport du PCN sur la mise en œuvre des Principes directeurs de l'OCDE dans la filière textile-habillement, p. 5-6.

²⁴ *Un an après le Rana Plaza, Auchan visé par une plainte en France*, Le Monde, 24 avril 2014 ; *Accident du Rana Plaza : nouvelle plainte contre Auchan*, Le Monde, 9 juin 2015 ; *Benetton promet 1,1 million de dollars aux victimes du Rana Plaza*, Le Monde, 17 avril 2015.

²⁵ Rapport n°2504 fait au nom de la Commission des Lois Constitutionnelles, de la Législation et de l'Administration Générale de la République sur la proposition de loi (n°1519) de Mmes Danielle Auroi, Barbara Pompili et M. François de Rugy et plusieurs de leurs collègues, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

²⁶ *Les sanctions pénales commencent à tomber dans l'affaire du dieselpgate*, le Figaro, 7 décembre 2017.

L'ingénieur condamné à 7 ans de prison pour avoir trompé les autorités américaines « *admet avoir accepté "de réciter un discours, ou des éléments de langage", convenu avec la direction de Volkswagen et un avocat de haut rang lors d'un entretien avec Alberto Ayala, un responsable des services de la protection de l'air en Californie* ».

²⁷ *J'ai parlé de gens qui meurent, on m'a répondu CAC 40: on ne peut pas en rester là !*, L'Obs, 12 février 2015.

²⁸ Giraud G, Renouard C, *Vingt propositions pour réformer le capitalisme*, Flammarion, 2012, p.26 et 28.

²⁹ Denis Jacquet

³⁰ « Commerce équitable », Pouchain Delphine, in Postel Nicolas, Cazal Didier, Chavy Frédéric, Sobel Richard (éds), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses Universitaires du Septentrion, p. 52-56.

³¹ « Investissement socialement responsable », Penalva Icher Elise, in Postel Nicolas, Cazal Didier, Chavy Frédéric, Sobel Richard (éds), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses Universitaires du Septentrion, p. 254-257.

Un besoin exprimé par les chefs d'entreprises

Plusieurs chefs d'entreprise auditionnés ont expliqué être aiguillonnés par leurs salariés dans la politique de responsabilité sociale et environnementale de leur entreprise, en particulier par les plus jeunes. Dans le sondage précité³², les actions les plus souvent mentionnées dans lesquelles les entreprises peuvent « améliorer les choses dans la Société » sont :

- la formation des salariés aux compétences de demain (72%),
- le partage plus équitable des profits entre les dirigeants, les salariés et les actionnaires (67%),
- l'insertion des jeunes dans l'entreprise (65%),
- l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (61%),
- la place plus importante à leurs salariés et à leurs clients dans leurs instances de gouvernance (55%)³³.

Ces attentes pourraient donner l'impression du retour d'une forme de paternalisme, mais la situation est bien différente, voire opposée à celle du XIXe siècle, comme l'exprime François Ewald³⁴ :

« Le recours aux méthodes paternalistes ne paraît plus possible. Il y a des raisons culturelles (la volonté d'autonomie partout revendiquée, le désir d'autogestion, le souhait de participation), mais aussi des raisons objectives. On est, en effet, dans une situation très différente de celle qui a permis, lors de la première industrialisation, la RSE paternaliste. Celle-ci s'appuyait sur une économie de main d'œuvre, boulimique de main d'œuvre, qu'il fallait former et que l'on cherchait à fidéliser. L'économie mondialisée et numérisée qui est la nôtre nous place dans une situation inverse : pour certaines tâches, les plus simples, une main d'œuvre abondante et à bon marché se trouve dans les pays émergents pendant que l'économie numérique offre la possibilité de mieux satisfaire les besoins de consommateurs par des moyens que seules les machines sont en mesure de faire. Mais que le paternalisme soit dépassé comme méthode de management ne retire rien à l'importance du souci de responsabilité quant à la « vie » de ses employés, des territoires et du pays qui animait le "patron" d'hier. »

Il est remarquable que les réflexions des années récentes sur « l'objet social » des sociétés et sur les éventuelles modifications de la loi française aient plutôt été le fait de dirigeants d'entreprises ou d'avocats d'affaires. Les signataires du *Plaidoyer en faveur d'une « économie de marché responsable »*³⁵, sont par exemple pour moitié des dirigeants d'entreprises (BlueOrange Capital, Danone, Veolia, PMU, Air France-KLM, Sodexo, etc.), sans compter les nombreuses tribunes écrites depuis lors³⁶.

³² Réalisée par Elabe pour L'institut de l'entreprise, « A quoi servent les entreprises ? », janvier 2018.

³³ Sondage Elabe pour L'institut de l'entreprise, « A quoi servent les entreprises ? », janvier 2018, p.15.

³⁴ François Ewald, *Travaux du Comité Médicis*, novembre 2017.

³⁵ Le Monde du 16 novembre 2016

³⁶ Par exemple : *Une meilleure prise en compte de l'intérêt général peut être un avantage concurrentiel majeur*, Pascal Demurger (MAIF), Le Monde du 5 février 2018 ; *Le leadership des entreprises reposera sur leur capacité à générer des bénéfices pour la société*, Le Monde du 20 décembre 2017, Jean-Paul Bailly (Entreprises pour la cité), Stéphane Roussel (Vivendi), Philippe de Gibon (Convers), Hubert de Boiredon (Groupe Armor), Franck Garnier (Bayer France).

Ce mouvement a démarré aux Etats-Unis, où plusieurs nouvelles formes juridiques de société ont été adoptées entre 2007 et 2013. Un statut juridique de *Benefit Corporation* a été créé dans l'Etat du Maryland en 2010, suivi de celui de *Social Purpose Corporation* en Californie en 2012 et celui de *Public Benefit Corporation* au Delaware en 2013³⁷. Le mouvement d'entreprises, qui compte actuellement 2.400 entreprises labellisées « Bcorp », dont 60% aux Etats-Unis, a joué un rôle clef dans l'émergence de ces nouvelles formes juridiques dans ce pays. Ces réflexions répondaient à des problèmes spécifiques aux entreprises américaines, à savoir la crainte des entreprises que la poursuite d'objectifs sociaux et environnementaux ne les mette en contradiction avec les responsabilités fiduciaires existant dans le droit américain à l'égard des actionnaires. Si un tel mouvement semble également se structurer en France, ses motivations sont donc différentes. La mission a cependant reçu une contribution proposant la création d'un nouveau statut juridique dans le droit français, signée par plus de 50 dirigeants d'entreprises.

De nombreuses personnes auditionnées ont cependant souligné que, eu égard à la prépondérance des TPE et PME dans le tissu économique français, il ne saurait y avoir une réponse globale, « standardisée », aux attentes mentionnées plus haut. La grande variété de situations appelle à l'évidence une grande variété de dispositifs. Les PME ne disposent pas des moyens humains et financiers pour traiter la RSE de la même manière que la grande entreprise. Elles y sont néanmoins de plus en plus contraintes par les grandes entreprises, qui répercutent des exigences sociales et environnementales tout au long de leur chaîne d'approvisionnement. Ces PME expriment en retour le besoin d'une exemplarité de leurs donneurs d'ordre, à commencer par les délais de paiement.

1.3.

L'entreprise est prisonnière du droit des sociétés

Face à ces défis et ces attentes, le droit français des sociétés apparaît aujourd'hui comme l'un des plus désuets, et comme l'un des plus favorables aux actionnaires. Il existe à tout le moins un décalage entre notre droit des sociétés (qui se concentre sur le véhicule juridique qu'est la société et sur les intérêts et droits de l'actionnaire), d'une part, et la réalité économique qu'est l'entreprise ainsi que l'importance de l'impact de son activité, d'autre part.

L'entreprise n'a pas d'existence en droit des sociétés

L'entreprise est une « *organisation économique, sans existence juridique officielle, dont la composition des membres (parfois appelés "parties prenantes") est indéterminée, variant en fonction des préoccupations scientifiques et/ou politiques de l'époque sur les responsabilités de ladite organisation [...]* »³⁸. Si dans la vie quotidienne nous désignons les entreprises par leur nom et leurs marques, l'entreprise n'a pas d'existence juridique en tant que telle. Elle existe via une société ou un groupe de sociétés. On ne peut pas lui affecter juridiquement des responsabilités, des devoirs ou des

³⁷ Voir le panorama international « Les entreprises à mission » du cabinet Prophyl ; « L'exemple américain : les flexible purpose corporations », Kevin Levillain in *La « Société à Objet Social Étendu ». Un nouveau statut pour l'entreprise*, Blanche Segrestin, Kevin Levillain, Stéphane Vernac et Armand Hatchuel. p. 49-57.

³⁸ Favereau Olivier, *Entreprise : la grande déformation*, Parole et silence, 2014, p. 19-20

intérêts à prendre en compte puisque ce n'est pas une personne juridique. On ne peut le faire que via la personne juridique qui lui sert de support : la société commerciale. C'est une contrainte structurelle très forte de notre système juridique : on tente de modifier le fonctionnement d'une organisation existante en droit via la société commerciale qui est le principal instrument juridique servant à structurer l'entreprise.

L'entreprise, en tant que collectif varié réalisant une création de valeur, doit donc être distinguée de la société, structure juridique formée par un contrat de société et désignée par des textes de loi.

Rédigé dans le contexte des premières années du XIX^{ème} siècle, par des hommes imprégnés d'une vision de l'économie qui était encore celle du XVIII^{ème} siècle, le Code civil français repose sur une vision d'un capitalisme uniquement familial, dans lequel il n'existait pas de différence entre l'actionnaire et l'entrepreneur.

La société anonyme à laquelle recourent les grands groupes, a elle-même une histoire mouvementée : une liberté dépourvue de responsabilité des actionnaires sur leurs biens propres est un privilège qui n'allait pas de soi. L'interposition d'une personne morale entre les actionnaires et tous les partenaires est une fiction juridique : derrière la personne morale, ce sont bien des personnes physiques qui agissent³⁹. La personnalité morale n'était d'ailleurs prévue ni dans le Code civil, ni dans le Code de commerce, c'est la jurisprudence qui finit par l'admettre, en dépit des protestations⁴⁰. Mais c'est une fiction utile et féconde qui permet l'accumulation d'actifs et la perpétuation de contrats dans la durée, au-delà des aléas de la vie humaine, la personnalité morale étant potentiellement éternelle⁴¹. C'est ainsi que la doctrine a pu y voir un « *merveilleux instrument du capitalisme* »⁴², en même temps qu'un « *monstre* » juridique, étant donnée « *la disproportion économique qui existe entre elles et les personnes physiques* »⁴³.

Dès la fin de la période féodale, la nécessité de mobiliser des capitaux privés pour porter des projets servant les intérêts de la couronne – les compagnies de commerce oriental et les entreprises coloniales par exemple ou plus tard la construction de canaux, de ponts et de routes, ont conduit le souverain à accorder le droit de constituer les premières sociétés par actions : en contrepartie d'investissements lourds et de risques avérés, le contrat de société stipulait un certain nombre de privilèges – monopole, personnalité juridique, perpétuité et souvent responsabilité limitée pour les actionnaires. Ceci explique que la société par actions, telle que codifiée dans le Code de commerce en 1807, suivait un régime très strict d'autorisation par décret en Conseil d'Etat après vérification de la mission d'intérêt public poursuivie : l'octroi du privilège de cette forme sociétaire était alors

³⁹ Pettit, Philip. « Deux sophismes à propos des personnes morales », *Raisons politiques*, vol. 56, 2014, p.5-23.

⁴⁰ Saleilles R., *De la personnalité juridique*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1910, cité par Robé, J-P, « L'entreprise comme institution fondamentale de l'échange marchand », dans les actes du colloque de Cerisy de juin 2008 *L'activité marchande sans le marché* ?

⁴¹ Robé, Jean-Philippe, « Comment s'assurer que les entreprises respectent l'intérêt général », *L'Économie politique* 2014/4 n° 64, p. 22-35

⁴² Ripert Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1946, p. 106 : « La société anonyme est un merveilleux instrument créé par le capitalisme moderne pour collecter l'épargne en vue de la fondation et de l'exploitation des entreprises. »

⁴³ Ripert Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1946, cité par Corm Georges, « Evolution des principes démocratiques et gestion des systèmes de puissance et d'organisation », in *Revue européenne des sciences sociales*, Tome XXXI, 1993, N° 97, p.193-205.

inimaginable pour la recherche d'un intérêt privé⁴⁴. La situation est la même aux Etats-Unis⁴⁵, et en Grande-Bretagne, où les corporations commerciales ne peuvent être formées sans l'autorisation d'une charte royale ou d'un acte du parlement⁴⁶. Il s'agissait en effet à l'origine d'une technique de concentration des capitaux, perçue comme un substitut à l'emprunt public, qui a permis la réalisation d'équipements collectifs, comme des canaux ou des chemins de fer⁴⁷.

L'entreprise est une dynamique de création collective, née du développement industriel

Au XIXe siècle, les ouvriers se trouvent dans une relation de fournisseurs ou de prestataires de services. A domicile ou dans l'usine, ils sont payés à la pièce et sont liés à la société par un contrat de louage d'ouvrage ou de service. Vis-à-vis des associés, ils sont des cocontractants comme les autres. *« Tant que l'invention restait le fait d'individus isolés et que toute compagnie pouvait acheter leur invention, alors l'activité économique pouvait être assimilée à celle d'un marchand. »*⁴⁸.

Cependant l'industrialisation suscite l'organisation de l'entreprise, en augmentant la diversité de biens à produire et en installant des schémas de production nouveaux, en raison des nouvelles sources d'énergie. *« Progressivement, une nouvelle génération d'ingénieurs et de techniciens va devenir nécessaire aux compagnies. Celles-ci prennent conscience que l'invention est une activité qui peut (et qui doit) être à la fois collective et gouvernée »*⁴⁹. Les besoins liés au développement du capitalisme industriel et de la concurrence entre Etats entraînent ainsi en Europe une libéralisation des sociétés par actions. L'Angleterre ouvre cette voie en 1844 puis 1856. Du fait de la concurrence anglaise ayant suivi la signature du traité de libre-échange entre la France et l'Angleterre notre pays adopta en 1867 une libéralisation du régime des sociétés par actions pour permettre à ses industriels de se battre à armes égales avec les anglais. L'Allemagne suivra en 1873.

La société commerciale demeure aujourd'hui le support juridique privilégié de l'initiative économique privée⁵⁰, mais elle ne permet pas une représentation fidèle de l'organisation économique qu'est l'entreprise. Le droit des sociétés règle de nombreux aspects de la vie de l'entreprise, mais il prévoit peu de choses sur la création collective, l'activité inventive et l'organisation de l'innovation, qui sont au cœur de l'entreprise industrielle et lui donnent sa

⁴⁴ Robé, Jean-Philippe, « La place de l'entreprise dans le système de pouvoirs », dans *L'entreprise contre l'Etat ?*, septembre 2017

⁴⁵ « La corporation est un être artificiel, invisible, intangible, et qui n'existe qu'en regard de la loi. Etant une simple créature de la loi, elle ne possède que les propriétés que la charte autorisant sa création lui confère », Cour suprême, Arrêt « Dartmouth College v. Woodward » (1819), cité par Renouard Cécile, Bommier Swann, *L'entreprise comme commun. Au-delà de la RSE*, Mayer Charles Leopold Eds, 2018.

⁴⁶ En vertu du *South Sea Bubble Act* de 1720, abrogé en 1825. Pettit, Philip. « Deux sophismes à propos des personnes morales », *Raisons politiques*, vol. 56, no. 4, 2014, p.16. La pleine reconnaissance de la personnalité morale n'interviendra qu'en 1862, cf. Christophe Clerc, « La légitimité du pouvoir actionnarial », in « A quoi servent les actionnaires ? », dir. Jean-Philippe Touffut, Albin Michel, 2009.

⁴⁷ Robé, J-P, « L'entreprise comme institution fondamentale de l'échange marchand », dans les actes du colloque de Cerisy de juin 2008 *L'activité marchande sans le marché ?*, p. 100

⁴⁸ Hatchuel Armand, Segrestin Blanche, *Refonder l'entreprise*, février 2012, p.27

⁴⁹ Hatchuel Armand, Segrestin Blanche, *Refonder l'entreprise*, février 2012, p.27

⁵⁰ Mis à part l'association loi 1901 par exemple dans le secteur de l'Economie sociale et solidaire, et la société civile pour certaines professions.

légitimité. « *L'entreprise apparaît comme le premier collectif qui prend en charge à la fois l'activité innovante, son organisation et sa valorisation marchande* »⁵¹.

La formation et l'accumulation d'un capital financier, que la société organise, est toujours nécessaire. Mais l'entreprise cherche également à accumuler d'autres formes de capital, plus ou moins bien retranscrites dans les comptes de la société : brevets, savoir-faire et méthodes de travail, capital humain, innovations organisationnelles, etc. Cette organisation réduit le rôle des actionnaires, qui d'associés et souvent administrateurs de la société commerciale, deviennent avec le développement de l'entreprise, des « fournisseurs de capitaux »⁵². A contrario, estimer à chaque trimestre l'impact de ces démarches sur la valeur des actifs de la société, ou sur le résultat distribué, aurait probablement freiné cette dynamique entrepreneuriale.

Ces évolutions ont entraîné l'inscription de l'entreprise dans de nombreuses branches du droit : droit du travail, droit de la concurrence, droit de la propriété intellectuelle, droit fiscal, selon les besoins de la matière. En revanche, les tentatives d'inscrire l'entreprise dans le droit des sociétés n'ont pas prospéré⁵³.

Un décalage entre le droit et la réalité des entreprises

Quand les Etats exercent une souveraineté à une échelle nationale, les entreprises transnationales ont un rayon d'action plus large et une mobilité qui leur donnent un avantage et un pouvoir certains. Quelques-uns de ces groupes transnationaux utilisent les contradictions entre la réalité économique et le cadre juridique, par des pratiques légales mais souvent contestées dans les opinions publiques. L'autonomie juridique des sociétés filiales crée un éclatement fictif, alors qu'il existe une unité d'action au sein de l'entreprise constituée de toutes ces sociétés. Il n'y a alors, en face de l'unité organisationnelle symbolisée par l'organigramme hiérarchique, aucune unité juridique à laquelle des conséquences puissent être imputées. Ce décalage peut amener à des situations d'optimisation fiscale ou à des difficultés dans la recherche de responsabilités en cas d'accident⁵⁴.

Nous aborderons plus loin le décalage qui s'est par ailleurs peu à peu installé entre les textes fondamentaux que sont les articles 1832 et 1833 du Code civil et les pratiques et stratégies de certaines entreprises qui ne se cantonnent pas à la satisfaction exclusive de l'intérêt à court terme des actionnaires.

Ces décalages entre le droit et la pratique des entreprises ont jusqu'à présent nourri trois types de réactions : le statu quo, le renforcement des politiques de RSE notamment par la signature d'engagements internationaux parfois ambitieux mais d'un périmètre géographique limité⁵⁵,

⁵¹ Hatchuel Armand, Segrestin Blanche, *Refonder l'entreprise*, février 2012, p.29

⁵² Berle, Means, *The Modern corporation and Private property*, New Brunswick, New Jersey, Transaction publishers, 1932

⁵³ Lyon-Caen A. et G., « La doctrine de l'entreprise », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Paris, 1978, p. 612-614 ; Lyon-Caen G., « Que sait-on de plus sur l'entreprise ? », dans *Mélanges dédiés au président Michel Despax*.

⁵⁴ Cf. partie 1.2, par exemple sur le cas du Rana Plaza.

⁵⁵ A la suite du Rana Plaza par exemple : l'Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh, signé le 15 mai 2013 par trente-et-une grandes marques (dont H&M, Zara, Benetton ou Carrefour), à l'issue d'une coopération entre l'OIT, quatre grandes ONG, huit syndicats nationaux bangladais et deux fédérations syndicales internationales. Bangladeshaccord.org

d'accords européens ou internationaux, ou encore à l'instauration dans le « droit dur » de régimes de « responsabilités solidaires »⁵⁶ éventuellement assortis de sanctions. On peut également citer les obligations de *reporting* qui se sont multipliées : la directive européenne de 2014 sur l'information extra financière, la loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre ou la loi dite Sapin II qui oblige à mettre en place un plan anti-corruption et une procédure de signalement des alertes à partir de 50 salariés.

1.4.

L'entreprise n'a pas de propriétaire

Il est courant de lire que les actionnaires sont propriétaires de l'entreprise. C'est la thèse de Milton Friedman, qui en conclut à une responsabilité de l'entreprise consistant à « *gagner autant d'argent que possible, tout en respectant les règles de base de la société* », le mandataire social étant « *un employé des propriétaires de l'entreprise* »⁵⁷. Cette thèse, dite « de l'agence », a été plusieurs fois contestée⁵⁸, et c'est d'ailleurs en contradiction à cette thèse que s'est construite la responsabilité sociale des entreprises (RSE)⁵⁹.

La société commerciale n'a pas de propriétaire

L'entreprise n'a pas de propriétaire, d'abord parce qu'elle n'a pas d'existence juridique, nous l'avons vu. Mais la société commerciale elle-même, qui lui sert de support juridique, n'a pas de propriétaire. Ses actionnaires ne peuvent pas signer de contrat en son nom, encore moins se servir parmi ses biens, ce qui correspondrait à l'application au sens strict du droit de propriété. Seuls les mandataires sociaux peuvent passer des contrats au nom de la société, non des actionnaires, sous la direction et la supervision d'un conseil d'administration.

Les actionnaires sont seulement propriétaires de leurs actions, émises par la société par actions qui sert de support juridique à l'entreprise. Ces actions leur donnent des droits particuliers, définis par la loi et les statuts de la société, à savoir le droit de vote à l'Assemblée générale, ainsi que le droit de recevoir les dividendes. La société permet de limiter la responsabilité des apporteurs de capitaux⁶⁰. Cela permet un investissement sans intervention directe dans la gestion, c'est le principe d'autonomie de la personnalité morale. Les actionnaires ne sont donc pas propriétaires pour cette raison aussi, qu'ils ne sont pas responsables des mésaventures sociétaires. Ils ne sont pas responsables sur leurs biens propres tant qu'ils ne s'immiscent pas dans la gestion, sous peine d'être qualifiés de gérant de fait. Une telle immixtion serait en quelque sorte un abus de pouvoir, un moyen de se soustraire aux risques et aux conséquences de son action.

Les administrateurs sont pour leur part désignés en assemblée générale des actionnaires mais ne peuvent pas recevoir en droit de mandat impératif de ces derniers. Ils doivent, comme les

⁵⁶ Supiot A., *Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité*, Collège de France, 2018, p. 1-9.

⁵⁷ Friedman, Milton, "The social responsibility of business is to increase its profits", New York Times, 13 septembre 1970

⁵⁸ Robé J-P., "Being Done With Milton Friedman", *Accounting, Economics, and Law*, 2012, vol. 2, issue 2, p.1-33.

⁵⁹ Freeman, R.E., *Strategic management: A stakeholder approach*. Vol. 1, Pitman, 1984.

⁶⁰ Sauf dans le cas des sociétés à risque illimité (sociétés civiles, sociétés en nom collectif) et sauf pour les commandités dans les sociétés en commandite simple ou par actions.

mandataires sociaux, agir dans l'« intérêt social » de la société, lequel est différent de l'« intérêt commun des associés » : toute la jurisprudence de la Cour de cassation de ces cinquante dernières années va dans ce sens.

Il est vrai qu'au XIX^{ème} siècle, au début des sociétés par actions, les mandataires sociaux étaient souvent aussi de grands actionnaires : le mandataire social gère donc le patrimoine de la société dont il détenait une bonne partie des actions. Avec la disparition des fondateurs, les héritiers héritent de ce dont leurs parents étaient réellement propriétaires : le capital financier. Au fil des années la distinction va croissant. On peut d'ailleurs ici rappeler que l'actionnaire qui achète ses actions sur le marché secondaire (donc en bourse) ne finance pas la société : il achète un actif financier en fonction des performances financières passées et attendues de l'entreprise. Il verse un prix au vendeur. La société, elle, ne reçoit rien de lui⁶¹.

Si les actionnaires sont donc pleinement propriétaires de leurs actions, c'est par un raccourci qu'on les présente comme propriétaires de l'entreprise. L'actionnaire, même majoritaire, ne dispose pas de titre de propriété sur la société, parce qu'elle n'est pas une marchandise, mais un sujet de droit. Or nul n'est propriétaire d'une personne morale, que ce soit une fondation, une association ou une société.

L'entreprise est une institution

« N'importe quel observateur avisé peut constater que l'entreprise américaine a cessé d'être un mécanisme économique privé pour devenir une institution » Berle & Means⁶²

Les théories économiques néoclassiques faisant de l'entreprise un « nœud de contrats »⁶³ ont pour corollaire un sentiment d'irresponsabilité. Le succès de tout collectif dépend, dans ces théories, non de la capacité à construire une vision partagée, mais de la capacité d'une multitude d'individualités de maximiser l'efficacité par des contrats, des contrôles, des incitations etc. C'est une vision asséchante bien éloignée de la réalité de l'entreprise actuelle. La recherche montre d'ailleurs qu'un tel formalisme juridique et économique passe à côté des phénomènes d'adhésion, de confiance, de coopération et même parfois de dévouement mis en œuvre par les personnes du collectif⁶⁴. Le biais de la vision « contractualiste » empêche de voir l'entreprise comme un collectif humain, alors que la mobilisation du salarié, comme personne dans toutes ses dimensions, notamment de créativité, est une caractéristique des évolutions récentes de l'entreprise⁶⁵.

⁶¹ Les mouvements sur le marché secondaire créent de la liquidité, mais cela ne finance pas la société.

⁶² Berle A.A. (1932), Means G., *The Modern Corporation and The Private Property*, McMillan, New York.

⁶³ Alchian A. A. et Demsetz H. (1972), « Production, Information Costs, and Economic Organization », *American Economic Review*, 62, december, pp.777-795 ; Jensen M. C. et Meckling W. H. (1976), « Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Cost, and Ownership Structure », *Journal of Financial Economics*, 3, pp. 305-360 ; Williamson, O.E.(1985) *The Economic Institutions of Capitalism*, New York Free Press.

⁶⁴ C'est ce qu'illustrent notamment les travaux sur les « entreprises libérées » : Carney B.M., *Quand la liberté des salariés fait le bonheur des entreprises*, Liberté et cie, Flammarion, 2012.

⁶⁵ Roger B., 2011, « L'entreprise et la personne » in Baudoin R. (éd.), *L'entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales*. Collèges des Bernardins, p. 105-149.

Il est incohérent intellectuellement d'affirmer la prééminence de l'actionnaire dans la gouvernance à partir de la théorie d'une entreprise coquille vide abritant uniquement une multitude de contrats et dans le même temps, de prendre appui sur la « liberté d'entreprendre »⁶⁶. Il y a un « centre d'intention, de jugement et d'action »⁶⁷ ou il n'y en a pas. Si l'on approfondit la thèse du nœud de contrats et d'un objectif de maximisation de la valeur actionnariale, alors l'action légitime de l'entreprise est uniquement le respect de la loi, et la puissance publique est encouragée à légiférer sur chaque problème. Si l'on explore au contraire la distinction, parmi les conduites légales, entre celles qui sont légitimes et celles qui ne le sont pas, alors il faut commencer par reconnaître que l'entreprise peut poursuivre un intérêt collectif à son échelle, par la recherche d'un équilibre entre les personnes et groupes y prenant part. Cela ne signifie pas pour autant faire entrer ces « parties prenantes » dans le gouvernement de l'entreprise, qui doit au contraire être réservé aux « parties constituantes » de l'entreprise⁶⁸.

Le Code civil n'est pas coupable... mais ne permet pas de protéger sur la durée les engagements volontaires de certaines entreprises

Le Code civil ne fait pas référence à l'entreprise, mais à la société. Un bon tiers des auditions a porté sur certains des articles clefs de voûte du droit des sociétés, les articles 1832, 1833 et 1835 du Code civil. De nombreux juristes ont apporté leurs éclairages⁶⁹.

Art. 1832 ⁷⁰	« 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. »
Art. 1833 ⁷¹	« Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. »
Art. 1835	« 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. »

Ces articles ont été rédigés dans les premières années du XIX^{ème} siècle, dans un contexte économique très différent du nôtre, avec un capitalisme principalement familial, dans lequel l'entrepreneur était souvent l'un des associés majoritaires ou un de ses proches.

⁶⁶ de Béchillon, Denys. « Le volontarisme politique contre la liberté d'entreprendre », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, vol. 49, no. 4, 2015, pp. 5-14.

⁶⁷ Pettit, Philip. « Deux sophismes à propos des personnes morales », *Raisons politiques*, vol. 56, 2014, p.5-23.

⁶⁸ Cf. partie 4.2.

⁶⁹ Avocats, professeurs de droit, conseillers d'Etat, en particulier deux présidents de section, des membres de la Cour de cassation, en particulier la présidente de la chambre commerciale, financière et économique, voir la liste des personnes rencontrées.

⁷⁰ Cet article a été modifié à deux reprises depuis 1804 : en 1978 et en 1985, avec l'introduction de la notion d'« entreprise commune » et la possibilité d'instituer la société par la volonté d'une seule personne (à l'occasion de l'introduction en droit français de l'EURL – Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée)

⁷¹ Cet article est, en substance, inchangé depuis 1804 (« constituée » a remplacé « contracté » en 1978)

Ces textes passent sous silence l'entreprise et l'ensemble des personnes qui y contribuent à côté des associés, parce que la question ne se posait pas vraiment à l'époque de leur rédaction. Bien que modifiés en 1978 et 1985, force est de constater qu'ils ne reflètent plus la réalité de nombreuses sociétés et de pratiques nouvelles, dont ils n'ont cependant pas freiné l'éclosion.

Pourtant, contrairement à ce que l'on a souvent dit et écrit, l'article 1833 du Code civil ne dispose en rien que la société doit avoir pour objet l'intérêt exclusif des associés et encore moins que le profit doive être maximisé. Si l'on met de côté la licéité de l'objet, la phrase peut être ainsi lue : « *Toute société doit [...] être constituée dans l'intérêt commun des associés* »⁷². Il n'est pas écrit « dans le seul intérêt des associés » ou « dans l'intérêt des associés » mais « dans l'intérêt commun des associés ». La phrase insiste donc simplement sur la règle d'égalité entre associés⁷³.

L'article 1833 au complet – « *Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés.* » – n'indiquait pas un horizon limité aux associés et à la logique de profit, puisque les sociétés anonymes devaient faire l'objet d'une autorisation par décret en Conseil d'Etat jusqu'en 1867, en fonction du critère d'intérêt public. Le Code civil a donc été ouvert dès l'origine à la poursuite d'intérêts collectifs sous réserve de profitabilité, ou de profitabilité sous réserve d'intérêts collectifs, selon le point de vue. C'est un point qui a son importance pour une éventuelle modification de cet article⁷⁴. La situation n'est aujourd'hui pas la même que dans la première moitié du XIXe siècle, c'est une évidence. Mais l'argument de conserver une pureté lucrative originelle apparaît néanmoins douteux.

Désormais le plus souvent, la mention statutaire de l'objet social (requis par l'article 1835) est rédigée sous la forme d'un inventaire des activités potentielles de la société, souvent beaucoup plus large que le champ des activités réelles⁷⁵. Cela permet d'ailleurs de poursuivre certaines activités d'intérêt public, qui sont, comme nous l'avons dit plus haut, admises par le juge dès lors que (i) elles sont proportionnées à l'activité de la société ; (ii) elles sont dotées d'une contrepartie pour la société (en termes d'image, de notoriété, de développement, de recherche etc.) ; (iii) elles reposent sur un choix assez impartial du projet soutenu⁷⁶. Néanmoins, pour Segrestin et al. (2015), « *Le droit des sociétés ne fournit aucun moyen de protéger les stratégies d'innovation ambitieuses ou les engagements sociaux des entreprises quand le contrôle du capital change de main par exemple.* »⁷⁷.

Et il ne protège pas du court-termisme

Les dirigeants peuvent rarement invoquer l'intérêt social de l'entreprise pour justifier des décisions qui vont momentanément à l'encontre des intérêts immédiats d'une des parties prenantes, s'il en va

⁷² Article 1833 du Code civil : « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. »

⁷³ La question d'une participation du travail à la gouvernance ne se posait sans doute pas au moment de sa rédaction, les ouvriers étant des cocontractants de droit commun par le louage de service, comme de simples fournisseurs, et non dans une relation de subordination.

⁷⁴ Cf. partie 3.3.

⁷⁵ Segrestin B, Levillain K, Vernac S, Hatchuel A, La « Société à Objet Social Etendu », Presses des Mines, 2015, p.64

⁷⁶ Xavier Delsol, « Mécénat d'entreprise et intérêt social : quels risques en particulier d'abus de biens sociaux ? » in *Actes Pratiques et Stratégie Patrimoniale* avril-juin 2014, pp. 35 et s., spéc. n° 18-23.

⁷⁷ Segrestin B, Levillain K, Vernac S, Hatchuel A, La « Société à Objet Social Etendu », Presses des Mines, 2015, p.17

de la prospérité et de la pérennité de l'entreprise à terme. S'ils sont censés gérer dans l'intérêt social, les dirigeants ne semblent guère avoir les moyens en pratique de s'opposer à des actionnaires qui leur demanderaient de maximiser la valeur actionnariale jusqu'à mettre en péril l'avenir de la société. Pour Hatchuel et Segrestin, « *les mandataires sociaux ne sont pas, en droit, des "agents" des actionnaires. Mais en pratique, et depuis la vague de la corporate governance, leur marge de manœuvre s'est de facto réduite à celle d'un agent* »⁷⁸.

On peut alors revenir à la citation du Doyen Ripert, pour en mesurer toute la portée. Il semble fournir, à sa manière, un avis éclairé sur la lettre de mission qui nous a été confiée par les membres du Gouvernement : « *La société anonyme est un merveilleux instrument créé par le capitalisme moderne pour collecter l'épargne en vue de la fondation et de l'exploitation des entreprises. Il est plaisant, je l'ai dit, de voir proposer comme but de la réforme des sociétés la défense de l'épargne. La société par actions n'a pas été construite pour la défendre, mais pour la conquérir. C'est une machine juridique aussi utile que celles que l'industrie utilise. La science du droit connaît, elle aussi, une ère du machinisme.* »⁷⁹.

*

On dit qu'une erreur, même répétée, ne crée pas un droit acquis⁸⁰. Mais l'erreur de Milton Friedman, à force d'être répétée, a enfermé l'entreprise dans une pratique pernicieuse. Une modification du Code civil ne serait-elle pas apte à affranchir l'entreprise de cette pratique devenue norme sociale ?

Pourquoi attacher tant d'importance au droit ? Parce qu'il constitue, comme la comptabilité, un langage, une manière de penser. Celle sur laquelle tout le monde en dernier ressort doit s'entendre. En cas de conflit, c'est à ce langage que l'on se réfère.

La démarche RSE exprime une ambition, celle de voir le gouvernement des sociétés commerciales intégrer dans ses réflexions et ses décisions, les conséquences que leurs activités font peser sur l'environnement. Les entreprises assument de nouveaux devoirs, elles les revendiquent, ne faudrait-il pas les consolider, les traduire dans le droit des sociétés pour qu'il reflète et accompagne ces nouvelles pratiques ?

⁷⁸ Hatchuel A, Segrestin B, *Refonder l'entreprise*, février 2012, p.67

⁷⁹ Ripert Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1946, p. 106.

⁸⁰ Cour de Cassation, Chambre sociale, du 10 mai 1979, 78-40.296

PARTIE 2 – LA RESPONSABILITE DES ENTREPRISES PREFIGURE LA RAISON D'ETRE

2.1. L'essor de la responsabilité des entreprises

Les entreprises se sont emparées du sujet de la RSE, tantôt par conviction, tantôt dans leur intérêt bien compris de maîtrise des risques, de communication ou d'amélioration de leurs performances. La perspective de textes de loi ou la pression par les pairs, les salariés ou les investisseurs est également un facteur de mobilisation. Dans ces derniers cas de RSE mi-volontaire mi-contrainte, le droit souple fournit des repères concrets, régulièrement mis à jour et surtout appliqués par des entreprises concurrentes ou partenaires.

Les entreprises françaises présentent de bons résultats environnementaux et sociaux

Une récente étude⁸¹ estime que les entreprises françaises présentent de bons résultats en matière de RSE et se classent devant les entreprises situées dans les BRICS⁸² et dans le reste de l'OCDE sur les thèmes environnementaux et sociaux. En revanche sur les enjeux de corruption et de pratiques anticoncurrentielles, l'étude estime que les entreprises françaises restent derrière les entreprises situées dans les autres pays de l'OCDE, bien que l'écart tende à se réduire par rapport à l'observation faite en 2015.

La RSE renforcerait la performance économique

Il existe plus d'une centaine d'études empiriques sur l'impact de la RSE sur la performance économique des entreprises. Si la plupart des études concernent les États-Unis, certaines portent sur la France essentiellement à partir de données Vigeo-Eiris, agence de notation extra-financière et d'audit-conseil en RSE⁸³. France Stratégie a ainsi publié en 2016 une étude sur un échantillon de 8500 entreprises⁸⁴.

Quelles que soient la mesure de la performance économique (profit par tête, excédent brut d'exploitation ou valeur ajoutée par tête) et la dimension de la RSE (environnement et éthique,

⁸¹ Ecovadis pour le médiateur des entreprises, *Comparatif de la performance RSE des entreprises françaises avec celle des pays de l'OCDE et des BRICS*, 2017.

⁸² BRICS : Acronyme anglais apparu en 2001 et désignant les cinq principales économies émergentes du monde : Brésil, Russie, Inde, Chine et Afrique du Sud

⁸³ Présidée par Nicole Notat, co-auteur du rapport.

⁸⁴ « Responsabilité sociale des entreprises et compétitivité. Évaluation et approche stratégique » de Salima Benhamou et Marc-Arthur Diaye, France Stratégie, en collaboration avec Patricia Crifo, Université Paris-Ouest Nanterre et École polytechnique. Janvier 2016

ressources humaines, relation client, relation fournisseur), l'étude observe un écart de performance économique d'environ 13 % en moyenne entre les entreprises qui mettent en place des pratiques RSE et celles qui ne le font pas :

« Ces écarts de performance moyenne varient selon les dimensions observées : ils s'échelonnent de 5 % pour la relation client à 20 % pour la dimension « ressources humaines ». Les entreprises qui mettent en place des pratiques RSE semblent ainsi concilier management responsable (envers les clients et fournisseurs, envers les salariés), respect de l'environnement et exigence de compétitivité. Cet écart de performance moyenne, qui traduit une corrélation robuste, peut être dû à un effet direct de la mise en place des pratiques RSE, ou au contraire à l'appétence pour la RSE des entreprises en bonne santé. Il peut aussi provenir de l'effet indirect d'une plus grande efficacité organisationnelle ou d'une attractivité renforcée de ces entreprises auprès de salariés plus motivés donc plus productifs. La supériorité du gain économique imputable à la dimension « ressources humaines » peut s'expliquer par une meilleure valorisation du capital humain et organisationnel de l'entreprise : fondées sur le renforcement continu des compétences et sur le développement de dispositifs managériaux collaboratifs, les pratiques RSE favorisent ici l'innovation organisationnelle, améliorent le climat social et l'efficacité du capital humain spécifique, avec des effets positifs renforcés sur la performance de l'entreprise. Par ailleurs, la synergie entre la mise en place d'une démarche RSE en matière de ressources humaines et d'autres démarches RSE sur le champ environnemental ou sociétal peut démultiplier la performance des entreprises par une plus grande implication des salariés dans la recherche de pratiques innovantes. Le sens de la causalité entre ces différentes dimensions n'est toutefois pas nécessairement univoque, et des facteurs non observés peuvent également contribuer à ces relations observées »⁸⁵.

2.2. Le « droit souple » et la loi sont trop souvent opposés

La distinction « soft law » et « hard law » aboutit trop souvent à les opposer. Ainsi en matière de gouvernement d'entreprise, des modifications du Code de AFEP-MEDEF sont souvent envisagées pour « éviter une loi »⁸⁶. Rappelons ici que par « droit souple » ou « soft law » on entend des règles ayant notamment pour origine le monde économique et social sans portée juridiquement obligatoire et non assorties de la contrainte qui s'attache en général aux règles édictées par l'Etat.

Pourtant ces outils, droit souple et droit dur, sont le plus souvent complémentaires. Dans son étude annuelle de 2013⁸⁷, le Conseil d'Etat, par la voix de Jean-Marc Sauvé, son vice-président, soulignait ainsi : « il n'existe aucune contradiction entre la reconnaissance du droit souple ainsi que son

⁸⁵ « Responsabilité sociale des entreprises et compétitivité. Évaluation et approche stratégique » de Salima Benhamou et Marc-Arthur Diaye, France Stratégie, en collaboration avec Patricia Crifo, Université Paris-Ouest Nanterre et École polytechnique. Janvier 2016

⁸⁶ Reuters, *L'Afep-Medef tente d'éviter une loi sur le "say on pay"*, 20 mai 2016. Il convient ici de rappeler qu'au-delà du Code AFEP MEDEF s'appliquant à 104 sociétés du SBF 120, il existe également le code de gouvernance Middledenext, appliqué par 195 valeurs moyennes et petites cotées et un code AFG (Association Française de Gestion) qui concerne les sociétés de gestion de fonds.

⁸⁷ Conseil d'Etat, Etude annuelle 2013, *Le droit souple*, octobre 2013

expansion et une meilleure qualité du droit. En donnant un plus grand pouvoir d'initiative aux acteurs, et au-delà plus de responsabilités, le droit souple contribue à oxygéner notre ordre juridique. Par un emploi raisonné, il peut pleinement contribuer à la politique de simplification des normes et à la qualité de la réglementation. » Le Conseil d'Etat recommandait ainsi de doter les pouvoirs publics français d'une doctrine de recours et d'emploi du droit souple et formulait 25 propositions pour un usage raisonné de ce droit souple en France. La RSE fournit l'exemple d'un droit souple progressivement pourvu d'une force quasi-normative.

Du fait de son origine, le droit souple est souvent adapté aux réalités de l'entreprise, et est plus facile à faire évoluer en fonction des pratiques et des attentes des partenaires de l'entreprise. Il est aussi plus flexible, et peut avoir une portée extraterritoriale dont la loi est dépourvue, sauf exceptions. Plusieurs des personnes que nous avons auditionnées ont souligné que la régulation par le droit souple en matière de gouvernement d'entreprise doit offrir certaines garanties pour être efficace : les normes doivent être élaborées de manière transparente et concertées par le biais de consultations publiques et impliquant les principales parties prenantes ; elles doivent être révisées périodiquement et pas seulement sous la pression de la Société ; elles doivent faire l'objet d'un suivi et d'un contrôle par une autorité indépendante et transparente (privée ou publique).

2.3. La déclaration RSE est légalement obligatoire, mais son contenu est façonné par le droit souple

Le droit souple international a fourni un standard utile en matière de RSE

Dès le milieu des années 1970 avec l'apparition des « principes directeurs de l'OCDE⁸⁸ à l'égard des entreprises multinationales », le droit souple a commencé à introduire un certain nombre de principes d'actions, dans les dimensions sociale, environnementale et de gouvernance. En parallèle on a assisté au développement d'initiatives originales – à l'image, par exemple, du Pacte Mondial (« Global Compact »⁸⁹) en 1999 : engagement volontaire des entreprises, avec engagement à rendre compte.

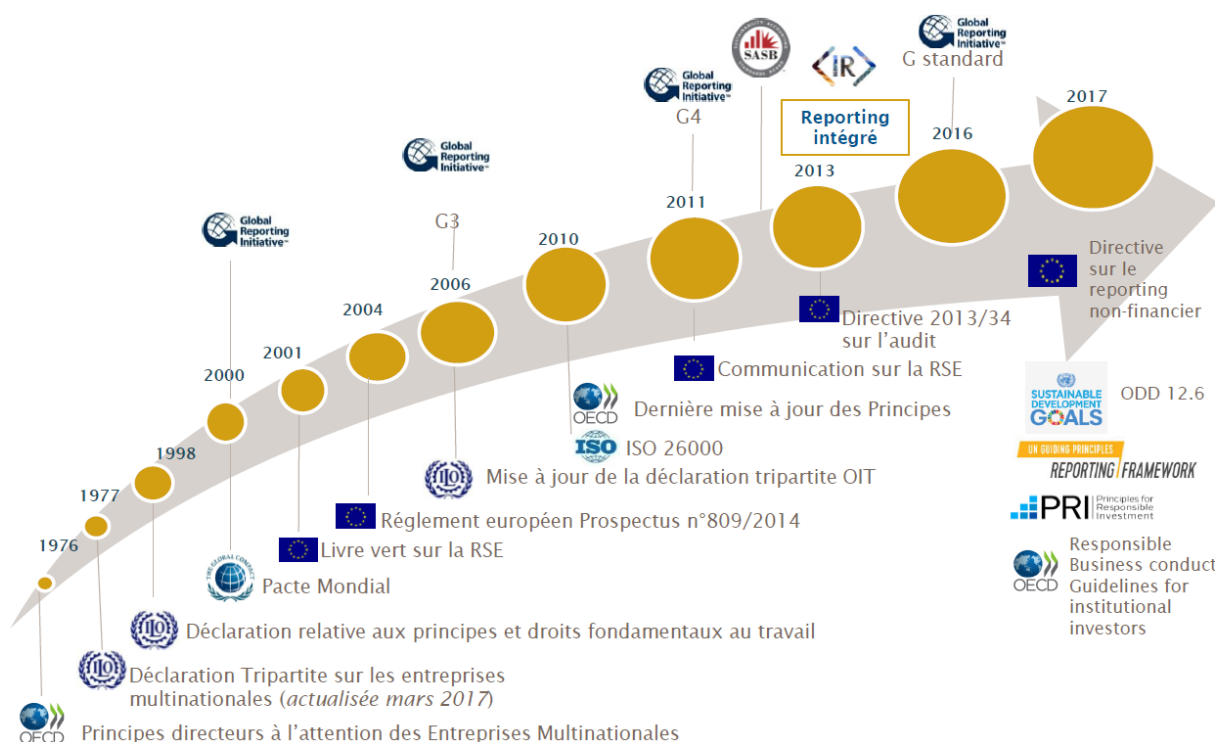
Les entreprises multinationales européennes sont par exemple de plus en plus nombreuses à conclure des accords-cadres mondiaux (ACM) ou européens. Ces accords cadres sont des instruments négociés entre une entreprise multinationale et une fédération syndicale européenne

⁸⁸ Organisation de Coopération et de Développement Economiques

⁸⁹ Le Global Compact des Nations Unies rassemble entreprises, organisations, agences des Nations Unies, monde du travail et société civile autour de dix principes universellement reconnus pour construire des sociétés plus stables et inclusives. Cadre d'engagement volontaire, référentiel international, plateforme d'actions et d'échanges, le Global Compact est la plus large initiative mondiale en matière de responsabilité sociétale avec plus de 12 000 participants dans 170 pays. Ces dix principes sont : soutenir et respecter la protection des droits de l'homme dans la sphère de leur influence ; s'assurer que leur propres sociétés ne sont pas complices d'abus de droits de l'homme ; la liberté d'association et la reconnaissance du droit aux associations collectives ; l'élimination de toutes les formes de travail forcé et obligatoire ; l'abolition du travail des enfants ; l'élimination de la discrimination dans le travail et les professions ; soutenir une approche préventive pour les défis environnementaux ; prendre une initiative pour renforcer la responsabilité environnementale ; encourager le développement et la diffusion des technologies environnementales ; lutter contre la corruption.

ou mondiale en vue d'établir une relation continue entre les parties et de garantir que l'entreprise respecte les mêmes normes dans tous les pays où elle opère. Ces accords s'appuient sur des instruments et des principes internationaux, tels les conventions de l'OIT⁹⁰, la Déclaration de l'OIT sur les entreprises multinationales, les Principes directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales ou les Principes directeurs des Nations-Unies sur les entreprises et les droits de l'Homme. Un nombre croissant des ces accords-cadres mondiaux fait référence à la chaîne d'approvisionnement mondiale des entreprises. Les multinationales d'origine française sont reconnues comme les plus enclines et les plus nombreuses à signer des accords-cadres mondiaux, devant l'Allemagne et la Suède par exemple.

Graphique 3 - Initiatives institutionnelles définissant la RSE en appui sur les normes de l'ONU et de l'UE



Source : Vigeo-Eiris⁹¹

Une obligation légale de déclaration

La loi de son côté, a posé des obligations de transparence⁹² qui ont constitué un cadre, une procédure de reddition des comptes. Le contenu des rapports RSE a été largement déterminé par les référentiels internationaux précédemment mentionnés. En France, la loi sur les nouvelles régulations économiques (NRE) du 15 mai 2001 a d'abord invité l'ensemble des sociétés cotées à publier dans leur rapport annuel de gestion des informations portant sur 19 rubriques sociales et environnementales. Puis, à la faveur de l'élan créé par la démarche du « Grenelle de l'environnement », l'obligation de transparence a été étendue par la loi « Grenelle II » du 12 juillet

⁹⁰ Organisation Internationale du Travail

⁹¹ Présidée par Nicole Notat, co-auteur du rapport.

⁹² « reporting RSE » devenu « reporting extrafinancier ».

2010, qui s'est appliquée aux sociétés de plus de 500 salariés et 100 millions d'euros de chiffre d'affaires. La vérification par un organisme tiers indépendant (OTI) accrédité par le COFRAC⁹³, a été une spécificité française. La publication d'un bilan carbone a été ajoutée en 2011 dans le Code de l'environnement⁹⁴, qui s'applique (contrairement aux obligations précédentes) à toutes personnes morales de droit privé employant plus de cinq cents personnes, quelle que soit la forme statutaire. Ces obligations ont eu un double effet. L'un positif, de « voiture-balai », de mise en conformité minimale, et l'autre, négatif, d'avoir réduit la démarche dans certaines entreprises, à un simple exercice de conformité par cochage de cases. Le dernier texte français en la matière a néanmoins cherché à lever cette faiblesse⁹⁵.

L'interpénétration entre la loi et le droit souple semble également exister pour l'investissement socialement responsable (ISR). On peut par exemple noter que les organisations syndicales ont créé en 2002 un label pour l'épargne salariale qui a joué un rôle important dans le développement de l'investissement socialement responsable en France. La loi de son côté, a posé en 2015 une obligation de transparence aux banques, investisseurs et gestionnaires d'actifs⁹⁶.

2.4. Une judiciarisation se développe sans nouvelle loi

La RSE se judiciarise, à la recherche d'une « responsabilité solidaire »

La Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH), saisie par le Gouvernement en vue de l'application des Principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme⁹⁷, a recommandé un régime de responsabilité des sociétés-mères pour des actes commis par leurs filiales à l'étranger, afin de mettre le droit français en conformité avec le Principe directeur n°26. La CNCDH observait que cette responsabilité était empêchée par le principe d'autonomie des sociétés⁹⁸ et que les victimes de la filiale étrangère d'une société française ne pouvaient pas exercer de recours en France, alors même que la filiale n'est pas en mesure d'assumer financièrement les conséquences de ses activités dommageables.

C'est néanmoins en l'absence d'une nouvelle loi que la responsabilité de Total a été engagée dans l'affaire *Erika*⁹⁹ à partir d'éléments d'une charte de l'entreprise. La Cour de cassation a en effet caractérisé la responsabilité pénale et civile, en se référant non pas à du « droit dur » mais à du

⁹³ Le Comité français d'accréditation (Cofrac) est une association chargée de délivrer les accréditations aux organismes intervenant dans l'évaluation de la conformité en France. Plus précisément, il s'agit d'une association loi de 1901 à but non lucratif, fondée en 1994 à Paris par les pouvoirs publics.

⁹⁴ Article L229-25 du Code de l'environnement.

⁹⁵ Ordonnance du 19 juillet 2017, qui notamment transpose la directive européenne n° 2014/95/UE.

⁹⁶ Article 173-VI de la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte, du 17 août 2015.

⁹⁷ CNCDH, *Entreprises et droits de l'homme : avis sur les enjeux de l'application par la France des Principes directeurs des Nations unies*, Assemblée plénière du 24 octobre 2013.

⁹⁸ Article 1842 du Code civil

⁹⁹ Le contrôle de la société-mère sur la filiale ayant été prouvé. Cass. Crim, 25 septembre 2012 n° 10.82-938 ; voir notamment Daoud E. et Le Corre C. « La responsabilité pénale des personnes morales en droit de l'environnement », *Revue Lamy du droit de l'environnement industriel*, mars 2013.

« droit mou », en l'espèce aux règles de contrôle interne que la société avait mises en place volontairement. Cela peut conduire à envisager une « judiciarisation de la RSE »¹⁰⁰, bien que cette jurisprudence soit pour le moment isolée, notamment au regard du cas du *Tramway de Jérusalem*¹⁰¹ dans lequel la Cour d'appel de Versailles a refusé de reconnaître la même valeur juridique au code éthique des entreprises concernées.

De lourdes sanctions extraterritoriales ont suscité des politiques de « conformité »

Une étude Vigeo-Eiris de 2015¹⁰² a montré qu'en 2012 et 2013, près de 20% d'un échantillon de 2500 entreprises cotées ont fait l'objet d'une sanction en rapport avec au moins un facteur de responsabilité sociale. Ces poursuites ont représenté quelques 95,5 milliards d'euros. 30% des entreprises sanctionnées sont situées en Amérique du Nord et 22% en Europe, et les Etats-Unis sont à l'origine de 48% des sanctions. Le comportement sur les marchés représente 63% des montants des sanctions, les engagements sociétaux 17%, les droits humains 8% et l'environnement 6%.

Face à ce risque de sanctions, certaines entreprises mettent en place des politiques de « conformité » (de l'anglais « *compliance* »). Issue du domaine financier, la conformité regroupe les processus permettant de s'assurer du respect des normes applicables à l'entreprise ainsi que des valeurs de celle-ci par ses membres.

Il est utile de préciser ici que la France est loin d'avoir été pionnière sur certains de ces sujets : à titre d'exemple les législations américaine ou britannique en matière de lutte contre la corruption sont plus anciennes et parfois plus sévères que la nôtre.

¹⁰⁰ Martin-Chenut, K., « Juridicisation et judiciarisation de la RSE. Le rôle du droit international des droits de l'homme », in *Entreprise et responsabilité sociale en questions*, Chanteau J-P. et al, Classiques Garnier, 2017, p.239-260.

¹⁰¹ CA Versailles, 3e ch., 22 mars 2013, n° 11/05331.

¹⁰² Vigeo-Eiris, *Responsabilité Sociale d'Entreprise : le coût des sanctions*, mai 2015. Vigeo-Eiris est présidée par Nicole Notat, co-auteure du rapport.

PARTIE 3 – L'ENTREPRISE NE POURSUIT NI L'INTERET GENERAL NI LA MAXIMISATION DU PROFIT, MAIS UN INTERET COLLECTIF

3.1. L'entreprise ne poursuit pas l'intérêt général

L'expression de l'intérêt général demeure du ressort de la loi

La notion de bien commun, d'inspiration chrétienne, a été supplantée au XVIII^{ème} siècle par celle d'intérêt général comme fondement, finalité et légitimité de l'action publique, dans un registre rationnel. Il revient dans cette conception à la loi de définir l'intérêt général, au nom duquel les services de l'Etat, sous le contrôle du juge, édictent les normes réglementaires nécessaires à l'application de la loi. Dans la conception républicaine française, cet intérêt général n'est pas le fruit d'un ajustement spontané des intérêts particuliers, mais l'expression d'une volonté générale nécessitant une prise de recul du citoyen vis-à-vis de son intérêt particulier, et parfois son dépassement, à tel point que Nicolet (1982) parle du « métier de citoyen »¹⁰³.

Friedman, dans son article niant l'existence de toute responsabilité sociale de l'entreprise, décrit même un monopole accordé au politique dans la définition de l'intérêt général, et considère que la poursuite d'objectifs sociétaux par les chefs d'entreprises en feraient des « fonctionnaires ». Il avance que les individus en charge de ces objectifs doivent être « élus dans un processus politique »¹⁰⁴. Schmidt (2017) fait de plus remarquer qu'au niveau de l'entreprise, l'intérêt général « se prête à des revendications opposées. On pourrait avancer que les entreprises d'armement, de tabac ou de jeux contrarient l'intérêt général et réclamer leur interdiction, ou répliquer qu'elles procurent de nombreux emplois et réclamer leur développement. »¹⁰⁵.

L'intérêt des parties prenantes est complexe à définir et n'appartient pas à la tradition juridique française

Certaines personnes auditionnées ont en particulier fait valoir la grande complexité qu'il y aurait à gérer une entreprise « dans l'intérêt de ses parties prenantes ». Par exemple, « supposons que les associés veulent que la société emprunte pour financer le versement d'un dividende ou un rachat d'actions ; [si] le dirigeant [...] décide que l'intérêt de l'entreprise commande de passer outre la demande des associés, il s'expose à une révocation, ce qui ne résout pas la crise »¹⁰⁶. Pour éviter de

¹⁰³ Claude Nicolet, *L'Idée républicaine en France - Essai d'histoire critique (1789-1924)*, Gallimard, 1982.

¹⁰⁴ Friedman, Milton, "The social responsibility of business is to increase its profits", New York Times, 13 septembre 1970

¹⁰⁵ Schmidt D., *La société et l'entreprise*, Recueil Dalloz 2017 p.2380

¹⁰⁶ Schmidt D., *La société et l'entreprise*, Recueil Dalloz 2017 p.2380

paralyser la gestion de l'entreprise, il faudrait alors prévoir un véritable droit de l'entreprise, avec des organes de gouvernance (conseil, assemblée générale) représentant les personnes affectées par l'activité de l'entreprise : mais selon quelle représentativité ? La réponse à cette question n'a pas été apportée lors des auditions.

La théorie des parties prenantes, venue des Etats-Unis¹⁰⁷, est compatible avec une conception utilitariste de l'intérêt général. Cette conception, plutôt anglo-saxonne, définit l'intérêt général comme cohérence spontanée d'intérêts particuliers, grâce à la recherche par les agents économiques de leur utilité. Elle s'oppose à la conception française, marquée par un dépassement des intérêts particuliers par la prise de recul du citoyen par rapport à son propre intérêt particulier et par la position de surplomb du législateur. Le fait que la plupart des prises de positions critiques à l'égard des projets de modification du Code civil se soient cristallisées sur la prise en compte des parties prenantes montre finalement l'attachement à la conception française et républicaine de l'intérêt général.

Pour que la greffe des objectifs sociaux et environnementaux prenne dans le Code civil, il faut les introduire grâce à une conception compatible avec la tradition juridique et politique française. Appliquer la conception républicaine à l'entreprise donne un résultat clair et utile. Un citoyen ne détermine pas à lui seul l'intérêt général mais y contribue par une prise de distance vis-à-vis de ses propres intérêts notamment lorsqu'il vote. De la même façon, une entreprise n'est pas le lieu de détermination de l'intérêt général. Néanmoins, dans l'entreprise après un temps pour l'efficacité économique, il doit y avoir un temps pour la prise de recul, pour la prise en considération des enjeux et conséquences sociaux et environnementaux de son activité. Cette conception républicaine de la place de l'entreprise dans la Cité a été concrétisée par des chercheurs français, notamment autour de la notion d'ordre juridique propre à l'entreprise, et de *parties constituantes*.

L'entreprise et l'utilité commune de ses parties constituantes

Les recherches tendant à penser l'ordre juridique et politique propre¹⁰⁸ que constitue l'entreprise autour d'un processus de création et d'innovation collective¹⁰⁹ semblent à la fois plus sérieuses et correspondre mieux à la réalité. Ces recherches montrent que l'entreprise ne se réduit pas à un nœud de contrats reliant divers facteurs de productions prélevés sur un marché, mais correspond à un processus collectif créant des ressources qui n'existeraient pas sans elle (techniques, métiers et organisations nouveaux). Ces travaux montrent l'importance de la distinction entre « parties constituantes » de l'entreprises et « parties prenantes ». Dans cette analyse, si les associés forment la société, les associés et les salariés constituent l'entreprise :

- Ils mettent à disposition un potentiel (capital, compétence, capacité d'apprentissage, talent) et ils attendent que l'entreprise commune le fasse fructifier ;
- Ils mènent des activités réglées par l'entreprise ;
- Ils participent au contrôle de la gestion de l'entreprise (vote, participation à des instances sociales, au conseil d'administration).

¹⁰⁷ Freeman, R.E., *Strategic management: A stakeholder approach*. Vol. 1, Pitman, 1984.

¹⁰⁸ Robé JP., *Le temps du monde de l'entreprise*, Dalloz, 2015.

¹⁰⁹ Segrestin B, Levillain K, Vernac S, Hatchuel A, *La « Société à Objet Social Etendu »*, Presses des Mines, 2015.

L'engagement dans l'entreprise se fait sous l'autorité de gestion des dirigeants, qui veillent à faire progresser de façon équilibrée les potentiels des associés et salariés. Cette analyse de l'entreprise a pour mérite de correspondre à des réalités déjà ancrées :

- La présence obligatoire d'au minimum un administrateur salarié dans les conseils d'administration des sociétés de plus de 1.000 salariés¹¹⁰ ;
- Les évolutions récentes du droit du travail : la fusion des instances représentatives du personnel en un comité social et économique, instance unique dotée d'une vision économique globale de l'entreprise, donne corps à la collectivité de travail dans l'entreprise. Le développement des accords d'entreprise va également dans ce sens.

3.2. L'introduction de la RSE au cœur de l'objet social, un chemin entre l'option et l'obligation légale

Ni un supplément d'âme, ni des contraintes légales

Notre mission s'inscrit dans le contexte d'un débat sur l'objet social de l'entreprise, pris non pas au sens de la définition juridique dudit « objet social » mais plus largement – et plus fondamentalement peut-être – de sa finalité.

Dans notre esprit, il ne s'agit pas pour l'entreprise de définir et de poursuivre l'intérêt général, ni d'entreprendre une mission de service public, c'est-à-dire au nom de la puissance publique et selon un cadre fixée par elle. Il ne s'agit pas *a contrario* d'une action philanthropique ou de mécénat, reconnues comme d'intérêt général et encouragées par une déduction fiscale. Il ne s'agit pas non plus d'activités *pro bono*. Ces éléments correspondent à l'ancienne définition de la RSE : « *l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes* »¹¹¹.

Cette réflexion sur l'objet social revient à concrétiser la nouvelle définition de la RSE comme « *responsabilité des entreprises pour leurs impacts sur la société* »¹¹². Il s'agit de sortir de cette opposition binaire entre l'option et l'obligation. L'engagement de nature philanthropique visait à « *aider la société à guérir des maux qui ne sont pas du fait de l'entreprise* »¹¹³ alors qu'il s'agit désormais pour les entreprises d'adopter une conscience, une prévention voire une remédiation de leurs impacts. Face à l'existence d'une injustice structurelle¹¹⁴ du fait du morcellement des

¹¹⁰ Deux administrateurs salariés si le conseil d'administration compte plus de douze membres. Cf. annexe 9

¹¹¹ Livre vert de la Commission européenne, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, 18 juillet 2001.

¹¹² Communication de la Commission, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, 7 novembre 2012.

¹¹³ Reichberg G., Syse H., "The Idea of Double Effect – in War and Business" in Lene Bomann-Larsen and Oddny Wiggen (eds.), *Responsibility in World Business*, UNU press 2004, p.31.

¹¹⁴ Lorsqu'au sein d'un système économique, les inégalités, les relations de dépendance et d'exclusion se perpétuent et se renforcent lorsque chacun y poursuit son intérêt. Farmer P., "On Suffering and Structural Violence" (1996), *Daedalus* 125, 1996 ; Kleinman, A. "The Violence of Everyday Life: The Multiple Forms and

responsabilités dans l'organisation commerciale mondiale, et bien qu'aucune entreprise ne soit *légalement* responsable, il peut être *légitime* que toute entreprise tirant des bénéfices économiques de cette organisation, participe à la réduction des dommages sociaux et environnementaux en résultant. Cette optique est par exemple celle adoptée par les *Principes de Ruggie* en matière de droit de l'homme : « La responsabilité de respecter les droits de l'homme exige des entreprises: a) Qu'elles évitent d'avoir des incidences négatives sur les droits de l'homme ou d'y contribuer par leurs propres activités, et qu'elles remédient à ces incidences lorsqu'elles se produisent; b) Qu'elles s'efforcent de prévenir ou d'atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme qui sont directement liées à leurs activités, produits ou services par leurs relations commerciales, même si elles n'ont pas contribué à ces incidences »¹¹⁵.

Certaines personnes auditionnées ont enfin ajouté qu'une telle évolution semblait naturelle au regard des évolutions récentes du droit du travail qui ont renforcé la place l'accord d'entreprise.

Permettre à l'entreprise de concilier sa raison d'être et sa rentabilité

Pour reprendre la distinction posée par Vallaëys (2011)¹¹⁶ à la suite de Paul Ricoeur, entre une responsabilité comme imputation à l'égard du passé et une responsabilité comme mission pour le futur, la responsabilité des entreprises ne doit pas seulement s'envisager comme une procédure judiciaire venue d'en haut d'identification des causes du dommage et de ses auteurs. Une entreprise peut être considérée comme responsable en se dotant d'une mission ou « raison d'être » vis-à-vis de parties prenantes ou de l'environnement, ainsi que de procédures d'évaluation et de suivi de cette raison d'être.

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.

La comparaison avec le modèle associatif peut être éclairante. La gestion de l'association peut s'interpréter comme l'équilibre entre un objectif de maximisation de l'utilité sociale et un principe de réalité, qui est l'équilibre des comptes, et donc la recherche de recettes. *A contrario*, certaines sociétés commerciales peuvent chercher une maximisation du profit sans avoir un principe de réalité relatif à leurs impacts sociaux et environnementaux autres que la loi et la gestion des risques. On peut ainsi imaginer un dirigeant poursuivant un double objectif entre sa raison d'être, sa mission d'une part, et sa rentabilité d'autre part. De même, le modèle ancien des mutuelles vise à réinvestir les excédents dans les services destinés à leurs adhérents, et est doté d'une gouvernance particulière en ce sens.

Dynamics of Social Violence." in *Violence and Subjectivity*, edited by Das V., Kleinman A., Ramphel M., and Reynolds P., 1997, p.226–241 ; Gupta A. *Red Tape: Bureaucracy, Structural Violence, and Poverty in India*, 2012.

¹¹⁵ John Ruggie, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: mise en œuvre du cadre de référence "protéger, respecter et réparer" des Nations Unies*, 21 mars 2011, Principe directeur n°13.

¹¹⁶ Vallaëys F. (2011), *Les Fondements éthiques de la responsabilité sociale*, thèse de doctorat, Paris, Université Paris-Est.

Ainsi, au lieu de chercher à maximiser le profit financier pour en engager une partie à des fins philanthropiques, cette vision de la responsabilité comme raison d'être amène parfois à questionner le modèle économique de l'entreprise. L'entreprise américaine *Interface* spécialisée dans la production et la vente de moquettes et revêtements de sol a conduit une telle réflexion à partir de 1994. Elle a cherché à éliminer le déchet de son modèle économique en passant de la vente de moquette selon le modèle classique « produire/consommer/jeter » à un modèle de location en récupérant les produits en fin de vie pour les recycler. Elle a bouleversé sa chaîne logistique, et a dû surmonter un défi culturel vis-à-vis de ses clients¹¹⁷. De tels changements seraient difficiles à entraîner par une contrainte législative et réglementaire, qui entrerait dans une grande complexité et manquerait probablement sa cible. Un tel changement de modèle économique n'est pas à la portée de toutes les entreprises, et ne peut être mené que de manière volontaire par l'entreprise, et à son rythme. Une modification de l'objet social de l'entreprise serait un moyen pour l'entreprise de crédibiliser et de sécuriser cette démarche.

La définition d'une « **raison d'être** » (en anglais « purpose »¹¹⁸) n'est pas en soi un objet nouveau : c'est par exemple un élément essentiel du management stratégique des entreprises. Il y est considéré comme l'expression d'un futur désirable pour le collectif, à la fois justifiant la coopération, et rendant compte d'un enjeu d'innovation. C'est donc son introduction dans le droit et dans la gouvernance des entreprises qui est particulièrement innovante¹¹⁹.

3.3. Il existe un intérêt de l'entreprise, relatif à sa pérennité, sa durabilité et sa capacité innovation, qui doit être renforcé dans le droit

Ne pas faire de l'entreprise l'instrument de toutes les parties prenantes, mais éviter plutôt son instrumentalisation

La plupart des projets de modifications du Code civil qui ont circulé dans la presse préconisent une gestion dans « l'intérêt des parties prenantes ». Ces formulations, qui cherchent à limiter le pouvoir de l'actionnaire en instaurant une multiplicité de contre-pouvoirs, conformément à la tradition américaine des « *checks and balances* » (freins et contrepoids) s'intégreraient mal dans l'édifice législatif français¹²⁰.

Il est néanmoins possible de lutter contre les effets de la financiarisation et notamment contre le court-termisme par une conception inverse. Au lieu d'institutionnaliser des parties prenantes dans

¹¹⁷ Stubbs W. Cocklin C., "An ecological modernist interpretation of sustainability: The Case of Interface Inc.", *Business Strategy and the Environment* 17, 2008, p.512 – 523.

¹¹⁸ Purpose : (1) The reason for which something is done or created or for which something exists. (2) A person's sense of resolve or determination (Oxford English dictionary). Le mot "raison d'être" figure même dans l'Oxford English Dictionary : "The most important reason or purpose for someone or something's existence".

¹¹⁹ Voir à cet égard ce qu'écrit Levillain dans *Les entreprises à mission. Un modèle de gouvernance pour l'innovation*, Vuibert, 2017, p.12.

¹²⁰ Cf. partie 3.2.

l'entreprise pour faire contrepoids aux actionnaires ou associés, il serait plus pertinent de rappeler l'existence d'un intérêt de l'entreprise.

Extrait 1 – Rapport Viénot, « Le conseil d'administration des sociétés cotées » (1995)

« La finalité de la mission du conseil

Dans les pays anglo-saxons, l'accent est principalement mis sur l'objectif de maximisation rapide de la valeur de l'action, alors que, sur le continent européen et en particulier en France, il est plutôt mis sur l'intérêt social de l'entreprise.

Il s'agit là de nuances plutôt que de conceptions absolument différentes : l'intérêt social ne saurait bien entendu pas conduire à méconnaître le marché, régulateur de la vie économique, mais il est le pôle vers lequel les dirigeants sociaux et tous les administrateurs doivent orienter leur conduite et qui leur impose de respecter en toutes circonstances un intérêt plus large que les leurs propres.

L'intérêt social peut ainsi se définir 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 notamment de celles de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur intérêt général commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise. »

Dès 1995 le rapport Viénot sur la gouvernance des conseils d'administrations soulignait que le conseil d'administration agit dans l'intérêt social de l'entreprise, définit comme l'intérêt supérieur de l'entreprise considérée comme un agent économique autonome. La définition fournie est précieuse. Elle insiste sur le fait que l'entreprise poursuit ses fins propres, distinctes de celles de ses actionnaires, de ses salariés et de ses parties prenantes, et qu'elles résident dans une certaine continuité, et l'on ajouterait aujourd'hui durabilité. Il est impensable que cette conception, émanée du patronat française, puisse être considérée comme risquée pour la sécurité juridique et l'attractivité de notre droit. Bien qu'ayant été reprise de manière plus succincte dans le code de gouvernement des sociétés cotées élaboré sous l'égide de l'AFEP¹²¹ et du MEDEF, elle pourra donc utilement inspirer une éventuelle modification des articles du Code civil.

Dans cette conception, l'intérêt commun des associés est toujours poursuivi par le dirigeant, conformément à la rédaction actuelle de l'article 1833 du Code civil, mais cet intérêt ne doit pas nuire à la continuité et au développement de la société. Les intérêts des parties prenantes peuvent parfois diverger, mais leur dénominateur commun n'est-il pas cette vie propre, cette continuité de la société ?

Cette considération correspond à la jurisprudence qui s'est exprimée sur le sujet. Un article séminal sur la doctrine de l'entreprise expliquait en 1978 : « L'intérêt social a ainsi pour double fonction de fixer les bornes du pouvoir majoritaire et la mesure des exigences des actionnaires. Pour concevoir que la majorité peut ne pas poursuivre la réalisation de l'intérêt social, il faut supposer qu'au-delà du but que se sont fixés les associés, existe un *but propre à l'entreprise* et que l'existence de l'être moral n'a pas pour seul objet d'assurer la prospérité du groupement au profit de chacun des

¹²¹ Fondée en 1982, l'Association Française des Entreprises Privées rassemble 110 entreprises privées françaises de dimension mondiale.

apporteurs.»¹²². Il y a eu cependant des voix dissidentes dans la doctrine¹²³, et une légère modification de l'article 1833 du Code civil pourrait clarifier le débat.

La rédaction de l'article 1832 du Code civil, si elle a pu paraître désuète à certains commentateurs, retranscrit de façon limpide l'idée d'un intérêt propre :

Article 1832, al 1 « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat... »	Instituer, c'est « Établir d'une manière durable , donner commencement à » ¹²⁴ .
... d'affecter ...	L'attribut premier est l'affectation d'apports c'est-à-dire de leur séparation du patrimoine des associés, dans un patrimoine propre , jusqu'à la fin de l'entreprise, c'est-à-dire la dissolution de la société.
... à une entreprise commune des biens ou leur industrie ...	L'attribut second est la mise en commun concrétisant l'affectio societatis.
... en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.	C'est seulement au troisième attribut qu'il est question d'une appropriation individuelle, et elle est formulée de façon hypothétique , au contraire des deux attributs précédents, qui sont certains.

La société correspond donc d'abord à la concrétisation d'un intérêt propre. C'est un principe bien plus ancien que le Code civil, que l'on retrouve dans *Le Digeste* de Justinien : « Si une chose est due à un agent collectif (*universitas*), elle n'est pas due à ses membres individuels (*singuli*). De même, les dettes des membres individuels ne sont pas les dettes de l'agent collectif »¹²⁵. Le collectif, agissant en tant que collectif, doit être traité comme jouissant d'une autonomie importante par rapport aux individus qui le composent. Il a des droits et des devoirs en son nom propre. La gouvernance actionnariale s'accommode de ce principe mais le contourne, en organisant la maximisation de l'appropriation par les associés. Cette méthode peut éventuellement convenir au système juridique anglo-saxon qui a ses équilibres spécifiques, mais elle semble déstabiliser un principe important du droit romano-civiliste.

Dans les pays où cette gouvernance est inscrite dans le droit par les devoirs fiduciaires, il suffit de ménager un régime d'exception comme le prévoient les statuts américains de *Benefit corporation* ou de *Flexible purpose corporation*. Dans les pays de droit continental comme la France, la pratique existe mais elle n'est pas inscrite dans le droit. Il y a donc deux moyens de lutter contre cette pratique diffuse : soit de corriger ou de créer une multitude de règles particulières visant à interdire certains comportements ; soit de modifier les représentations en amendant un article névralgique du droit des sociétés, dans le Code civil. L'article 1833 a donné naissance à une jurisprudence sur l'intérêt de la société. Il semble le mieux indiqué pour réaffirmer l'intérêt propre de la société comme boussole, c'est-à-dire la continuité d'exploitation, la pérennité grâce à l'investissement, à la création

¹²² Lyon-Caen A. et G., « La doctrine de l'entreprise », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Paris, 1978, p. 612-614

¹²³ Par exemple, Schmidt D., « De l'intérêt social », R.D.B., 1995, n°50, p.130.

¹²⁴ Le trésor de la langue française

¹²⁵ Duff P., *Personality in Roman Private Law*, Cambridge University Press, 1938, p. 37, cité par Pettit, P. « Deux sophismes à propos des personnes morales », *Raisons politiques*, vol. 56, no. 4, 2014, pp. 5-23.

collective et à l'innovation. Cet intérêt propre peut même être vu comme la concrétisation économique d'une « raison d'être », d'une conception du métier réalisé, d'une façon d'être utile et de répondre à un besoin, cet esprit qui a guidé les fondateurs et les gestionnaires lors des moments clefs de la vie de l'entreprise.

Une clause de considération

Les entreprises et les institutions financières ne sont pas parties à l'Accord de Paris sur le climat. L'Accord les a néanmoins invitées¹²⁶ à « amplifier leurs efforts et à appuyer des mesures destinées à réduire les émissions et/ou renforcer la résilience et diminuer la vulnérabilité aux effets néfastes des changements climatiques », ainsi qu'à « faire état de ces efforts par le biais du portail des acteurs non étatiques pour l'action climatique »¹²⁷.

Cette action a déjà été enclenchée par la RSE, et le *Carbon disclosure project* indique ainsi que 114 des 141 entreprises suivies incluent le changement climatique dans leur stratégie en précisant une cible précise de réduction, en soulignant néanmoins que « les cibles manquent d'ambition »¹²⁸.

La poursuite par chaque société commerciale de son intérêt propre devrait favoriser une gestion moins court-termiste, moins instrumentale, et ouvrir la porte à une plus grande responsabilité environnementale. Il semble néanmoins utile d'explicitier au même article 1833 du Code civil cette prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux. Cet amendement revient à officialiser un certain nombre de pratiques existantes, et à faire entrer la RSE dans le gouvernement d'entreprise.

Recommandation 1. AJOUTER UN ALINEA A L'ARTICLE 1833 DU CODE CIVIL, QUI OFFICIALISE LA CONSIDERATION DES ENTREPRISES POUR LEURS ENJEUX - RISQUES ET OPPORTUNITES - SOCIAUX ET ENVIRONNEMENTAUX.

Article 1833 du Code civil (le nouvel alinéa proposé est souligné)

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

La société doit être gérée dans son intérêt propre, en considérant les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. »

¹²⁶ Comme la société civile, les villes et les autres autorités infranationales.

¹²⁷ Nations Unies FCCC/CP/2015/L.9, *Convention-cadre sur les changements climatiques*, 12 décembre 2015. Paragraphe 135.

¹²⁸ Carbon disclosure project, *Climate Change Report 2016 France and Benelux edition*, p.2.

Chaque mot proposé a été pesé, ainsi :

<i>en considérant...</i>	Considérer revient à examiner avec une grande attention, et selon le sens, à « faire cas » de quelque chose ou quelqu'un. Il s'agit d'une implication, qui relève d'une obligation de moyens . La société ne peut en effet être comptable de ses activités que dans les régimes de responsabilités déjà prévus par la loi.
<i>...les enjeux...</i>	Ce qui est « en jeu », la mise, est ce que l'on risque dans une entreprise mais aussi ce qui pourra être gagné en fin de partie. Les dirigeants doivent avoir une considération pour les risques sociaux et environnementaux et les opportunités sociales et environnementales de leur activité.
<i>... sociaux et environnementaux...</i>	La prise en considération ne se limite pas au champ environnemental, il s'agit d'une responsabilité sociale au sens large , c'est-à-dire une responsabilité vis-à-vis de la société. Il s'agit d'enjeux sociaux (reconnaissance des travailleurs), sociétaux (pratiques inclusives), économiques (création et partage de la valeur) ou encore territoriaux.
<i>... de son activité.</i>	Il ne s'agit pas de discussions vagues sur les tenants et les aboutissants d'un phénomène social ou environnemental, mais d'une attention proportionnelle au modèle économique de l'entreprise.

Cette rédaction invite donc à une prise de conscience, une prise de recul de l'entreprise sur les risques et opportunités provoqués par ses décisions et son activité, en matière sociale et environnementale.

Une rédaction mobilisatrice et visant à modifier la représentation de l'entreprise

Dans un système certes différent, les Britanniques ont eux-mêmes senti le besoin de modifier en 2006 leur droit des sociétés au plus haut niveau.

Extrait 2 – Companies Act 2006, Section 172

“Duty to promote the success of the company

(1) A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to—

- (a) the likely consequences of any decision in the long term,
- (b) the interests of the company's employees,
- (c) the need to foster the company's business relationships with suppliers, customers and others,
- (d) the impact of the company's operations on the community and the environment,
- (e) the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and
- (f) the need to act fairly as between members of the company.”¹²⁹

¹²⁹ Cette rédaction doit néanmoins être replacée dans le contexte du *common law*, dans lequel le juge est « l'oracle de la loi » selon Gladstone, alors qu'il est la « bouche de la loi » en droit civiliste en accord avec l'expression de Montesquieu.

Comme dans le cas britannique, une rédaction sécurisée est utile même sans susciter de contentieux, car elle agit sur le « droit comme représentation »¹³⁰. Cet effet est particulièrement significatif s'agissant du Code civil, « constitution civile des Français » selon le Doyen Carbonnier. La plupart des personnes auditionnées partageaient cet avis et une demande forte de modification des articles du Code civil s'est exprimée.

Une expérience sociale a par exemple été citée : à règles du jeu totalement équivalentes, le fait de nommer le jeu ainsi constitué « le jeu de Wall Street » ou « le jeu de la communauté » change totalement la pratique dans le jeu. Les sujets de l'expérience sont deux fois plus nombreux à coopérer dans le second cas par rapport au premier¹³¹. De la même façon, on peut considérer qu'avec un corpus juridique équivalent, les entreprises seront davantage enclines à « considérer leurs jeux sociaux et environnementaux » grâce à la rédaction nouvelle de l'article 1833.

Enfin, l'amendement dans le Code civil ne se justifie pas seulement par sa position de frontispice du droit des sociétés. Il semble difficile d'argumenter qu'une société civile ait la possibilité de s'exonérer de toute considération sociale ou environnementale. Dans l'état du droit, une commune est par exemple fondée à demander la réparation d'un dommage environnemental à une société civile immobilière¹³².

¹³⁰ Ellul J., « Réflexions sur le droit comme représentation », in *Philosophy and Christianity: Philosophical. Essays dedicated to Herman Dooyeweerd*, (Kampen: J.H. Kok, 1965), p.249-261

¹³¹ Jacques Lecomte, *La bonté humaine*, Odile Jacob, 2012, p.290.

¹³² Cass. Crim, 3 mai 2017 n°16-80351.

PARTIE 4 – RESPONSABILISER LE GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE

4.1. Un gouvernement de l'entreprise orienté par une « raison d'être »

La responsabilité de l'entreprise est une partie intégrante de la stratégie

A ses débuts, la RSE suscitait un étonnement amusé. Aujourd'hui, les chefs d'entreprise auditionnés ont exprimé à quel point le pli était désormais pris, et les comportements avaient changé. Il devient difficile pour une entreprise de vouloir s'exonérer de la considération des « enjeux sociaux et environnementaux de son activité »¹³³. La critique selon laquelle l'entreprise a pour seul objet le profit, est aisée et souvent entendue, la RSE étant alors assimilée à une forme de philanthropie, rentable par ses retombées positives pour la bonne renommée de l'entreprise.

La responsabilité sociale des entreprises connaît encore des réalités inégales quant à son intégration dans les décisions stratégiques. Pour ce qui est des grandes entreprises cotées, le code AFEP-MEDEF se limite ainsi à l'aspect informationnel : « Les membres du conseil d'administration sont *informés* [...] des principaux enjeux, y compris dans le domaine de la responsabilité sociale et environnementale de la société. »¹³⁴.

Quand les entreprises s'engagent dans l'analyse de leurs risques et opportunités sociales et environnementales, tout se joue dans le déploiement de leurs intentions et dans les engagements au sein de la chaîne managériale.

A l'issue des recherches et des consultations, il apparaît que la crise de l'entreprise et les doutes à l'égard de la RSE persisteront en France, à moins de réunir à réunir deux conditions :

- Une réappropriation par l'entreprise de sa responsabilité comme d'une mission ou d'une raison d'être¹³⁵, qui ne peut se résumer à une opération de déclaration et de transparence ;
- Une officialisation stratégique, et éventuellement juridique.

On peut en particulier noter que l'absence de réflexion sur la raison d'être de l'entreprise, sur la responsabilité dont elle se dote elle-même dans ses organes collectifs, peut conduire à des actions contreproductives. Ainsi des polémiques en 2017 sur la rémunération de certains dirigeants ont conduit à renforcer le pouvoir des actionnaires en la matière avec le « say on pay » (vote consultatif en assemblée des actionnaires), ce qui est incohérent au regard de la volonté de limiter la toute-puissance actionnariale.

¹³³ Voir la rédaction proposée dans la partie 3.3.

¹³⁴ Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, p.4.

¹³⁵ Voir dans la partie 3.2 la distinction opérée par Ricœur entre la responsabilité comme imputation et comme mission.

C'est à l'entreprise de définir sa « raison d'être »

L'entreprise et la société qui lui sert de support juridique, ne peuvent être réduites à un marché confrontant une offre et une demande. Il existe en droit des sociétés, la notion d'*affectio societatis*, l'intention de s'associer qui, sans figurer dans le Code civil, est souvent maniée par les juges et conseillers juridiques. Cette notion est forte et intuitive dans les petites sociétés où *l'intuitu personae* compte beaucoup. Elle est plus difficile à appréhender dans les sociétés cotées en bourse qui regroupent un nombre considérable d'actionnaires. Au-delà de la société formée par les associés, la notion reste à élargir à la communauté de l'entreprise avec les salariés et éventuellement des parties prenantes. C'est l'enjeu du concept de « raison d'être » que le présent rapport cherche à généraliser, à partir d'une réalité courante dans les entreprises, qui commence à être prise en compte dans la jurisprudence¹³⁶.

A la manière d'une devise pour un Etat, la raison d'être pour une entreprise est une indication, qui mérite d'être explicitée, sans pour autant que des effets juridiques précis y soient attachés. Certaines sont concises et donc claires et mobilisables. Comme dans le cas des déclarations RSE, on peut s'attendre à ce que la pratique amène une plus grande exigence dans la formulation des raisons d'être.

On peut définir la raison d'être comme l'expression de ce qui est « *indispensable pour remplir [l'] objet (social)* »¹³⁷. L'objet social mentionné dans les statuts de la société étant devenu un inventaire des activités potentielles, souvent beaucoup plus large que le champ des activités réelles, la raison d'être est une recherche de cohérence. Elle est souvent formulée pour renforcer l'engagement des salariés, en donnant du sens à leur travail. Formulée par le conseil d'administration, la raison d'être peut aussi avoir un usage stratégique, en fournissant un cadre pour les décisions les plus importantes, afin de concrétiser l'intérêt propre de la société et de l'entreprise, et les considérations sociales et environnementales et ainsi d'apporter un contrepoids utile au critère financier de court terme.

La notion de raison d'être constitue le retour de l'objet social au sens premier du terme, celui des débuts de la société anonyme, quand cet objet était d'intérêt public et examiné par le Conseil d'Etat. Pourquoi la société ne pourrait-elle disposer que d'un « avoir » constitué de ses actifs et de ses passifs, pourquoi ne pourrait-elle pas faire valoir un « être » ? Si elle est dotée d'une volonté propre, de droits et d'obligations, et d'un intérêt propre parfois distinct de celui de ses associés¹³⁸, pourquoi ses décisions devraient-elles être guidées par une seule « raison d'avoir » sans une « raison d'être » ?

Le doute existentiel¹³⁹, consacré par la philosophie, considéré comme fécond pour l'être humain, peut permettre aux personnes morales que sont les sociétés, ainsi qu'aux ordres hybrides que sont les entreprises, de s'orienter dans une recherche du long terme à laquelle nos contemporains les

¹³⁶ La Cour d'Appel de Chambéry écrit par exemple : « [...] favorisé par une implication plus grande du Directeur, désormais libéré de l'établissement des devis et du pilotage de l'activité Bâtiment, qu'il s'en était suivi une augmentation de l'offre d'emploi pour les salariés en insertion, **raison d'être de l'entreprise**, dont l'effectif était passé de [...] », (CA Chambéry – 2 février 2012 – n° 11/01012)

¹³⁷ En s'inspirant de la Cour de cassation, qui dans une matière différente, précise que "*le caractère substantiel est attaché dans un acte de procédure à ce qui tient à sa raison d'être et lui est indispensable pour remplir son objet*" (Civ. 2, 3 mars 1955, JCP 1955, II, n° 8654, note G.M.).

¹³⁸ C.A. Paris, 22 mai 1965, *Fruehauf*, JCP 1965, II, n°14274 bis. D.1968, p.147, note Contin.

¹³⁹ Jacques Ellul, *La Raison d'être*, 1987.

appellent. La notion de raison d'être consiste à donner corps à la fiction juridique que représente l'entreprise.

Cette réflexion, menée largement dans l'entreprise, doit permettre à la direction d'organiser un compromis neutre et créatif entre les aspirations des différentes parties y prenant part. Cette démarche vise à la fois à responsabiliser la direction en même temps qu'à en conforter l'assise : « Quelle que soit la qualité de la discussion collective, il y aura toujours une part d'inconnu et d'indécidable dans la mise en œuvre de la stratégie. Le rôle du dirigeant est d'assumer cette part d'inconnu »¹⁴⁰. Doter l'entreprise d'une raison d'être et la mettre à l'esprit des organes stratégiques, c'est leur donner une habilitation.

Recommandation 2. CONFIER AUX CONSEILS D'ADMINISTRATION LA FORMULATION D'UNE RAISON D'ÊTRE VISANT À ÉCLAIRER L'INTÉRÊT PROPRE DE LA SOCIÉTÉ ET DE L'ENTREPRISE AINSI QUE LA PRISE EN CONSIDÉRATION DE SES ENJEUX SOCIAUX ET ENVIRONNEMENTAUX

Article L225-35 du Code de commerce (l'ajout proposé est souligné)

« 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. [...] »

Une modification similaire devra être ajoutée aux conseils de surveillance (L225-68 du Code de commerce), et déclinée dans les organes stratégiques des autres formes statutaires (mutuelles, coopératives, SAS dotés d'un conseil, etc.).

Favoriser les approches volontaires dans les PME

Les personnes auditionnées et notamment les dirigeants de PME ou d'ETI et leurs représentants, ont indiqué l'importance de ne pas limiter la démarche aux seules grandes entreprises, tout en évitant de créer des contraintes réglementaires pour des structures parfois peu dotées en fonctions supports adaptées. La modification du Code civil s'adresse à toutes les sociétés, y compris aux PME, mais de façon proportionnée aux enjeux de leur activité. Pour concrétiser la considération sociale et environnementale, l'expression d'une raison d'être est un moyen utile au niveau des organes de

¹⁴⁰ Hatchuel A, Segrestin B, *Refonder l'entreprise*, février 2012, p.93

décision collectifs qui concerne peu les PME de façon obligatoire. Rien n'empêche cependant une PME d'enclencher une telle réflexion avec l'ensemble du personnel, sans qu'il soit besoin de disposer d'un conseil d'administration pour ce faire. Au cours de nos auditions, nous avons eu de nombreux exemples de PME volontaires pour aller dans cette direction.

Ce dialogue au niveau de l'entreprise peut aussi être complété d'une négociation collective ou une labellisation au niveau de la branche. Cette voie, recommandée par le Grenelle de l'environnement en 2009, n'a jamais été concrétisée jusqu'à présent, malgré les recommandations de plusieurs rapports¹⁴¹. La négociation actuelle entre certaines organisations patronales et les organisations syndicales pourrait permettre cette concrétisation attendue.

La plateforme RSE, qui a récemment lancé une expérimentation en ce sens¹⁴² pourrait être chargée, d'un rôle de capitalisation des bonnes pratiques en matière de RSE dans les TPE, PME et ETI, y compris pour les entreprises à mission.

Recommandation 3. ACCOMPAGNER LE DEVELOPPEMENT DE LABELS RSE SECTORIELS ET FAIRE DE LA RSE UN OUTIL DE RENFORCEMENT DU DIALOGUE SOCIAL DANS LES BRANCHES PROFESSIONNELLES VOLONTAIRES

De la souplesse dans l'association des parties prenantes

Plusieurs personnes auditionnées ont proposé d'inscrire dans le Code civil le concept des parties prenantes. Pour diverses raisons¹⁴³, ce n'est pas la solution suggérée dans ce rapport. Il est plutôt proposé de renforcer l'intérêt propre de la société et de l'entreprise comme boussole de leur gestion, et d'y inclure une prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux.

Cela ne signifie aucunement que les parties prenantes ne doivent pas être associées, bien au contraire. **La création d'un comité des parties prenantes est probablement l'une des méthodes les plus efficaces pour permettre à la direction de l'entreprise de viser l'intérêt propre et la considération mentionnées.** Un tel comité permet aux dirigeants de prendre du recul sur leurs décisions, d'obtenir des avis complémentaires sur la raison d'être de l'entreprise, de fournir un aiguillon externe en faveur de la RSE, et parfois de trouver des solutions à des situations difficiles.

De nombreux chefs d'entreprise auditionnés ont noté la contribution souvent positive de ces comités. Dans une entreprise par exemple, le comité a permis de trouver une solution de compromis

¹⁴¹ Lydia Brovelli, Xavier Drago, Éric Molinié, *20 propositions pour renforcer la démarche de responsabilité sociale des entreprises (RSE)*, juin 2013. Ce rapport propose « d'adapter, à l'initiative des branches d'activité et dans le dialogue avec les parties prenantes, le contenu et le nombre des indicateurs de performance extra-financière publiés par les entreprises ». IGF-IGAS-CGEDD, *Le reporting sur la responsabilité sociale et environnementale (RSE) des entreprises*, mai 2016, dont les recommandations 3 et 6 insistent sur l'échelle de la branche ou de la fédération professionnelle.

¹⁴² Plateforme RSE, Appel à candidature – *Expérimentation de labels RSE sectoriels adaptés aux TPE, PME et ETI*, juillet 2017.

¹⁴³ Cf. partie 3.1

sur des sujets environnementaux à risque. La question divisait fortement le conseil d'administration, entre des administrateurs favorables au « business as usual » et d'autres préconisant une vente systématique de toutes les activités concernées, afin de supprimer tout risque d'atteinte à la réputation de l'entreprise. Après analyse, le comité des parties prenantes a estimé que la vente n'améliorerait en rien la situation environnementale et a proposé un plan de remédiation étalé dans le temps qui a rassuré les administrateurs et permis à l'entreprise de réduire ses impacts environnementaux de façon pragmatique et responsable.

Il appartiendrait bien sûr à chaque entreprise de définir les parties prenantes qui y figureraient (chaque entreprise, chaque secteur est différent), et le mode d'interaction de ce comité avec l'entreprise.

Les personnes auditionnées ont également rappelé l'utilité des comités RSE existant dans les conseils d'administration. Chaque entreprise adoptant une approche qui lui est propre, il apparaît délicat de légiférer en cette matière : dans certains cas, la RSE est traitée de façon plus pertinente dans un comité ad hoc, tandis que dans d'autres cas, c'est l'intégration dans le comité stratégique qui assure le meilleur suivi de ces enjeux.

Recommandation 4. INCITER LES GRANDES ENTREPRISES A SE DOTER A L'INITIATIVE DES DIRIGEANTS D'UN COMITE DE PARTIES PRENANTES, INDEPENDANT DU CONSEIL D'ADMINISTRATION. LE CONSEIL D'ADMINISTRATION EST INFORME PAR LES DIRIGEANTS DES REFLEXIONS ET DES EVENTUELLES CONCLUSIONS DE CE COMITE.

INTEGRER LA STRATEGIE RSE DANS LES ATTRIBUTIONS DE L'UN DES COMITES OU D'UN COMITE AD HOC DU CONSEIL D'ADMINISTRATION.

CES DEUX BONNES PRATIQUES POURRAIENT FIGURER DANS LES CODES DE GOUVERNANCE.

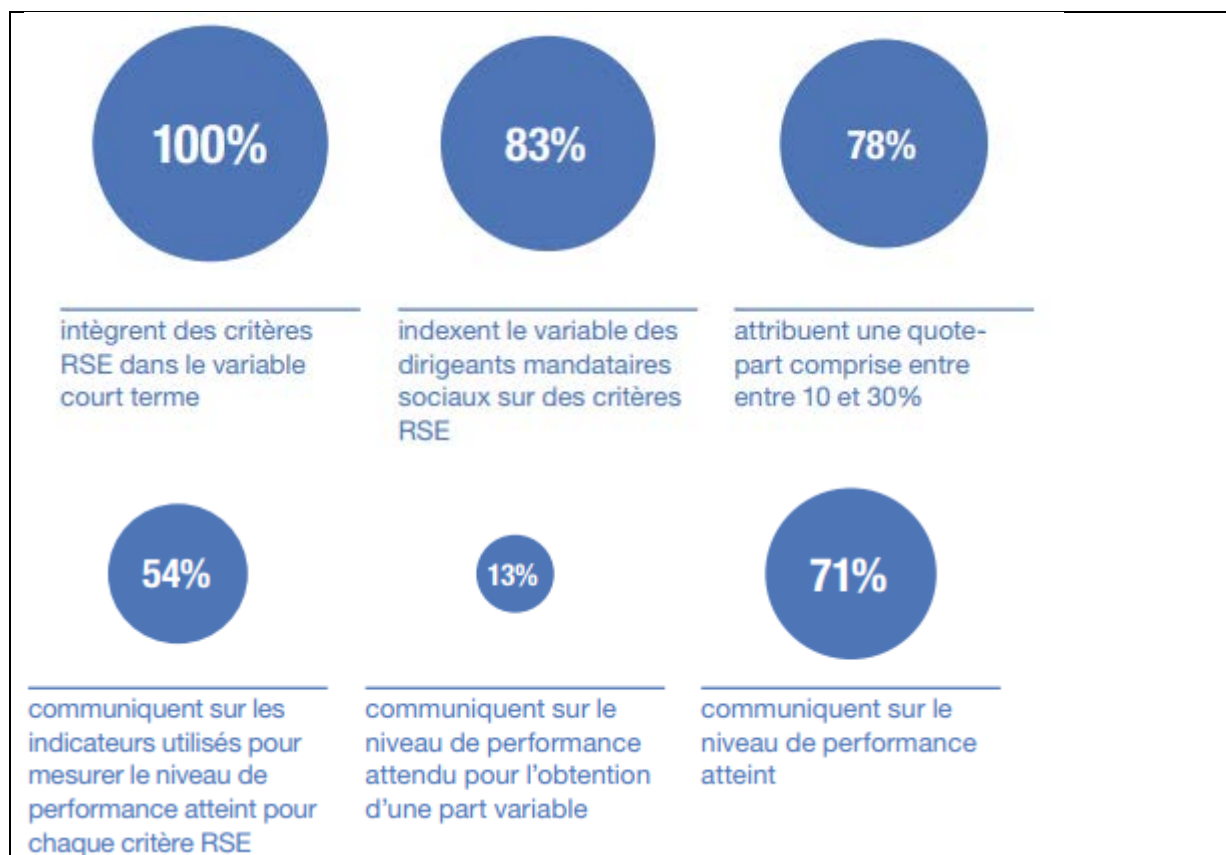
Conforter la RSE dans la rémunération des dirigeants

Les personnes auditionnées ont signalé l'importance des rémunérations comme levier d'évolution des pratiques de gestion pour les dirigeants. La critique des rémunérations trop souvent alignées sur les résultats financiers à court terme a été souvent formulée. A contrario, il est apparu utile de renforcer les critères extra financiers dans ces rémunérations, afin de favoriser la considération des enjeux sociaux et environnementaux. De ce point de vue, le guide de l'ORSE¹⁴⁴ fournit des éclairages utiles. On constate que les marges de progrès dans les entreprises du CAC 40 ne résident pas vraiment dans la conformité, déjà bien couverte (une part variable liée à la RSE existe dans 83%

¹⁴⁴ ORSE, Guide sur l'intégration de critères RSE dans la rémunération variable des dirigeants et managers, Juin 2017

d'entre elles). L'intensité pourrait être renforcée : cette part variable se situe entre 10 et 30% pour 78% des entreprises. Le niveau de performance attendu pour atteindre la part variable pourrait également être renseigné : 13% des entreprises communiquent sur ce point. On peut noter que la transparence des rémunérations aux Etats-Unis a été récemment renforcée¹⁴⁵.

Graphique n°4 : Part du CAC 40 intégrant des critères RSE



Source : ORSE, Guide sur l'intégration de critères RSE dans la rémunération variable des dirigeants et managers, Juin 2017

Recommandation 5. DEVELOPPER LES CRITERES RSE DANS LES REMUNERATIONS VARIABLES DES DIRIGEANTS.

¹⁴⁵ Pour la première fois en 2018, les entreprises américaines doivent publier le ratio entre la rémunération médiane dans l'entreprise et celle du dirigeant. Ainsi par exemple dans l'entreprise industrielle Honeywell, ce ratio est de 1 à 333. Source : Washington Post, *As companies reveal gigantic CEO-to-worker pay ratios, some worry how low-paid workers might take the news*, 21 février 2018.

L'un des symptômes les plus flagrants de la crise de l'entreprise précédemment mentionnée, est le désengagement des salariés. Les études montrent l'importance et la croissance des signes de désengagement au travail, comme l'absentéisme. 19% des salariés sondés estiment « *faire de la présence pour faire de la présence* » au travail, contre 9% en 2009¹⁴⁶. Le sentiment d'autonomie est en baisse et leurs attentes de reconnaissance sont de moins en moins satisfaites. Ce constat est encore plus aigu chez les moins de 30 ans, qui affirment faire du présentiel à 25%. Ce désengagement dans l'entreprise traditionnelle est probablement un facteur explicatif de l'engouement pour le travail dans les start-ups ou dans l'Economie sociale et solidaire. Une récente étude montre que deux anciens élèves d'écoles de commerce sur trois aimeraient y travailler, et 59% des étudiants de ces écoles accepteraient une baisse de salaire supérieure à 5% pour travailler dans l'ESS¹⁴⁷.

Le collectif des salariés est une partie constituante de l'entreprise

Du fait de l'incertitude au cœur du projet collectif, les entreprises ne peuvent se construire dans la durée qu'en parvenant à fédérer les associés/actionnaires mais aussi les salariés, en remportant leur adhésion. Ainsi, rien d'étonnant à ce que le PDG de Cisco ait par exemple envoyé en avril 2011 une lettre à ses salariés pour les exhorter au rassemblement dans le projet commun de l'entreprise¹⁴⁸.

Cette situation a conduit à la distinction récemment formalisée entre les « parties prenantes » et les « parties constituantes » de l'entreprise : les premières « subissent le risque de l'activité de l'entreprise » tandis que les secondes « investissent dans l'entreprise et en subissent le risque »¹⁴⁹. L'actionnaire investit son argent, le salarié investit ses compétences et son temps. Cette réflexion remonte au moins aux années 1990 mais le terme de « partie constituante » est plus récent¹⁵⁰.

¹⁴⁶ *Santé des salariés et performance des entreprises réalisée*, Malakoff Médéric, avril 2017.

¹⁴⁷ Baromètre IPSOS – BCG – CGE : *qu'attendent les étudiants et anciens élèves des Grandes écoles du marché du travail ?* Janvier 2018

¹⁴⁸ Hatchuel A, Segrestin B, *Refonder l'entreprise*, février 2012, p.42

¹⁴⁹ Christophe Clerc, *Sur la réforme de l'entreprise : L'objet social, objet de réforme sociale*, Revue de droit du travail, février 2018 ; Christophe Clerc, « La légitimité du pouvoir actionnarial », in *A quoi servent les actionnaires ?*, dir. Jean-Philippe Touffut, Albin Michel, 2009

¹⁵⁰ Cf. Martin Richer, Metis Europe, 26 mars 2013 : « *En tant qu'apporteurs de travail, il est légitime que les salariés soient représentés au Conseil au même titre que les apporteurs de capitaux. Les salariés ne sont pas une partie prenante comme une autre, mais une partie constituante* ».

	Apport en capital	Apport en travail
Un apport	Actif matériel ou immatériel, mais le travail peut aussi constituer un apport en industrie. Même quand il n'est pas reconnu comme un apport en industrie, le travail apporté par le salarié est le même. Les mêmes capacités et compétences dans un temps de vie limité sont apportées.	
Un risque de dévalorisation	La valeur des parts peut baisser ou disparaître	L'évolution des capacités et des compétences dépendent en partie de la vie professionnelle et des opportunités d'apprentissage offertes.
Un rendement	Le rendement est mesuré par la distribution de dividendes, ou le rendement total des capitaux propres, incluant également la valorisation ou dévalorisation des parts.	Le rendement de l'investissement en travail peut se mesurer comme la somme actualisée des rémunérations du salarié pendant la totalité de ses périodes de travail. Il est très aléatoire, et fonction du choix de l'entreprise, des cycles d'embauches, de l'évolution de leurs choix stratégiques, et des perspectives de carrière qu'elles offrent
Un contrat incomplet (qui n'assure pas les apporteurs contre les risques qu'ils encourent)	Les actionnaires ne peuvent comme les autres créanciers signer des « covenants » fixant des règles de bonne conduite financière et prenant des garanties sur les actifs de la société ou des associés.	Le contrat à durée indéterminée peut être rompu et les diverses indemnités ne compensent ni le manque à gagner par rapport à une autre entreprise qui aurait maintenu le contrat, ni la perte des investissements spécifiques réalisés par le salarié.
Possibilité structurelle de maîtrise du risque	Possibilité de diviser le risque (investissement dans plusieurs sociétés) et, pour les sociétés cotées, de sortir et de réinvestir ailleurs rapidement en cas de problème (liquidité) avec un niveau élevé d'information (information réglementée).	Division du risque quasi-impossible ; faible "liquidité" ; risque intrinsèque au changement d'emploi (faible niveau d'information sur l'employeur potentiel ; période d'essai).

D'après: Christophe Clerc, Sur la réforme de l'entreprise : L'objet social, objet de réforme sociale, 2018

Des administrateurs représentant les salariés au conseil d'administration

Plusieurs rapports¹⁵¹ et personnes auditionnées mettent en avant le rôle que peut jouer une plus grande représentation des salariés dans les conseils d'administration et de surveillance. La présence de salariés permettrait de tempérer le court-termisme et la tendance à la financiarisation, elle

¹⁵¹ Beffa JL., Clerc C., *Les chances d'une codétermination à la française*, La Fondation et le Centre Cournot, Prisme N°26. Janvier 2013 ; Schmite V., Valiergue M., Victoria P., *Entreprises engagées. Comment réconcilier l'entreprise et les citoyens*, Fondation Jean Jaurès, février 2018.

fournirait une compréhension concrète de l'entreprise de l'intérieur, une mémoire des projets passés et une plus grande connaissance des métiers exercés dans l'entreprise. Des recherches économiques menées avec une méthodologie exigeante ont mis en lumière l'impact positif de la codétermination sur l'innovation, en mesurant le nombre de brevets déposés, avant et après la réforme allemande de 1976¹⁵².

Les salariés sont attachés à la continuité de l'entreprise. Ils seraient également particulièrement préoccupés par la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux¹⁵³ : une majorité d'administrateurs salariés souhaiterait que le conseil passe plus de temps sur les ressources humaines (66%) et la stratégie (59%). L'innovation et la recherche (38%), la RSE (32%) et l'analyse des risques (30%) suscitent aussi une demande, contrairement à la rémunération des dirigeants (7%)¹⁵⁴.

Tableau 1 : représentation des salariés dans les entreprises privées en Europe

	Moitié	Tiers	Moins du tiers
Pays germanophones	Allemagne (plus de 2000 salariés)	Allemagne (entre 500 et 2000 salariés), Autriche, Luxembourg	
Pays nordiques		Danemark (2 rep. minimum), Norvège (1/3 à partir de 50 salariés)	Suède (2 membres si moins de 1000 salariés, 3 au-delà), Finlande (20% maximum), Norvège (1 membre entre 30 et 49 salariés)
Europe centrale		Hongrie République tchèque Slovaquie Slovénie (entre 1/3 et 1/2)	
Autres		Pays-Bas	

Source : Beffa J.L., Clerc C., *Les chances d'une codétermination à la française*, 2013

¹⁵² Kornelius Kraft, Jorg Stank & Ralf Dewenter, "Co-determination and innovation", *Cambridge Journal of Economics*, 35(1), january 2011, pp.145-172

¹⁵³ Cet effet peut néanmoins disparaître lors qu'il existe une opacité dans la gouvernance, comme dans le cas du Dieselgate survenu en Allemagne, malgré la codétermination.

¹⁵⁴ Enquête réalisée dans le cadre des *Premières Assises des Administrateurs Salariés*, organisées le 5 mars 2015 au Collège des Bernardins.

En France, deux lois de 2013 et 2015 sont venues étendre et renforcer le nombre d'administrateurs salariés dans les conseils d'administration des entreprises privées¹⁵⁵. Depuis le 1^e janvier 2017, les conseils d'administration des sociétés de plus de 1000 salariés doivent avoir un administrateur salarié, et deux si le conseil est composé de douze membres ou plus. Les sociétés ont un délai de deux ans pour mettre en application cette règle. Certaines entreprises se trouvent déjà en avance sur ces chiffres. Ainsi sur les 71 entreprises de l'Agence des Participations de l'Etat (APE), plus de la moitié ont déjà au moins deux administrateurs salariés, et environ 20% en comptent même un tiers à leur conseil¹⁵⁶.

Les auditions ont montré deux insuffisances du régime français de représentation des salariés dans les conseils d'administration ou de surveillance. D'abord la référence à un chiffre exprimé de façon absolue, et non pas relative, induit des différences de traitement importantes. Selon la taille du conseil d'administration, les administrateurs salariés représentent entre 8% et 20% du conseil. Ensuite, la présence d'un représentant unique¹⁵⁷ est restrictive et limite la capacité à faire entendre un point de vue différent sur ce qui devrait constituer l'intérêt de l'entreprise. La plupart des auditions ont marqué l'importance de garantir à l'administrateur salarié un statut d'administrateur à part entière, sans restriction notamment dans l'accès aux comités du conseil. De même, il est apparu utile de pouvoir compter au sein du conseil d'administration des administrateurs salariés non seulement français mais aussi issus d'autres pays d'implantation de l'entreprise.

Les auditions ont fait apparaître des opinions et des analyses divergentes sur les modes de désignation des administrateurs salariés, et il semble que le système actuel soit satisfaisant en la matière¹⁵⁸. L'interdiction du cumul entre la fonction d'administrateur et celle d'élu syndical est une règle française qui n'existe dans aucun autre pays d'Europe appliquant le système des administrateurs salariés, ce qui a justifié des interrogations lors des auditions¹⁵⁹. Dans la situation actuelle, le cumul présente des avantages et des inconvénients et il ne semble pas, en l'état, exister de raison de changer la règle actuelle, ni de demande en ce sens¹⁶⁰. Une réflexion doit cependant être lancée pour organiser le maintien du lien entre les administrateurs et le reste du collectif de travail, dans le respect strict de la confidentialité. Enfin la question de la formation a été souvent mentionnée. Il serait de ce point de vue utile de renforcer la formation de l'ensemble des administrateurs : sur les aspects financiers en ce qui concerne les administrateurs salariés, sur la connaissance du fonctionnement interne de l'entreprise pour les administrateurs indépendants, et sur les enjeux sociaux et environnementaux de l'entreprise pour l'ensemble des administrateurs.

¹⁵⁵ Voir annexe n°9

¹⁵⁶ Au 1er juillet 2017, source : mission, à partir du rapport d'activité de l'APE.

¹⁵⁷ Les représentants des actionnaires salariés ne représentent pas le travail mais une forme particulière d'actionariat.

¹⁵⁸ Trois modes de désignation existent : l'élection par les salariés ; la désignation par le comité de groupe, le comité central d'entreprise ou le comité d'entreprise de la société ; la désignation par l'organisation ou les deux organisations syndicales arrivées en tête des élections professionnelles.

¹⁵⁹ Beffa JL., Clerc C., *Les chances d'une codétermination à la française*, La Fondation et le Centre Cournot, Prisme N°26. Janvier 2013.

¹⁶⁰ Les administrateurs salariés ne souhaitent pas (à 69%) supprimer la règle leur interdisant de cumuler leurs fonctions au conseil avec une autre fonction représentative du personnel (membre du CE, délégué syndical, etc.). Sondage réalisé auprès de 120 administrateurs salariés dans le cadre des Premières Assises des Administrateurs Salariés, organisées le 5 mars 2015.

Il s'agirait donc de modifier les articles L225-27-1 et L225-79-2 du Code de commerce fixant le nombre d'administrateurs salariés aux conseils d'administration et de surveillance (ainsi que les codes régissant les autres formes juridiques comme les mutuelles) avec une entrée en vigueur à partir de 2019. Comme dans la loi de 2015, un délai de 2 ans pourra être ménagé pour permettre aux sociétés de s'organiser en vue de cette modification.

L'augmentation du nombre administrateurs salariés rétablirait une plus grande égalité de traitement entre les conseils de tailles différentes, et réduirait les cas de « solitude » de l'administrateur salarié aux conseils de sept membres ou moins.

Les pratiques de contournement de la règle par le biais de société holding devra être réglé par la pratique, ou à défaut par une modification législative, pour éviter les détournements de l'esprit de la loi.

Tableau 2 : Comparaison entre la règle actuelle et la règle proposée pour le nombre d'administrateurs salariés

Règle actuelle		Nouvelle règle proposée	
Nombre d'administrateurs hors salariés	Nombre d'administrateurs salariés	Nombre d'administrateurs salariés	Taille du conseil (administrateurs. salariés & non-salariés)
4	1	1 administrateur salarié	5
5	1	1 administrateur salarié	6
6	1	1 administrateur salarié	7
7	1	1 administrateur salarié	8
8	1	2 administrateurs salariés	10
9	1	2 administrateurs salariés	11
10	1	2 administrateurs salariés	12
11	1	2 administrateurs salariés	13
12	2	2 administrateurs salariés	14
13	2	3 administrateurs salariés	16
14	2	3 administrateurs salariés	17
15	2	3 administrateurs salariés	18

Recommandation 6. RENFORCER LE NOMBRE DES ADMINISTRATEURS SALARIES DANS LES CONSEILS D'ADMINISTRATION OU DE SURVEILLANCE DE PLUS DE 1000 SALARIES PARTIR DE 2019, A DEUX SALARIES A PARTIR DE 8 ADMINISTRATEURS NON-SALARIES ET TROIS SALARIES A PARTIR DE 13 ADMINISTRATEURS NON-SALARIES

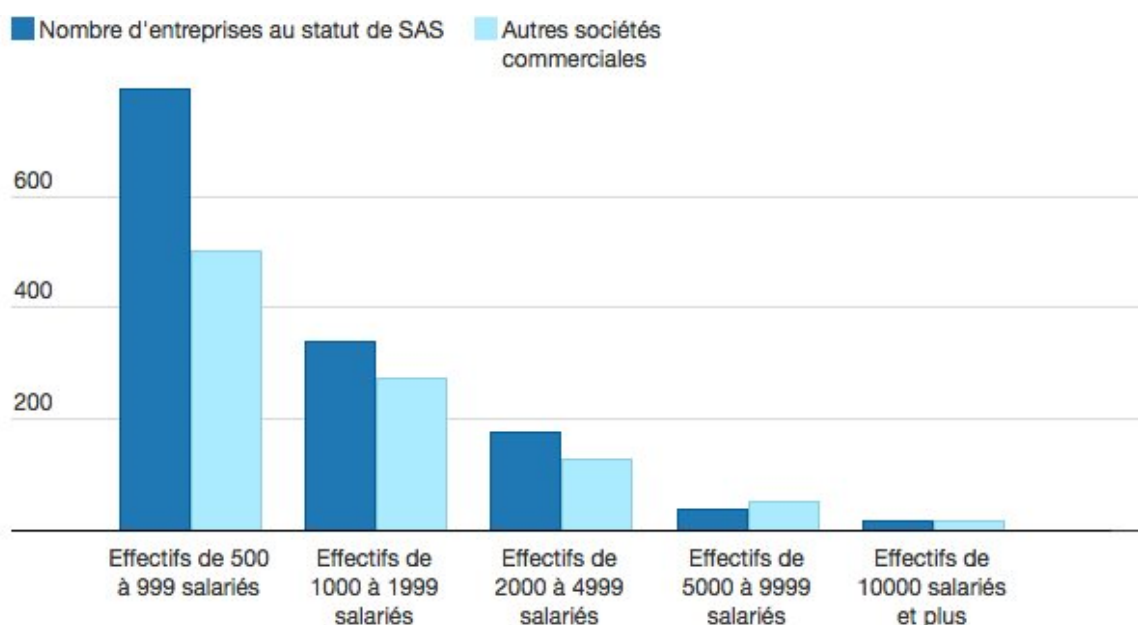
Les mutuelles et les grandes entreprises en SAS doivent aussi être concernées par ce mouvement d'amélioration de la gouvernance.

Recommandation 7. FAIRE LE POINT SUR LA REPRESENTATION DES SALAIRES DANS LES CONSEILS PAR UNE MISSION TIRANT LES ENSEIGNEMENTS DE 12 OU 24 MOIS DE PRATIQUE, AVANT D'ENVISAGER DE L'ETENDRE AUX SOCIETES DE 500 A 1000 SALAIRES, OU D'AUGMENTER LA PROPORTION DES ADMINISTRATEURS SALAIRES AUX CONSEILS

Les grandes SAS ne doivent pas rester en dehors de ce mouvement

L'ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 assurant la transposition de la directive RSE de 2014¹⁶¹ a déterminé un nouveau dispositif de reporting extra-financier, et l'a étendu aux sociétés par actions simplifiées (SAS) qui remplissent les mêmes conditions de taille ou de cotation que les sociétés anonymes. Une dépêche¹⁶² avait notamment montré que l'essor important du nombre de SAS faisait échapper la moitié des sociétés commerciales de plus de 500 salariés à l'obligation de transparence. La dépêche citait notamment 16 entreprises au statut de SAS comptant plus de 10 000 salariés.

Graphique n°5 : nombre de SAS selon le nombre de salariés



Les SAS de plus de 2000 salariés mettent déjà souvent en place une direction collégiale en créant des comités ou conseils ayant un fonctionnement similaire aux SA à conseil d'administration ou à conseil de surveillance et directoire. Il semble logique que ces organes stratégiques appliquent les mêmes règles de représentation du travail que dans les sociétés anonymes.

En Allemagne par exemple, il n'existe pas de statut similaire aux SAS, et la GmbH (équivalent de la SARL), qui n'a en principe qu'un directoire, doit se doter d'un conseil de surveillance, avec un tiers de

¹⁶¹ Directive 2014/95/UE relative à la publication d'informations extra-financières par les entreprises

¹⁶² AEF, *Qui sont les SAS, ces entreprises (encore) exclues du champ du reporting obligatoire ?*, Ana Lutzky, 5 Janvier 2015

représentants salariés, à partir de 500 salariés. Il n'est ainsi pas possible outre-rhin d'adopter une forme sociale spécifique en vue d'échapper à la codétermination.

Recommandation 8. AJOUTER UN ARTICLE AU CODE DE COMMERCE POUR DOTER LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS SIMPLIFIÉE (SAS) DE PLUS DE 5000 SALAIRES D'UN CONSEIL D'ADMINISTRATION OU DE SURVEILLANCE RÉGIS PAR LES DISPOSITIONS APPLICABLES AUX SOCIÉTÉS ANONYMES, AFIN QU'ILS DISPOSENT DES MÊMES PROPORTIONS D'ADMINISTRATEURS SALARIÉS

4.3. Il n'y a pas d'entreprise responsable sans investisseur responsable et normes comptables fidèles

Pour une finance européenne durable

Plusieurs personnes auditionnées ont insisté sur l'importance de l'investissement durable et responsable. Il y a en effet des interactions réciproques entre les entreprises et leurs investisseurs : l'impulsion que le gouvernement d'entreprise peut donner, doit être comprise et accompagnée par les actionnaires. De même, l'investissement socialement responsable (ISR) trouve à s'investir seulement si les dirigeants ont su et pu mettre en œuvre des engagements significatifs. La réflexion et la réforme de l'entreprise ne peuvent donc attendre un *aggiornamento* complet des investisseurs, et les propositions du rapport peuvent être immédiatement mises en œuvre. Il est cependant à souhaiter qu'une telle réflexion aboutisse également en matière d'investissement.

De ce point de vue, le récent rapport du groupe d'experts sur la finance durable (HLEG) à la Commission européenne¹⁶³ ouvre des perspectives fructueuses.

Synthèse des recommandations du rapport du groupe d'experts sur la finance durable (HLEG)

- établir une **taxonomie** à l'échelon européen, définissant ce qui est vert et ce qui est durable ;
- clarifier les **obligations des investisseurs** en termes d'investissement sur le long terme et d'intégration de critères ESG dans les stratégies financières.
- améliorer la **qualité des publications** pour rendre les risques financiers liés à l'environnement et au climat plus transparents - mais aussi en montrer les opportunités. Une référence explicite est faite à l'article 173 de la loi (française) de transition énergétique relatif à l'exercice de reporting par les investisseurs. Le rapport recommande que l'Union européenne intègre les lignes directrices de la *Task Force on Climate Disclosure* en s'appuyant sur l'exemple de l'article 173.
- faciliter l'accès des **investisseurs privés** à la finance durable.
- développer des **normes européennes pour les produits financiers**, "à commencer par les

¹⁶³ Final report of the High-Level Expert Group on Sustainable Finance, 31 January 2018

obligations vertes". Les experts recommandent que l'UE introduise une norme pour les obligations vertes, l'EU Green Bond Standard (EU GBS), et qu'elle étudie la création d'un label ou d'un certificat, l'EU Green Bond Label, pour "aider le marché à se développer pleinement et à maximiser ses capacités à financer des projets verts".

- créer l'organisation "**Sustainable Infrastructure Europe**" pour accompagner les États membres à orienter les flux financiers vers des projets durables.
- réformer la **gouvernance du secteur financier** pour construire des compétences en matière de finance durable.
- intégrer aux **mandats des autorités européennes de surveillance** les dimensions environnementales, climatiques, sociales et de gouvernance. Le rapport rappelle qu'en septembre 2017, la Commission avait indiqué qu'elle allait renforcer les compétences de régulation et de surveillance de ces autorités.

Source : AEF¹⁶⁴

La reprise éventuelle de ces préconisations par la Commission européenne dans son plan d'action pour la finance durable, fournira un appoint favorable au mouvement enclenché dans les entreprises. Il est probable que la France, qui dont la législation a été citée en exemple, joue un rôle d'avant-garde en la matière.

Certaines personnes auditionnées ont fait valoir l'approche principalement environnementale et climatique des préconisations du groupe HLEG. Les investisseurs et entreprises en France ayant déjà mis en œuvre une partie de ces préconisations, il peut être envisagé d'explorer plus avant les dimensions sociales et de gouvernance. Un tel mouvement permettrait aux entreprises françaises de poursuivre l'amélioration de leur performance extra financière dans son ensemble (critères Environnementaux, Sociaux et de qualité de la Gouvernance, ESG).

Une réflexion sur le rôle et la qualité d'actionnaire

Les auditions ont souvent fait état de l'éparpillement des actionnaires et de leur éloignement à l'égard de la réalité du travail dans les entreprises. Certains parlent ainsi de « détenteurs provisoires de capital » n'ayant plus grand-chose à voir avec la figure de l'associé impliqué dans le succès à long terme de sa société.

De ce point de vue, le code français Middenext définit l'actionnaire comme celui qui assume « *la continuité de l'entreprise en confirmant, en dernier ressort, son orientation et en légitimant ceux qui en décident* »¹⁶⁵. Avec une durée de détention moyenne des actions hors trading à haute fréquence, qui atteindrait 11 mois¹⁶⁶ aux Etats-Unis, il serait intéressant d'obtenir une mesure similaire pour les entreprises cotées en France. Une distinction pourrait être envisagée entre un apporteur en capital

¹⁶⁴ AEF, Dans son rapport final, le groupe européen d'experts sur la finance durable vise un "changement systémique", Claire Stam, 31 Janvier 2018

¹⁶⁵ Code de gouvernement d'entreprise, Middenext, septembre 2016.

¹⁶⁶ L'actionnariat en risque d'hypertension, Pierre-Yves Gomez, Le Monde, Mars 2016.

dont la durée de détention est inférieure à 12 mois, et un actionnaire qui s'engage a minima dans un cycle de gestion complet de l'entreprise.

Le prêt d'actions constitue un cas particulier évoqué plusieurs fois lors des auditions. La possibilité d'une privation automatique des droits de vote aux actions temporairement détenues en période d'assemblée générale avait été envisagée par le rapport Mansion dans le cadre de l'Autorité des marchés financiers¹⁶⁷. Si la faculté des prêts de titres n'était pas remise en cause dans son ensemble, son usage peu avant l'assemblée générale peut mener à des opérations de déstabilisations de la part de fonds spéculatifs. Le rapport cite par exemple « *en 2002, le fonds Laxley Partners, actionnaire de British Land, a déposé une série de résolutions contre le conseil d'administration de British Land. Ne détenant que 1 % du capital de British Land, Laxley Partners a emprunté 8 % de titres de la société pour influencer le vote* »¹⁶⁸.

Recommandation 9. ENGAGER UNE ETUDE SUR LA PLACE ET LE ROLE DE L'ACTIONNAIRE DANS LA CONTINUITE DE LA REFLEXION ENCLENCHEE SUR L'ENTREPRISE.

Une image comptable fidèle aux enjeux sociaux et environnementaux

Les parties constituantes, actionnaires et salariés, de même que les parties prenantes, ont une connaissance de l'entreprise à travers sa comptabilité. Les dirigeants eux-mêmes utilisent la comptabilité financière et la comptabilité analytique pour obtenir des retours sur leur gestion. Tous ces acteurs ne peuvent prendre de décisions avisées si l'image renvoyée par la comptabilité n'est pas fidèle.

La grande technicité des normes comptables ne doit pas occulter la réalité des choix parfois politiques qu'elles peuvent refléter. Ces normes permettent, par une unité de compte commune, de rendre comparables des réalités différentes. La comptabilité est donc un moyen de ramener des intérêts particuliers à un intérêt général¹⁶⁹. Cette analyse sous-tend la position de l'Autorité des Normes Comptables d'une comptabilité générale devant se fonder sur l'intérêt public – selon une tradition existant en France et en Allemagne notamment – et non sur le seul intérêt privé, position de l'IASB¹⁷⁰ par exemple.

Les normes comptables actuelles ne prennent pas en considération les enjeux sociaux et environnementaux. Des chercheurs français proposent une méthode qui permettrait de traiter en comptabilité les êtres humains et les entités environnementales non pas comme une charge (comme c'est le cas actuellement), mais comme un passif, pour correspondre à la conception de l'existence

¹⁶⁷ Rapport sur les opérations de prêt emprunt de titres en période d'assemblée générale d'actionnaires, Groupe de place présidé par Yves Mansion, Membre du Collège de l'AMF, Janvier 2008

¹⁶⁸ Rapport Mansion, p.1.

¹⁶⁹ Jubé S., *Droit social et normalisation comptable*, L.G.D.J., 2011.

¹⁷⁰ Le bureau international des normes comptables (International Accounting Standards Board, IASB), est l'organisme international chargé de l'élaboration des normes comptables internationales IAS/IFRS.

d'une « dette sociale et écologique »¹⁷¹. Il est également possible, à l'inverse, de considérer ces éléments comme un patrimoine à préserver, et donc de les faire figurer à l'actif de l'entreprise¹⁷².

**Recommandation 10. ENGAGER UNE ETUDE CONCERTÉE SUR LES CONDITIONS
AUXQUELLES LES NORMES COMPTABLES DOIVENT REpondre POUR SERVIR L'INTERET
GENERAL ET LA CONSIDERATION DES ENJEUX SOCIAUX ET ENVIRONNEMENTAUX**

¹⁷¹ Modèle CARE-TDL (*Comptabilité adaptée au renouvellement de l'environnement et triple depreciation line*), d'Alexandre Rambaud et de Jacques Richard.

¹⁷² Jubé S., « Pour une image fidèle du travail dans la comptabilité financière », Colloque de Cerisy juillet 2017 *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain ?*

PARTIE 5 – UN CADRE CREDIBLE POUR DES ENTREPRISES AVANT-GARDISTES

5.1. La demande d'un cadre juridique pour les sociétés lucratives à impact social et environnemental

Les obligations de *reporting* RSE qui ont été instaurées en France à partir de 2001 et dans l'Union européenne à partir de décembre 2016¹⁷³ l'ont été dans l'idée que la transparence mise en œuvre par les entreprises devait les amener progressivement à modifier leur comportement¹⁷⁴.

La question de l'objet social revient à passer d'une réflexion sur les moyens (*reporting*) à une réflexion sur les fins (l'attention aux impacts sociaux et environnementaux par exemple), qui font l'objet d'une traduction juridique par une inscription dans les statuts, dans la création d'une forme statutaire spécifique¹⁷⁵ ou d'un agrément comme ce fut le cas pour les « entreprises solidaires d'utilité sociale » (ESUS) dans la loi ESS de 2014¹⁷⁶. Cette démarche part du principe qu'en matière de RSE, les engagements sociaux ou environnementaux que les dirigeants pourront être amenés à prendre ne seront valables que tant que les actionnaires y consentiront.

Un engagement des associés dans les statuts de la société

Il s'agit, comme dans le cas américain, de donner une latitude au dirigeant pour concrétiser la « raison d'être » de l'entreprise. Il ne s'agit donc pas de droit souple, puisque l'adoption d'un statut juridique spécifique par exemple, comporte un certain nombre de conséquences légales. La nouveauté par rapport à la RSE selon Levillain réside dans le fait « qu'au lieu d'engager soit les dirigeants (à travers des chartes éthiques), soit la personne morale elle-même (en créant des contrats avec d'autres organismes), ce sont les actionnaires eux-mêmes qui s'engagent, *au sein même du contrat de société*. »¹⁷⁷. Dans le contexte de durcissement et de judiciarisation du droit

¹⁷³ Cf. partie 2.1 sur la RSE, le *reporting* RSE été inauguré en France par la loi NRE de 2001, et dans l'UE avec la directive 2014/95/UE, dont la transposition devait intervenir au plus tard en décembre 2016.

¹⁷⁴ Voir par exemple le considérant n°3 de la directive 2014/95/UE : « *La communication d'informations non financières est en effet essentielle pour mener à bien la transition vers une économie mondiale durable, en associant la rentabilité à long terme à la justice sociale et à la protection de l'environnement. Dans ce contexte, la communication d'informations non financières contribue à l'évaluation, au suivi et à la gestion des performances des entreprises et de leurs incidences sur la société.* »

¹⁷⁵ *Entreprises à mission : sept dirigeants sur dix souhaitent la création d'un cadre juridique dédié*, La Tribune, 17 février 2018.

¹⁷⁶ Cf. annexe 5

¹⁷⁷ Levillain K., *Les entreprises à mission. Un modèle de gouvernance pour l'innovation*, Vuibert, 2017, p.35.

souple¹⁷⁸, la modification de l'objet social est un moyen d'amener les entreprises à solidifier elles-mêmes et à leur rythme le droit souple, en se dotant d'engagements et en les contrôlant.

Ces éléments sont d'ailleurs cohérents avec la définition de l'entreprise à mission (« *profit-with-purpose business* ») donnée par le groupe de travail de la présidence britannique du G8 :

Graphique 6 – Caractéristiques d'une entreprise à mission



Source : Mission Alignment Working Group (2014), Social Impact Investment Taskforce.

La demande d'un statut de sociétés lucratives à impacts sociaux et environnementaux

Dans un récent sondage, les chefs d'entreprise interrogés sont pour 68% d'entre eux favorables à la création d'un cadre juridique dédié pour organiser la poursuite d'objectifs sociaux et environnementaux par des sociétés lucratives¹⁷⁹.

Ce mouvement a été lancé aux Etats-Unis, où les devoirs fiduciaires (« fiduciary duties ») imposent selon la plupart des juristes¹⁸⁰ la maximisation de la valeur pour l'actionnaire. Pour Levillain, cette approche correspond à « l'abandon de la voie autorégulatrice »¹⁸¹, puisqu'elle revient à exercer la RSE dans un cadre juridique spécifiquement prévu. Cette voie est cependant née de la RSE volontaire, et notamment du label B-corp. Pour obtenir le label, l'association exige que l'entreprise écrive dans ses statuts que le dirigeant, dans l'exercice de ses pouvoirs, doit prendre en compte

¹⁷⁸ Cf. partie 2.4

¹⁷⁹ *Entreprises à mission : sept dirigeants sur dix souhaitent la création d'un cadre juridique dédié*, La Tribune, 17 février 2018.

¹⁸⁰ Yosifon D.G., "The law of corporate purpose". Berkeley Business law Journal, 10(2), 2013, p.181-305. Ce point suscite néanmoins des débats, voir par exemple : Stout L.A., *The Shareholder value myth: How putting shareholders first harms investors, corporations, and the public*. Oakland : Berrett-Koehler Publishers, 2012.

¹⁸¹ La « Société à Objet Social Étendu ». *Un nouveau statut pour l'entreprise*, Blanche Segrestin, Kevin Levillain, Stéphane Vernac et Armand Hatchuel. p.50

l'impact de ses décisions sur un ensemble défini de parties prenantes. Or cette inscription peut être jugée contradictoire aux devoirs fiduciaires et donc être frappée de nullité¹⁸².

Les propos du juge de la cour suprême du Delaware dans le procès *Craigslist contre eBay* en 2010 sont une bonne illustration des contraintes de maximisation du profit : « *Ayant choisi une forme statutaire lucrative, les dirigeants de Craigslist sont liés par les devoirs fiduciaires et les normes qui accompagnent cette forme. Contribuer à la valeur de la société pour le bénéfice de ses actionnaires fait partie de ces normes.* »¹⁸³. Ce jugement condamnait les deux fondateurs, dirigeants et actionnaires majoritaires de Craigslist pour avoir cherché à défendre une mission sociale les conduisant à limiter la distribution de dividendes. Ce type de conflits a conduit au développement de nouvelles formes juridiques de sociétés adaptées à la vision de « *profit-with-purpose business* ». On peut donc considérer que cette vague d'innovation dans les formes de sociétés est née d'un besoin de sécurité juridique ! Il existe principalement deux types de statuts :

	<i>Benefit corporation (BC)</i>	<i>Flexible purpose corporation (FPC)</i> ¹⁸⁴
Mission	Inscription dans les statuts d'un impact positif mesurable qui n'est pas une cause spécifique mais concerne la société et l'environnement dans son ensemble. Une mission spécifique peut s'y ajouter.	Inscription dans les statuts d'une mission spécifique pour les parties prenantes de l'entreprise, la société ou l'environnement.
Règle d'adoption	Vote des actionnaires aux 2/3	Vote de chaque classe d'actionnaires aux 2/3. Les actionnaires minoritaires ont droit au rachat de leurs actions à une juste valeur.
Degré de contrainte	Une responsabilité supplémentaire pour le dirigeant : Une procédure de mise en application de l'impact (<i>benefit enforcement proceeding</i>) est ouverte aux actionnaires détenant 5% du capital.	Une protection juridique du dirigeant pour l'exécution de la mission. Les actionnaires ne disposent pas de moyens de pression légaux.
Evaluation	Par un organisme tiers indépendant (souvent B-lab), avec publication d'un rapport annuel.	Par l'entreprise, dans un rapport envoyé aux actionnaires et publié après retrait des éléments confidentiels.

Source : *Les entreprises à mission, panorama international des statuts hybrides au service du bien commun*, Prophil.

¹⁸² La « Société à Objet Social Étendu ». *Un nouveau statut pour l'entreprise*, Blanche Segrestin, Kevin Levillain, Stéphane Vernac et Armand Hatchuel. p. 52

¹⁸³ *eBay Domestic Holdings, Inc. V. Newmark*, Delaware 2010, cité par Levillain K., *Les entreprises à mission. Un modèle de gouvernance pour l'innovation*, Vuibert, 2017, p.30.

¹⁸⁴ Devenu en 2015 « Social purpose corporation ».

Une telle catégorie est complémentaire avec l'ESS et non concurrent

Si l'Economie sociale et solidaire (ESS) a constitué une « troisième voie » entre l'Etat et le marché, ou entre marxisme et libéralisme¹⁸⁵, la demande de ce nouveau statut semble dessiner une autre voie entre le capitalisme classique et l'ESS, celle d'une économie de marché responsable. La création de richesses demeure à son fondement, mais la prise en compte des conséquences sociales et environnementales doit permettre d'éviter la mise en danger du patrimoine naturel et des droits humains, afin que la recherche de l'efficacité productive ne tombe jamais dans la captation de ressources.

Les personnes auditionnées ont souvent exprimé le besoin de statuts distincts de l'ESS, les entreprises concernées « n'ayant pas peur du profit ». L'ESS ne limite cependant pas réellement le profit, c'est-à-dire la constitution d'excédents financiers. Ce qu'elle interdit ou limite, est son appropriation individuelle, afin que cet objectif demeure secondaire. Au moins deux formes de l'ESS permettent de poursuivre une activité commerciale :

- **La SCIC** : Une SA, SARL ou SAS peut devenir une société coopérative d'intérêt collectif, sans qu'il soit besoin de créer une personne morale nouvelle. Son fonctionnement est coopératif, sur le principe « 1 personne = 1 voix » en assemblée générale. Les excédents doivent être mis en réserve impartageable à hauteur de 57,5 %, avec déduction de l'impôt sur les sociétés. Le reste peut cependant être distribué à la manière de dividendes, sous forme d'intérêts à chaque part sociale¹⁸⁶. La SCIC est une forme existante permettant l'association des parties prenantes : salariés, bénéficiaires financeurs, et éventuellement des collectivités territoriales.
- **L'entreprise de l'ESS**, éventuellement agréée ESUS. Une société commerciale peut entrer dans ce statut en inscrivant dans ses statuts un objet social d'utilité sociale, une gouvernance démocratique et l'affectation au report à nouveau et à la mise en réserve de 50% des bénéfices. Une moitié des bénéfices peut cependant être distribuée. L'agrément ESUS, qui donne accès à des financements spécifiques, requiert que l'entreprise remplisse des conditions supplémentaires en matière de politique salariale et d'utilité sociale.

On compte en France 692 SCIC et 967 entreprises ESUS (dont 20% ont un statut de société commerciale). Le nombre des entreprises ESUS est assez élevé, la mesure ayant été mise en place deux ans après la publication du décret, et moins de 6 mois après la publication de l'instruction du Ministère des Finances¹⁸⁷. A titre de comparaison, il existait en 2015 aux Etats-Unis environ 100 *flexible purpose corporations* quatre ans après leur création, et 1.200 *benefit corporations* cinq ans après leur création.

¹⁸⁵ A la suite de Charles Gide, le théoricien du mouvement coopératif français, mais aussi du mutualisme de Pierre Joseph Proudhon ou du solidarisme de Léon Bourgeois.

¹⁸⁶ AVISE, Fiche pratique, SCIC, société coopérative d'intérêt collectif, décembre 2014.

¹⁸⁷ Décret n° 2015-719 du 23 juin 2015 relatif à l'agrément « entreprise solidaire d'utilité sociale » ; Instruction à destination des services instructeurs en vue de la mise en œuvre du dispositif de l'agrément « Entreprise solidaire d'utilité sociale » (ESUS) du 20 septembre 2016. Source : Etude CNCRESS de janvier 2018.

5.2. Accompagner l'essor d'une voie originale, celle des entreprises à mission

Les personnes auditionnées qui proposent la création d'un tel cadre juridique mettent en avant plusieurs objectifs :

- La stabilité des engagements : le droit autorise les objectifs sociaux ou environnementaux, mais ne protège pas d'un revirement actionnarial ;
- La crédibilité : « même les entreprises les plus engagées subissent les effets d'un droit asymétrique. Car faute de maîtriser leur actionnariat futur, elles ne peuvent garantir la stabilité de leurs engagements. De sorte que ceux-ci sont difficilement crédibles. De nombreux acteurs de la société civile, tels que les ONG, sont de ce fait souvent réticents à collaborer avec ces entreprises, qu'ils suspectent de "greenwashing" ou de "fairwashing". »¹⁸⁸
- Un équilibre favorable à l'efficacité. La mission pourrait fournir au dirigeant une latitude de gestion tout en préservant un contrôle de son action. Le contrôle par les actionnaires focalisé sur la valeur actionnariale ne serait pas la seule forme d'incitation à l'efficacité.

Examinons par conséquent les outils susceptibles de remplir ces objectifs. Les trois caractéristiques des entreprises à mission anglo-saxonnes (mission ; devoirs ; impact) sont déjà possibles par modification des statuts de la société – c'est-à-dire le contrat de société entre associés – dans le cadre de l'ESS mais pas seulement :

- **L'inscription d'une mission** ou d'un objet social étendu est déjà possible en l'état du droit actuel, ce qui n'était pas le cas aux Etats-Unis en raison des devoirs fiduciaires. Les entreprises de l'ESS, doivent obligatoirement modifier leurs statuts pour faire apparaître un certain nombre de caractéristiques. La mission a aussi auditionné plusieurs entreprises commerciales sans lien avec l'ESS, qui ont modifié leurs statuts pour se doter d'une mission. Par rapport à l'ESS, le nouveau statut doit répondre au besoin de poursuivre un autre objectif que le profit, sans contraintes sur la distribution de dividendes et de politique salariale.
- **Le choix de contraintes librement consenties** : est aussi possible dans le droit actuel, aussi bien dans le cadre de l'ESS que dans des choix volontaristes d'entreprises commerciales classiques qui inscrivent par exemple des engagements dans leur statut, ou l'association de parties prenantes. Par rapport à l'ESS, le nouveau statut cherche à associer les parties prenantes, sans sauter le pas des règles coopératives.
- **La recherche et la mesure d'impact** n'est pas non plus empêchée. L'agrément ESUS nécessite par exemple que les charges d'exploitations soient impactées par la recherche de l'utilité sociale.

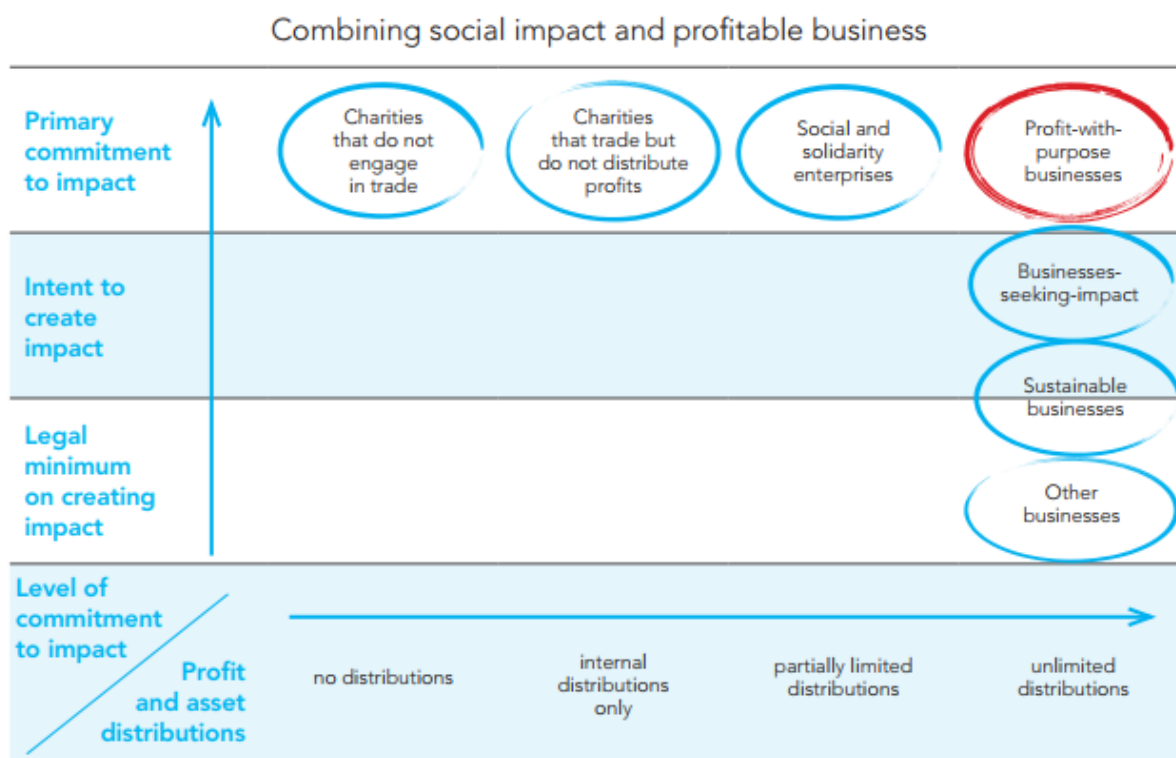
Pour les entreprises les plus engagées, les statuts de l'ESS présentent un degré d'exigence important, dont l'accès pourrait d'ailleurs être facilité sans pour autant en dénaturer l'esprit. Il ne convient cependant pas à tous les chefs d'entreprise, dont certains souhaitent conserver des règles les plus proches possibles d'une société commerciale classique. Il doit pouvoir exister des entreprises inscrites dans une économie « patiente », prêtes à renoncer à des profits de court terme pour viser

¹⁸⁸ Segrestin B, Levillain K, Vernac S, Hatchuel A, La « Société à Objet Social Etendu », Presses des Mines, 2015, p.17

une création valeur durable, sans qu'elles soient forcément dotées d'une gouvernance coopérative ou d'un encadrement des salaires, comme cela peut exister dans l'ESS.

Une autre différence réside dans l'absence de bonification fiscale ou de financements spécifiques, comme il en existe dans l'ESS. L'entreprise à mission correspond à une catégorie d'entreprises organisant la poursuite d'un intérêt collectif sans le besoin d'une reconnaissance par la puissance publique sous la forme d'une mission de service public ou d'une activité reconnue d'intérêt général et encouragées par une déduction fiscale. Une telle distinction fournira une répartition claire entre les entreprises à impact qui ne limitent pas leur lucrativité par principe, et les entreprises de l'ESS, dont la recherche d'impact s'accompagne de limitations de la distribution de profits ou dans la politique salariale.

Graphique 7 – Typologie selon l'impact et la distribution des profits



Source : Mission Alignment Working Group (2014), Social Impact Investment Taskforce.

La libre modification des statuts – c'est-à-dire du contrat entre les associés ou actionnaires – permet déjà à des entreprises volontaires d'adopter les caractéristiques discutées ici. La réaffirmation de cette possibilité dans le Code civil pourra donner un élan à ce mouvement.

Recommandation 11. CONFIRMER A L'ARTICLE 1835 DU CODE CIVIL LA POSSIBILITE DE FAIRE FIGURER UNE « RAISON D'ETRE » DANS LES STATUTS D'UNE SOCIETE, QUELLE QUE SOIT SA FORME JURIDIQUE, NOTAMMENT POUR PERMETTRE LES ENTREPRISES A MISSION.

Article 1835 du Code civil (le nouvel alinéa proposé est souligné)

«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.

L'objet social peut préciser la raison d'être de l'entreprise constituée. »

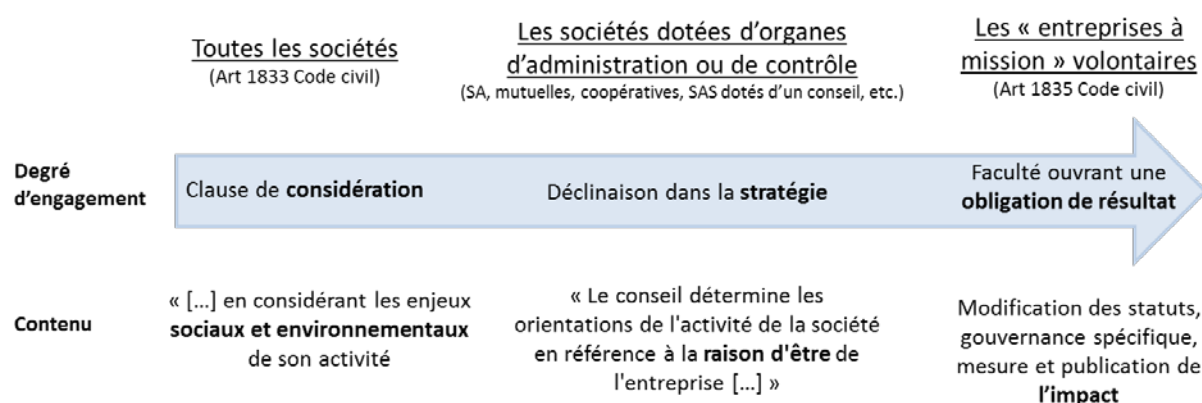
Reconnaître des entreprises à mission

Plutôt que le modèle de la *Flexible purpose corporation*, qui a du sens aux Etats-Unis en raison des devoirs fiduciaires, mais qui peut présenter des risques de *greenwashing*¹⁸⁹, c'est la Benefit corporation qui peut inspirer les pays d'Europe continentale. Une société se dotant d'une mission et d'un impact spécifiques ne peut pas s'exonérer d'être à un bon niveau de RSE dans les autres critères sociaux et environnementaux. Dans le cas contraire, la révélation de défaillances flagrantes de certaines de ces sociétés risqueraient de décrédibiliser le concept dans son ensemble et les autres sociétés s'en réclamant.

La modification de l'article 1835 place au plus haut niveau dans le droit des sociétés la possibilité pour une société de s'engager dans une raison d'être par son inscription dans ses statuts. Il ne s'agit donc pas d'une nouvelle forme statutaire comme la SA, SARL ou SAS, mais d'une disposition transversale, permettant à une SA potentiellement de taille importante, en même temps qu'à une petite coopérative d'entrer dans ce dispositif.

¹⁸⁹ Levillain K., *Les entreprises à mission. Un modèle de gouvernance pour l'innovation*, Vuibert, 2017, p.57

Graphique n°8 : Degré d'engagement selon les sociétés concernées et les facultés ouvertes



Source : mission

Recommandation 12. RECONNAITRE DANS LA LOI L'ENTREPRISE A MISSION, ACCESSIBLE A TOUTES LES FORMES JURIDIQUES

L'« entreprise à mission » respecte quatre conditions :

- *l'inscription dans ses statuts d'une raison d'être dotée d'un impact mesurable positif pour la Société et l'environnement¹⁹⁰ ;*
- *l'introduction dans sa gouvernance d'un comité d'impact, dont la composition est libre, peut comporter des parties prenantes. Il doit disposer de l'indépendance et des moyens appropriés, en particulier de droits de communication et d'audit ;*
- *la mesure et la reddition publique par les organes de gouvernance du respect de la raison d'être inscrite dans les statuts, évalué par un organisme tiers indépendant ;*
- *la publication d'une déclaration de performance extra-financière comme les sociétés de plus de 500 salariés¹⁹¹ ;*

¹⁹⁰ Correspondant à une « triple ligne de résultat », en anglais « triple bottom line ». Ce qui n'empêche pas une éventuelle mission spécifique. La négociation d'un accord d'entreprise est une option permettant l'appropriation par les salariés et leurs représentants, et une stabilité en cas de changement d'actionnaires.

¹⁹¹ Article L225-100-1 du Code de commerce.

L'élaboration des normes est un élément de soft power. Dans le cadre des réflexions sur l'influence normative, la France et l'Europe doivent développer leur propre vision et leurs propres normes de droit souple devant guider les entreprises à mission en Europe

Recommandation 13. ENVISAGER LA CREATION D'UN ACTEUR EUROPEEN DE LABELLISATION, ADAPTE AUX SPECIFICITES DU CONTINENT EUROPEEN, POUR LES ENTREPRISES A MISSION EUROPEENNES

5.3. La fondation permet de sanctuariser une raison d'être au service d'un intérêt général

Au Danemark, 54% des sociétés cotées sont contrôlées par des fondations¹⁹². Le modèle de la fondation actionnaire semble avoir contribué au maintien d'une grande proportion de fleurons économiques dans ce pays. Il en va de même en Allemagne dans le Mittelstand. La mission a ainsi auditionné les dirigeants de l'entreprise Robert Bosch pour mieux comprendre l'approche allemande en ce domaine. Plusieurs personnes auditionnées ont exprimé le souhait que le cadre juridique français des fondations puisse être assoupli afin d'en permettre le développement.

La loi française protège le nom de fondation et le réserve aux missions d'intérêt général

Une fondation se définit comme « l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif »¹⁹³. En France, les fondations et fonds de dotation sont exclusivement dédiés par la loi à des missions d'intérêt général essentielles au soutien des plus fragiles et à la cohésion de la société. Sous réserve de mener des activités appartenant au périmètre éligible au mécénat et de respecter les règles fiscales de l'intérêt général, ils bénéficient d'une fiscalité avantageuse, notamment en matière de libéralités et de mécénat. En contrepartie, plein usage des produits de ces avantages doit être affecté à l'intérêt général, à l'exclusion de tout financement d'intérêts privés.

La détention par une fondation d'actifs économiques dont les revenus lui permettent de mener à bien sa mission d'intérêt général n'est pas nouvelle. Au XV^{ème} siècle pour permettre aux hospices de Beaune de fonctionner, le chancelier Nicolas Rolin décidait de les doter de vignobles. Depuis près de

¹⁹² Thomsen S., *Industrial Foundations in Danish Economy*, Center for Corporate Governance, Copenhagen Business school, février 2013.

¹⁹³ Art. 18 de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat

600 ans, la vente de vins se fait à leur profit, mais les hospices n'interviennent pas dans l'activité viticole.

Le législateur a veillé à sanctuariser, par la loi de 1987, la notion de « fondation » pour la rattacher aux seules œuvres et missions d'intérêt général. Il a par ailleurs rendu passible d'une amende tout usage fallacieux de cette appellation. Les fondations sont très attachées à cette cohérence, autour de ce dénominateur commun.

Les fondations peuvent déjà être actionnaire majoritaire depuis 2005

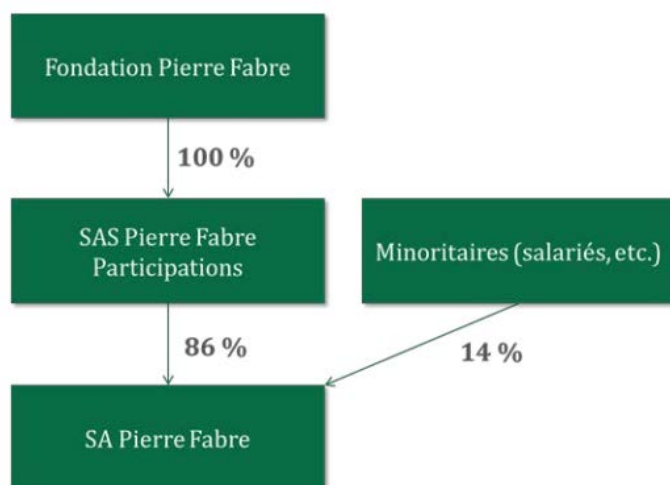
La possibilité d'une détention majoritaire de titres de sociétés par une fondation reconnue d'utilité publique a été introduite par l'amendement « Carayon » de la loi du 2 août 2005. Cette possibilité est subordonnée au respect du principe de spécialité et ne peut s'opérer qu'à l'occasion d'une opération de cession ou de transmission d'entreprise.

Dans la pratique, ce schéma majoritaire a déjà été mis en œuvre, notamment par la Fondation Pierre Fabre (voir encadré), avec l'interposition d'une holding gestionnaire pour dissocier la détention des titres et les droits de vote. Un autre montage consiste à utiliser une société en commandite par actions, avec la fondation comme commanditaire, et au moins un commandité assumant alors la gestion de l'entreprise et les risques en découlant. Ces montages permettent ainsi de mieux encadrer d'éventuels risques de conflits d'objectifs ou d'intérêts.

Montage de la détention majoritaire de la SA Pierre Fabre par une fondation

La société intercalaire vise à dissocier les droits de vote des droits patrimoniaux attachés à la détention du capital. Les actions A détenues par la Fondation représentent la quasi-totalité du capital social et les actions B sont détenues par un nombre restreint de personnes de confiance à qui le fondateur a confié le futur de son Groupe en leur donnant une feuille de route.

Ce schéma permet à la fondation de recevoir les fruits de la gestion sans y intervenir. La fondation est protégée par le fait que l'approbation des comptes, la distribution des dividendes, et les décisions extraordinaires nécessitent un vote positif de chacune des deux catégories d'actionnaires.



Source : IGF, *Le rôle économique des fondations*, avril 2017

Des assouplissements sont possibles, mais la fiscalité des fondations ne peut être généralisée

La création d'un statut de fondations actionnaires soulève de nombreuses questions : « *il serait particulièrement hasardeux de considérer que le fait d'employer en France ou de ne pas délocaliser relève de l'intérêt général au sens fiscal, car cela violerait les principes de la concurrence et romprait l'égalité entre acteurs économiques. De même, l'exercice d'une activité lucrative et d'une activité non-lucrative par une même fondation poserait des difficultés en matière de gouvernance* »¹⁹⁴. Les auditions ont montré la nécessité d'agir avec précaution en cette matière : la gestion de l'entreprise ne doit pas être paralysée par la prudence de la fondation ; les entreprises de certains secteurs doivent pouvoir accéder à l'épargne publique ; un nouveau statut de fondation ne doit pas faciliter l'évasion fiscale, etc.

Les personnes auditionnées ont également rappelé que le frein était avant tout la décision individuelle forte que représente la dépossession d'un patrimoine personnel au profit d'une fondation.

Il a également été noté que les régimes juridiques des fonds de dotation et les fondations d'entreprise offrent déjà une grande souplesse. Les fonds de dotation peuvent librement détenir des titres de sociétés sans contrainte sur le principe de spécialité. Les fondations d'entreprise sont habilitées, depuis la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'ESS, à recevoir des dons non plus seulement de la part des salariés d'entreprises du groupe mais également de la part des mandataires sociaux, sociétaires, adhérents ou actionnaires d'une entreprise fondatrice ou d'un groupe fiscalement intégré auquel elles appartiennent.

Il apparaît donc d'après nos auditions que le droit français dispose déjà des outils nécessaires pour permettre à une fondation ou un fonds de dotation de détenir tout ou partie du capital d'une entreprise. Il serait simplement souhaitable d'en adapter les statuts actuels sans en dénaturer l'esprit. Ainsi, pour les fondations reconnues d'utilité publique, il est possible d'assouplir la détention majoritaire en supprimant la mention d'une condition de cession ou de transmission, et en remplaçant le principe de spécialité par un principe de non-immixtion, conformément aux recommandations d'un précédent rapport¹⁹⁵.

Comme dans le cas précédent des « entreprises à mission », il nous semble néanmoins cohérent de réserver les exemptions fiscales aux finalités d'intérêt général limitativement énumérées. La recherche d'un intérêt collectif comme la stabilité de l'actionnariat ou le maintien de l'emploi dans une région particulière, ne doit pas être découragé et doit même être facilité, mais ne doit pas faire l'objet d'un traitement fiscal spécifique¹⁹⁶. Il serait donc utile de marquer une distinction entre les finalités reconnues d'intérêt général poursuivies par la fondation reconnue d'utilité publique d'une part, et le simple fait pour une fondation de détenir une société.

¹⁹⁴ IGF, *Le rôle économique des fondations*, avril 2017, p.2.

¹⁹⁵ IGF, *Le rôle économique des fondations*, avril 2017, proposition 5, p.31.

¹⁹⁶ Outre cette confusion entre intérêt général et intérêt collectif, un traitement fiscal spécifique poserait des difficultés en matière de droit de concurrence, déjà évoqués

Envisager des Fonds pour la transmission et la pérennisation des entreprises

Il a aussi été envisagé dans les auditions qu'un véhicule juridique puisse faciliter la transmission et la pérennisation de PME. Un rapport notait ainsi que 700 000 entreprises sont susceptibles d'être cédées sur 10 ans¹⁹⁷. Les fondateurs, en l'absence d'un successeur désigné, peuvent souhaiter se déposséder de leur bien, pour assurer la pérennité d'une raison d'être ou d'une implantation territoriale, sans pour autant affecter les fruits à l'intérêt général, et se conformer aux contraintes afférentes. Sous la réserve précédemment exprimée de réserver le terme de « fondation » aux œuvres d'intérêt général, la création d'un véhicule juridique pour favoriser la poursuite d'une raison d'être ou d'une mission peut être envisagé. Cette faculté existe au Danemark, au Royaume-Uni, en Allemagne et en Suède, où en l'absence d'intérêt général, il n'y a pas de traitement fiscal dérogatoire.

Une telle dissociation donnerait de plus une souplesse bienvenue au dispositif, par exemple avec une réversibilité temporaire pendant 10 ans, ce qui permettrait à un nombre plus important de chefs d'entreprise de sauter le pas. Les conditions de sécurité juridique d'une telle option doivent être étudiées¹⁹⁸.

Recommandation 14. ASSOULPIR LA DETENTION DE PARTS SOCIALES MAJORITAIRES PAR LES FONDATIONS, SANS EN DENATURER L'ESPRIT, ET ENVISAGER LA CREATION DE FONDS DE TRANSMISSION ET DE PERENNISATION DES ENTREPRISES

*

Le développement d'« entreprises à mission » et de fondations actionnaires peut constituer un secteur d'avant-garde, à même de faire progresser de façon empirique la prise en compte d'intérêts collectifs, d'où pourront sortir de bonnes pratiques à essaimer. Ces statuts optionnels ne permettent cependant pas une prise en compte par toutes les sociétés de leurs enjeux sociaux et environnementaux, ainsi qu'une plus grande prise en compte de l'investissement et du long terme, à rebours de la pression actionnariale pouvant actuellement exister. C'est pourquoi de telles options ne peuvent en aucun cas dispenser d'une modification du Code civil et du Code de commerce.

¹⁹⁷ Rapport de Fanny Dombre-Coste, Députée de l'Hérault, au Ministre de l'Economie et à la Secrétaire d'Etat chargée du Commerce, *Favoriser la transmission d'entreprise en France : diagnostic et propositions*, juillet 2015

¹⁹⁸ Ce système induirait une modification de moindre ampleur que la modification de la réserve héréditaire, d'un effet démesuré par rapport à l'objectif visé.

CONCLUSION

« On nous change notre État », s'écriait Maurice Hauriou dans une note sous le célèbre arrêt du Tribunal des conflits *Canal de Gignac*¹⁹⁹. Il considérait que « ce qui est grave, c'est d'incorporer à l'administration de l'État des entreprises qui ne sont pas d'intérêt public ». Plus d'un siècle plus tard, c'est le même cri d'alarme que l'on a entendu lors de certaines auditions. Hier le publiciste voyait le risque d'une confusion entre l'intérêt public et l'intérêt collectif et par suite, une pente fatale de l'État vers le collectivisme. Aujourd'hui le privatiste y voit le désordre des intérêts collectifs dans l'intérêt privé. L'histoire a montré que la crainte du premier était exagérée, elle montrera sans doute également que la modification du Code civil ne doit pas déclencher des réactions si vives.

Au contraire, après l'impulsion décisive de l'Accord de Paris sur le climat en 2015, la réforme de l'entreprise peut constituer pour la France un projet fédérateur au niveau européen et au-delà. Alors qu'au niveau interétatique la question environnementale est obscurcie par le retour de certains de nos partenaires aux énergies fossiles et que la question sociale achoppe sur l'absence de ratification des conventions de l'OIT, l'entreprise peut devenir le nouveau vecteur de tempérament de certains excès de la mondialisation, pointés par le Président de la République lors du Forum économique mondial de Davos.

Les bonnes performances extra financière des entreprises françaises, le sérieux des engagements de la France et l'effet d'entraînement qu'elle a su impulser²⁰⁰ en Europe, la rendent crédible pour porter une telle cause. Si la France peut disposer de la primeur dans la démarche de rénovation du Code civil qui pourra inspirer les autres pays de droit civiliste, notre pays a également su s'inspirer des réussites historiques de ses voisins en reprenant il y a quelques années la généralisation des administrateurs salariés dans les conseils d'administration. Ce projet pourra être porté dans les enceintes européennes, et plus largement lors de la présidence française du G7 en 2019. C'est également une perspective utile pour le centenaire de la plus ancienne organisation internationale, l'Organisation internationale du travail, créée en 1919 lors du Traité de Versailles, avec la conviction qu'« *une paix universelle et durable ne peut être fondée que sur la base de la justice sociale* ».

¹⁹⁹ Tribunal des conflits, 9 décembre 1899, *Association Syndicale du Canal de Gignac*, n° 00515

²⁰⁰ Des lois NRE et Grenelle poursuivies par la directive de 2014, à l'article 173 de la loi de transition énergétique citée par le rapport du HLEG remis à la Commission européenne.

Remerciements

Nous tenons à remercier chaleureusement Eric Le Corre et Constance Lenoir du Groupe Michelin pour leur appui précieux tout au long de la mission.

Nos remerciements sincères vont aussi à toutes les personnes que nous avons personnellement sollicitées et qui ont accepté de se prêter au jeu : Jean-Philippe Robé, Dominique Schmidt, Antoine Lyon-Caen, Sophie Schiller, Benjamin Kanovitch, Alain Pietrancosta, François Ewald, Jean-Pierre Martel, Denis Jacquet. Une mention spéciale pour le travail important réalisé au Collège des Bernardins. Nous pensons aussi aux haut-fonctionnaires des services de l'Etat qui ont apporté leur expertise : Antoine Chabert, Nicolas Faas de la Direction des Affaires civiles et du Sceaux, Alice Navarro, Jérôme Brouillet et Pierre Rohfritsch de La Direction générale du Trésor. Merci enfin aux équipes du Ministère du Travail pour leur sympathique accueil dans leurs murs.

Nous adressons enfin nos remerciements pour les nombreuses contributions spontanées – plus de cinquante – qui nous sont parvenues, et qu'il nous est impossible de citer ici de façon exhaustive.

Recommandations

1. Ajouter un alinéa à l'article 1833 du Code civil, qui officialise la considération des entreprises pour leurs enjeux - risques et opportunités – sociaux et environnementaux
2. Confier aux conseils d'administration la formulation d'une raison d'être visant à éclairer l'intérêt propre de la société et de l'entreprise ainsi que la prise en considération de ses enjeux sociaux et environnementaux
3. Accompagner le développement de labels RSE sectoriels et faire de la RSE un outil de renforcement du dialogue social dans les branches professionnelles volontaires
4. Les grandes entreprises devraient être incitées à se doter de comités de parties prenantes, par exemple en inscrivant cette bonne pratique dans les codes de gouvernance
L'existence au sein du conseil d'administration d'un comité qui l'éclaire sur la stratégie RSE de l'entreprise est aussi une pratique à généraliser.
Ces bonnes pratiques pourraient par exemple figurer dans les codes de gouvernance
5. Signaler comme une bonne pratique les rémunérations variables liées aux critères RSE, et la transparence sur le niveau de déclenchement de cette part variable.
6. Renforcer le nombre des administrateurs salariés dans les conseils d'administration ou de surveillance de plus de 1000 salariés partir de 2019, à deux salariés à partir de 8 administrateurs non-salariés et trois salariés à partir de 13 administrateurs non-salariés
7. Faire le point sur la représentation des salariés dans les conseils par une mission tirant les enseignements de 12 ou 24 mois de pratique, avant d'envisager de l'étendre aux sociétés de 500 à 1000 salariés, ou d'augmenter la proportion des administrateurs salariés aux conseils.
8. Ajouter un article au Code de commerce pour doter les sociétés par actions simplifiée (SAS) de plus de 5000 salariés d'un conseil d'administration ou de surveillance régis par les dispositions applicables aux sociétés anonymes, afin qu'ils disposent des mêmes proportions d'administrateurs salariés
9. Engager une étude sur la place et le rôle de l'actionnaire dans la continuité de la réflexion enclenchée sur l'entreprise
10. Engager une étude concertée sur les conditions auxquelles les normes comptables doivent répondre pour servir l'intérêt général et la considération des enjeux sociaux et environnementaux
11. Confirmer à l'article 1835 du Code civil la possibilité de faire figurer une « raison d'être » dans les statuts d'une société, quelle que soit sa forme juridique, notamment pour permettre les entreprises à mission.
12. Reconnaître dans la loi l'entreprise à mission, accessible à toutes les formes juridiques

13. Envisager la création d'un acteur européen de labellisation, adapté aux spécificités du continent européen, pour les entreprises à mission européennes
14. Assouplir la détention de parts sociales majoritaires par les fondations, sans en dénaturer l'esprit, et envisager la création de fonds de transmission et de pérennisation des entreprises

Annexe 1 – Lettre de mission



MINISTÈRE DE LA TRANSITION ÉCOLOGIQUE ET SOLIDAIRE
MINISTÈRE DE LA JUSTICE
MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES
MINISTÈRE DU TRAVAIL

Les Ministres

Paris, le 11 janvier 2018

Madame, Monsieur,

Dans le cadre du Plan d'Action pour la Croissance et la Transformation des Entreprises, le Gouvernement souhaite mener une réflexion sur la relation entre entreprise et intérêt général.

Cette démarche part du constat, largement partagé, que la société exprime à l'égard des entreprises des attentes croissantes, sous la contrainte de nouveaux défis environnementaux, sociaux et sociétaux. Il est aujourd'hui demandé à l'entreprise d'assumer une responsabilité à l'égard de ses parties prenantes, aux intérêts parfois contradictoires, mais aussi à l'égard de la société dans son ensemble.

Notre conviction est que l'entreprise est un outil puissant pouvant apporter une vraie contribution à l'intérêt général. A la fois lieu d'accomplissement personnel pour les salariés ou les entrepreneurs, creuset où se tissent des liens sociaux, moteur du progrès économique et technologique, par ses fonctions multiples l'entreprise participe à la satisfaction de l'intérêt général. Pour essentiel qu'il soit, le retour sur investissement des actionnaires n'épuise pas la raison d'être de l'entreprise. Répondre aux défis environnementaux, assurer le respect des droits humains dans un processus de production transnational, ou encore favoriser l'amélioration du bien-être des salariés, sont des exemples des buts légitimes que l'entreprise se voit désormais assigner.

Muni de ces constats, il est nécessaire de forger une nouvelle vision de l'entreprise, en interrogeant pour cela son rôle et ses missions. Comment mieux prendre en compte les intérêts des actionnaires mais aussi de l'ensemble des parties prenantes de l'entreprise ? Quels statuts et quelles modalités de gouvernance permettraient aux entreprises qui le souhaiteraient de poursuivre des buts plus larges que la réalisation du profit ? Quels outils juridiques et techniques permettraient d'affirmer le rôle de l'entreprise au service de l'intérêt général ?

246, Boulevard Saint-Germain – 75007 PARIS – Téléphone : 01.40.81.21.22.
13, Place Vendôme – 75042 PARIS CEDEX 01 – Téléphone : 01.44.77.60.60.
139, rue de Bercy – 75572 PARIS CEDEX 12 – Téléphone : 01.40.04.04.04.
127 rue de Grenelle – 75350 PARIS SP 07 - Téléphone : 01.44.38.38.38

Dans le cadre de la première phase de consultation du Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises (PACTE), lequel doit donner aux entreprises le cadre et les leviers pour innover, se transformer, croître et créer des emplois, Mme Agnès Touraine, Présidente de l'Institut français des administrateurs, et Stanislas Guérini, député de Paris ont formulé plusieurs propositions sur le partage de la valeur et l'engagement sociétal des entreprises, visant notamment à mieux prendre en compte les attentes des parties prenantes et à encourager des formes d'activités nouvelles à lucrativité limitée.

Nous souhaitons que vous puissiez prolonger ces travaux et, plus spécifiquement, que vous formuliez un diagnostic et des propositions sur la manière dont les définitions légales des sociétés et leur environnement juridique pourraient être adaptés pour permettre de renforcer leur relation avec l'intérêt général.

Dans cette perspective, vous nous apporterez au regard de votre expérience, votre éclairage sur les avantages et les inconvénients d'une éventuelle adaptation des articles du code civil relatifs à la définition des sociétés, ainsi que ceux du code du commerce.

Il s'agit dans notre esprit d'ouvrir le champ des possibles et d'envisager l'ensemble des leviers permettant aux acteurs qui le souhaitent de donner à l'entreprise un objet social élargi. Il s'agit, en somme, de donner à l'entreprise un sens qui ne soit pas exclusivement guidé par des considérations de court terme, et ainsi de promouvoir une vision du capitalisme plus respectueuse de l'intérêt général et de celui des générations futures.

Dans cette optique nous pensons que les approches déjà mises en œuvre, parfois de longue date, dans d'autres pays, notamment européens, pourraient utilement être explorées (telles que entreprises à mission, fondations actionnaires...). De la même manière, les expériences tirées de l'économie sociale et solidaire pourront être mobilisées pour nourrir vos propositions.

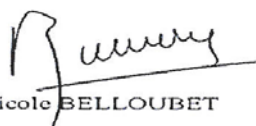
En ce qui concerne le développement d'activités économiques à objet social élargi, nous souhaitons que vous intégriez dans vos travaux un bilan préalable des règles, statuts et pratiques existants en matière de responsabilité sociétale et environnementale de l'entreprise et dans le domaine de l'économie sociale et solidaire, règles qui ont connu une expansion croissante au cours des dernières années. Vous identifierez les difficultés et blocages rencontrés par les porteurs de projets visant un objectif d'intérêt général et proposerez des pistes pour lever ces obstacles.

S'agissant de la prise en compte des différentes parties prenantes internes et externes à l'entreprise, vous examinerez plus spécifiquement les modalités d'une meilleure gouvernance, en proposant plusieurs scénarios à cet effet, touchant aussi bien à la gouvernance interne à l'entreprise (processus de décision, structure de l'actionnariat, administrateurs salariés...), qu'aux instances et mécanismes externes susceptibles d'influencer ses choix (comités de parties prenantes, codes de bonnes pratiques, notation extra-financière...). Vous veillerez à analyser l'impact de vos propositions sur la compétitivité des entreprises, ainsi que sur l'attractivité et la sécurité de notre droit. Vos travaux s'appuieront sur une expertise juridique approfondie et une analyse économique détaillée des impacts des orientations préconisées, en vous appuyant sur les pratiques de nos partenaires européens et les enseignements de la littérature économique.

Nous vous invitons, pour cette mission, à prendre l'attache de toutes les parties intéressées par le sujet afin de recueillir leurs points de vue. Vous pourrez vous appuyer, dans le cadre de cette mission, sur les services de l'ensemble des administrations concernées.

Votre rapport devra nous être remis au plus tard le 1er mars 2018.

Nous vous prions de bien vouloir agréer, Madame, Monsieur, l'assurance de notre considération distinguée.


 Nicolas HULOT
 
 Nicole BELLOUBET
 
 Bruno LE MAIRE
 
 Muriel PENICAUD

Madame Nicole NOTAT
 Présidente de VIGEO EIRIS
 40, rue Jean Jaurès
 93170 BAGNOLET

Monsieur Jean-Dominique SENARD
 Président du groupe MICHELIN
 23 Place des Carmes Dechaux
 63040 CLERMONT-FERRAND CEDEX

Annexe 2 – Liste des personnes rencontrées

Ministères

Ministère de la Transition Ecologique et Solidaire

Nicolas HULOT, Ministre d'Etat, Ministre de la transition Ecologique et Solidaire

Thomas LESSUEUR, Directeur de cabinet adjoint

Benoît FARACO, Conseiller spécial

Christophe ITIER, Haut-Commissaire à l'économie sociale et solidaire et à l'innovation sociale auprès du Ministre d'Etat

Marie-Gabrielle SORIN, Chef de cabinet de Christophe ITIER

Ministère de la Justice

Nicole BELLOUBET, Garde des Sceaux

Naïl BOURICHA, Conseiller chargé de la prospective et de l'attractivité du droit

Pascale COMPAGNIE, Sous-directrice du droit économique

Antoine CHABERT, Chef du bureau du droit des sociétés et de l'audit

Nicolas FAAS, Adjoint au chef du bureau du droit des sociétés et de l'audit

Ministère de l'économie et des finances

Bruno LE MAIRE, Ministre de l'économie et des finances

Emmanuel MOULIN, Directeur de cabinet

Emmanuel MONNET, Conseiller financement de l'économie

Direction générale du Trésor

Alice NAVARRO, Conseillère juridique

Jérôme BROUILLET, Chef de bureau – Finent3

Pierre ROHFRITSCH, Adjoint au chef de bureau – Finent3

Médiation des entreprises

Pierre PELOUZET, Médiateur des entreprises

Nicolas MOHR, Directeur général

Ministère du Travail

Muriel PENICAUD, Ministre du Travail

Antoine FOUCHER, Directeur de cabinet

Secrétariat d'Etat auprès du Premier Ministre, chargé des personnes handicapées

Sophie CLUZEL, Secrétaire d'Etat

Florence GELOT, Conseillère emploi et ressources

Secrétariat Général de la Présidence de la République

Alexis KOHLER, Secrétaire Général

Anne DE BAYSER, Secrétaire générale adjointe

Alexis ZAJDENWEBER, Conseiller économie finances industrie

David AMIEL, Conseiller économique

Parlementaires

Dominique POTIER, Député de la Meurthe-et-Moselle

Boris VALLAUD, Député des Landes

Juridictions

Conseil d'Etat

Bruno LASSERRE, Président de la section de l'Intérieur au Conseil d'Etat

Jean GAEREMYNCK, Président de la section des finances au Conseil d'Etat

Cour de Cassation

Agnès MOUILLARD, Présidente de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de Cassation

Carole CHAMPALAUNE, Conseiller à la chambre commerciale de la Cour de Cassation, ancienne directrice des affaires civiles et du sceau

Ronan GUERLOT, Conseiller référendaire à la chambre commerciale de la Cour de Cassation

Institutions et organisations internationales

Commission Européenne

Baudouin BAUDRU, Expert au sein du cabinet de la Commissaire Thyssen à la Commission Européenne

Fonds monétaire international

Christine LAGARDE, Directrice générale

Administrations, établissements et institutions publics

Agence des participations de l'Etat (APE)

Martin VIAL, Commissaire aux participations de l'Etat

Lucie MUNIESA, Directrice générale adjointe

Agence Française de Développement (AFD)

Gaël GIRAUD, Chef économiste et Directeur exécutif de la Direction Innovation, recherche et savoirs

Autorité des marchés financiers (AMF)

Robert OPHELE, Président

BPI France

Fanny LETIER, Directrice Exécutive, Direction Fonds propres PME

Jean-Baptiste MARIN LAMELLET, Responsable des relations institutionnelles

Caisse des Dépôts

Eric LOMBARD, Directeur général

Nada VILLERMAIN-LECOLIER, Directrice adjointe en charge du développement économique

Chambre de commerce et d'industrie de Paris

Didier KLING, Président

Anne OUTIN-ADAM, Directrice des politiques juridiques et économiques

Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH)

Céline BRANAA-ROCHE, Conseillère entreprises et droits de l'homme

Kathia MARTIN-CHENUT, Chercheur en droit au CNRS

Plateforme RSE

Sylvain BOUCHERAND, Président

Michel LAVIALE, Vice-président

Frédérique LELLOUCHE, Vice-présidente

Odile UZAN, Vice-présidente

Gilles BON-MAURY, Secrétaire permanent

Pôle des organisations civiles de la plateforme RSE

Olivier CHABROL, Coprésident du Forum citoyen pour la RSE

Guillaume DUVAL, Président du collectif Ethique sur l'étiquette

André DE MARCO, Conseiller à la Direction générale de la Fondation Nicolas Hulot

Organisations représentatives

Confédération française démocratique du travail (CFDT)

Laurent BERGER, Secrétaire Général

Marylise LEON, Secrétaire Nationale chargée de la RSE des entreprises

Frédérique LELLOUCHE, Secrétaire Confédérale

Confédération française de l'encadrement - Confédération générale des cadres (CFE-CGC)

Gérard MARDINE, Secrétaire National

Karina AITOUFELLAH, Directrice de cabinet

Flore GAUFFENY, Chargée d'Etudes Economie et Développement Durable

Confédération des petites et moyennes entreprises (CPME)

Jean-Eudes DU MESNIL DU BUISSON, Secrétaire Général

Guillaume DE BODARD, Directeur général

Sandrine BOURGOGNE, Secrétaire Générale adjointe

Confédération française des travailleurs chrétiens (CFTC)

Geoffroy DE VIENNE, Conseiller du Président

Confédération général du travail (CGT)

Fabrice ANGEI, Membre de la direction nationale

Marie-Claire CAILLETEAUD, FNME-CGT

Pierre Yves CHANU, Conseiller confédéral

Force Ouvrière (FO)

Jean-Claude MAILLY, Secrétaire Général

Pascal PAVAGEAU, Secrétaire confédéral

Christine GILLARD, Directrice de cabinet

Mouvement des entreprises de France (MEDEF)

Pierre GATTAZ, Président

Michel GUILBAUD, Directeur Général

Joëlle SIMON, Directrice droit des entreprises

Union des entreprises de proximité (U2P)

Alain GRISET, Président

Pierre BURBAN, Secrétaire Général

Thérèse NOTE, Conseillère technique pour les relations avec le Parlement

Entreprises

Air Liquide

Benoît POTIER, Président-directeur général

Thierry Sueur, Directeur des affaires européennes et internationales

Camif Matelsom

Emery JACQUILLAT, Président-directeur général

Capgemini

Paul HERMELIN, Président-directeur général

CETIH

Yann ROLLAND, Président

Danone

Emmanuel FABER, Président-directeur général

Emmanuelle WARGON, Senior VP Corporate Affairs

Emmanuelle BELY, VP Generate Secretary Regions & General Counsel Partnerships

Edenred

Bertrand DUMAZY, Président-directeur général

Engie

Isabelle KOCHER, Directrice Générale

IDRH

Jean-Luc PLACET, Président

L'Oréal

Jean Paul AGON, Président-directeur général

Laboratoires Expanscience

Jean-Paul BERTHOME, Président

La Poste

Philippe WAHL, Président

Mars Incorporated

Jean-Christophe FLATIN, Président de Mars Chocolat

Nathalie DE BAUDRY D'ASSON, Directrice de la rédaction de l'Oxford Mars Forum sur l'économie de la réciprocité et fondatrice du Lien Public

Bruno ROCHE, Chef économiste de Mars Incorporated et directeur général du think thank interne Catalyst

Nuova vista

Anne France BONNET, Directrice générale

Onyx Développement – Groupe Nutriset

Isabelle LESCANNE, Directrice Générale

Prophil

Virginie SEGHERS, Présidente

Geneviève FERONE CREUZET, Co-fondatrice et associée

PSA Peugeot Citroën

Louis GALLOIS, Président du conseil de surveillance

Robert Bosch

Heiko CARRIE, Président de Bosch France et Benelux

Saint-Gobain

Pierre-André DE CHALENDAR, Président-directeur général

Schneider Electric

Jean-Pascal TRICOIRE, Président-directeur général

Suez

Jean-Louis CHAUSSADE, Directeur général

Hélène VALADE, Directrice du développement durable

Utopies

Benjamin ENAULT, Directeur Associé chez Utopies

Vigeo Eiris

Fouad BENSEDDIK, Directeur des méthodes

Emilie BERAL, Directrice de Vigeo Rating

Vinci

Xavier HUILLARD, Président-directeur général

Investisseurs

Amundi

Yves PERRIER, Directeur général, Président du Comité exécutif

Association française des investisseurs institutionnels (AF2I)

Jean François BOULIER, Président

Citizencapital

Laurence MEHAIGNERIE, Présidente et co-fondatrice

INCO

Nicolas HAZARD, Fondateur

Jacques DASNOY, Directeur de la communication

Paris Europlace

Philippe ZAOUATI, Président du groupe de travail sur la finance verte

RAISE

Clara GAYMARD, Co-fondatrice

Gonzague DE BLINIERES, Co-fondateur

Assurances, mutuelles, banques coopératives et mutualistes

AXA

Denis DUVERNE, Président du conseil d'administration

Jad ARISS, Directeur des Affaires publiques et de la Responsabilité d'Entreprise

Crédit Agricole

Philippe BRASSAC, Directeur Général

Crédit Mutuel

Nicolas THERY, Président

Groupe VYV

Jérôme SADDIER, Directeur Stratégie et Affaires publiques, Directeur général MNT

MAIF

Pascal DEMURGER, Directeur Général

Stéphane TISSERAND, Responsable des Affaires publiques

Luc DELAGE, Directeur de cabinet

Mutualité française

Thierry BEAUDET, Président

Stéphane JUNIQUE, Président d'Harmonie Mutuelle

Thelem Assurances

Daniel ANTONI, Directeur Général

Associations professionnelles et laboratoires d'idées

Association française des entreprises privées (AFEP)

Laurent BURELLE, Président

François SOULMAGNON, Directeur général

Association française de la gestion financière (AFG)

Marie Pierre PEILLON, Directrice de la recherche chez Groupama

Jean Pierre HELLEBUYCK, Membre du collège de l'AMF et Vice-président d'AXA IM

Audrey HYVERNAT, Responsable Capital Investissement et ISR

Association nationale des sociétés par actions (ANSA)

Muriel DE SZILBEREKY, Déléguée générale

Isabelle TREMEAU, Secrétaire générale

Centre français des fonds et fondations

Beatrice DE DURFORT, Déléguée Générale

Delphine LALU, Directrice de la RSE et des fondations

Anca ILUTIU, Responsable du pôle juridique

Collège des directeurs du développement durable (C3d)

Fabrice BONNIFET, Président, et Directeur Central Développement durable & QSE chez Bouygues SA

Comité 21

Bettina LAVILLE, Présidente, Conseiller d'Etat

Démocratie vivante

Dominique VILLEMOT, Président et avocat

Jacky BONTEMS, Co-directeur du pôle emploi-travail-entreprise

Aude DE CASTET, Co-directeur du pôle emploi-travail-entreprise

Entreprises pour l'Environnement (EpE)

Claire TUTENUIT, Déléguée Générale

Fabrique Spinoza

Alexandre JOST, Fondateur et Délégué général

Saphia LARABI, Chargée de Gentillesse, Développement de l'Observatoire

Fondation Jean Jaurès

Pierre VICTORIA, Directeur du développement durable chez Veolia Environnement

Institut Montaigne

Laurent BIGORGNE, Directeur

Haut Comité de Gouvernement d'Entreprise

Michel ROLLIER, Président

Institut de l'Entreprise

Antoine FREROT, Président de l'Institut de l'Entreprise, Président-directeur général de Veolia

Paul ALLIBERT, Directeur Général

Aurélien LAPIDUS, Directrice de cabinet du président-directeur général de Veolia

Institut du Capitalisme responsable

Caroline DE LA MARNIERRE, Fondatrice et Directrice Générale

Institut français des Administrateurs (IFA)

Agnès TOURAINE, Présidente

Anne Marie IDRAC, Présidente du Club RSE

International Integrated Reporting Council (IIRC)

Philippe PEUCH LESTRADE, Directeur Général Délégué

Label Lucie

Alan FUSTEC, Président

Novethic

Anne Catherine HUSSON, Directrice Générale

Observatoire de la responsabilité sociale des entreprises (ORSE)

Daniel LEBEGUE, Président

Hélène VALADE, Prochaine présidente de l'ORSE

Réseau Alliances

Philippe VASSEUR, Président

Réseau « dirigeants responsables de l'ouest »

Philippe OLERON, Président

Terra Nova

Thierry PECH, Directeur

Economie sociale et solidaire

Chambre française de l'économie sociale et solidaire

Emmanuel VERNY, Directeur Général

Confédération générale des SCOP

Patricia LEXCELLENT, Directrice Générale de la Confédération générale des SCOP

Coop FR

Caroline NAETT, Secrétaire général Coop FR

Finansol

Frédéric TIBERGHIEU, Président, Conseiller d'Etat

Laurine PREVOST, Responsable Relations Institutionnelles et Partenariats

Groupe SOS

Jean-Marc BORELLO, Président du directoire du groupe SOS

Labo de l'ESS

Hugues SIBILLE, Président Fondation Crédit Coopératif, Labo ESS

Mouvement des entrepreneurs sociaux (MOUVES)

Jonathan JEREMIASZ, Président

Caroline NEYRON, Déléguée générale

Hélène DULIN, Responsable du plaidoyer

Union des employeurs de l'économie sociale et solidaire (UDES)

Hugues VIDOR, Président

Sébastien DARRIGRAND, Délégué général

Bastien RESSE, Conseiller relations publiques

Vilogia (ESH)

Jean Pierre GUILLON, Président

Avocats

Christopher BAKE

Christophe CLERC

Julie HOLLARD

Daniel HURSTEL

Benjamin KANOVITCH

Antoine LYON-CAEN

Jean Pierre MARTEL

Alissa PELATAN

Jean Philippe ROBE

Professeurs de droit

Alain COURET, Professeur agrégé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Alain PIETRANCOSTA, Directeur du Master 2 Recherche en Droit Financier de l'École de Droit de la Sorbonne

Sophie SCHILLER, Professeur agrégée des facultés de Droit, Paris Dauphine- PSL

Dominique SCHMIDT, Avocat, Agrégé des Facultés de Droit

Alain SUPIOT, Professeur au Collège de France

François-Guy TREBULLE, Directeur de l'Ecole de Droit de la Sorbonne

Universitaires

Collèges des Bernardins

Baudoin ROGER, Co-directeur du département de recherche «Economie et Société»

Olivier FAVEREAU, Co-directeur du département Économie, Homme, Société

Ecole Mines Paristech

Blanche SEGRESTIN, professeur de gestion et de sociologie

Armand HATCHUEL, professeur de gestion

ESSEC

Cécile RENOARD, Directrice du programme de recherche CODEV « Entreprises et Développement », de l'Institut ESSEC Iréné

Institut d'Etudes Avancées de Nantes

Samuel JUBE, Directeur

Institut français de Gouvernement des entreprises

Pierre Yves GOMEZ, Directeur, et professeur à EMLyon Business School

Réseau international de recherche sur les organisations en développement durable (RIODD)

Michel CAPRON, Professeur émérite des universités à l'institut de recherche en Gestion (IRG)

Jean Pierre CHANTEAU, Maître de conférences en économie chez université Grenoble Alpes, RIODD

Corinne VERCHER-CHASTEL, Professeur des Universités en gestion, RIODD

Université Paris 13

Tristan AUVRAY, Maître de conférences en économie, CEPN-CNRS

Université de Picardie Jules Verne

Stéphane VERNAC, maître de conférences en droit

Autres

Nathalie GIMENES, Doctorante en Sciences de Gestion, Directrice Solutions et partenariats institutionnels chez Janssen

Autres personnalités qualifiées

Jacques ATTALI, Président du mouvement pour une économie positive

Jean Louis BEFFA, Président d'honneur de Saint-Gobain

Patrick D'HUMIERES, Académie Durable Internationale

Stéphane GODLEWSKI, Consultant en stratégie de mécénat & philanthropie chez Fidal

Denis JACQUET, Président de Parrainer la croissance

Henri LACHMANN, Ancien Président de Schneider Electric

Annexe 3 – Nombre d'entreprise en France, par catégories juridiques

Nombre d'entreprises au 31/12/2015

		0 salarié	1-9 salariés	10 à 49 salariés	50 à 249 salariés	250 salariés et plus	Ensemble
Entrepreneur individuel	Ensemble	2 026 136	191 226	2 894	19		2 220 275
	Micro-entrepreneurs	896 073					896 073
	EI autres	1 130 063	191 226	2 894	19		1 324 202
Sociétés	Ensemble	1 173 538	796 232	166 107	28 992	6 215	2 171 084
	Stés commandite	306	111	58	20	13	508
	SARL hors EURL	612 473	451 234	68 122	3 302	193	1 135 324
	EURL	256 690	127 937	16 197	986	65	401 875
	SA	11 874	7 717	9 083	3 718	1 267	33 659
	SAS hors SASU	108 027	100 131	47 134	13 417	2 758	271 467
	SASU	88 903	53 744	10 897	3 741	919	158 204
	Stés civile	31 010	14 482	2 452	83	44	48 071
	Autres	64 255	40 876	12 164	3 725	956	121 976
Ensemble		3 199 674	987 458	169 001	29 011	6 215	4 391 359

Source : Source: SIRENE; traitement DGE-P3E.

Nombre d'entreprises créées en 2017, par catégories juridiques

CJ	Libellé	UL créées en 2017
52	Société en nom collectif	4439
53	Société en commandite	113
5306	<i>Société en commandite simple</i>	97
5308	<i>Société en commandite par actions</i>	13
5370	<i>Société de Participations Financières de Profession Libérale Société en commandite par actions (SPFPL SCA)</i>	2
5385	<i>Société d'exercice libéral en commandite par actions</i>	1
54	Société à responsabilité limitée (SARL)	79642
55 et 56	Société anonyme	261
55	<i>Société anonyme à conseil d'administration</i>	243
56	<i>Société anonyme à directoire</i>	18
57	Société par actions simplifiée	127402
65	Société civile	90624
	Total	302481

Source : INSEE

Annexe 4 – Les obligations en matière de reporting extrafinancier

Qu'est-ce que le reporting extrafinancier ?

Une déclaration faite désormais sur-mesure par l'entreprise et qui présente : le modèle d'affaires de l'entreprise, les principaux risques sur de grandes thématiques non financières, les politiques mises en œuvre pour y répondre, les résultats obtenus mesurés par des indicateurs clés de performance, ainsi que des informations sur la prise en compte des conséquences environnementales, sociales et sociétales des activités de l'entreprise.

Historique du cadre juridique instaurant le reporting extrafinancier

1. La loi du 15 mai 2001 relative aux Nouvelles Régulations Economiques

- La France a été le premier pays de l'UE à s'engager dans le reporting extrafinancier avec cette loi.
- L'article 116 impose aux sociétés cotées la publication, au sein de leur rapport de gestion annuel, des informations sur les conséquences sociales et environnementales de leurs activités (codifié à l'article L. 225-102-1 du Code de commerce).

2. L'article 225 de la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dit « Grenelle 2 », et son décret d'application du 26 avril 2012

- Les modalités de contrôle des informations publiées sont assurées par un organisme tiers indépendant (OIT), accrédité Cofrac²⁰¹.
- Elargissement du périmètre des entreprises concernées et des sujets sur lesquels une information est requise (42).

3. La loi du 22 juillet 2015 sur la transition énergétique

- Modification de l'article 225 de la loi Grenelle II : les informations que doivent rendre publiques les entreprises incluent désormais "les conséquences sur le changement climatique de [leur] activité et de l'usage des biens et services qu'elle[s] produi[sen]t".

4. L'ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 et le décret n° 2017-1265 du 9 août 2017, qui transposent la directive européenne n° 2014/95/UE relative à la publication d'informations non financières.

- Modifie les articles L. 225-102-1 et R. 225-104 à R. 225-105-2 du Code de commerce.
- Remplace le dispositif dit « Grenelle 2 » de reporting RSE par une « déclaration de performance extra-financière ».
- En France cette déclaration est rattachée à la loi sur le devoir de vigilance, la loi Sapin II, réforme du rapport de gestion, etc.), et aux recommandations formulées au niveau international par la TCFD (Task Force on Climate Disclosure)²⁰².

²⁰¹ Comité français d'accréditation

²⁰² Le groupe de travail mis en place par le G20 pour établir un cadre commun de transparence financière en matière de climat

A quelles sociétés le reporting extrafinancier s'adresse-t-il ?

Sont concernées		Ne sont pas concernées	
Sociétés de plus de 500 salariés ²⁰³	Les sociétés cotées et assimilées dont : -les titres sont admis sur un marché réglementé, -le total du bilan dépasse les 20M€ ou le montant net du chiffre d'affaires dépasse les 40M€ ²⁰⁴	-SA -SCA -SE dont le siège social est en France -SNC ²⁰⁵	-PME -Les filiales françaises de sociétés dont la maison mère a déjà produits les informations de façon consolidée ²⁰⁶ en France ou dans un autre Etat membre de l'UE
	Les sociétés non cotées dont : -le total du bilan ou le montant net du chiffres d'affaires dépasse les 100M€	-SA -SCA -SE -SNC ⁵	-SAS -SARL -SCS (sociétés en commandite par actions simples) -SCI (sociétés civiles immobilières) -GIE (groupement d'intérêt collectif)
Autres		-Etablissements de crédits (toutes formes) -Sociétés de financement -Entreprises mères de sociétés de financement -Les sociétés financières holding -Etablissements d'assurance et de réassurance sous forme de SA -Mutuelles -Institutions de prévoyance et unions -Sociétés coopératives et coopératives agricoles -Sociétés mutuelles d'assurance	-EPIC -EPA -Etablissements de paiement et établissements de monnaie électronique -Associations et fondations

- Les entreprises non concernées peuvent tout de même décider de publier volontairement une déclaration de performance extra-financière.

En quoi consiste cette déclaration de performance extra-financière ?

Depuis le 1^{er} septembre 2017, les entreprises doivent désormais, selon l'article R.225-105 du Code de commerce, dans la déclaration extra-financière insérée dans leur rapport de gestion :

- Définir les **risques** extrafinanciers les plus significatifs et pertinents. Pour ce faire, les entreprises peuvent s'appuyer sur une analyse ou matrice de matérialité qui permet de prioriser.
- Expliquer les **politiques mises en œuvre** sur le plan social, sociétal et environnemental pour prévenir, identifier et atténuer la survenance des risques.
- Présenter les résultats avec des **indicateurs clés de performance**.

²⁰³ Défini à l'article R.2323-17 du Code du travail. Salariés à temps plein, titulaires d'un CDI.

²⁰⁴ Article R. 225-104 du Code de commerce.

²⁰⁵ Lorsque l'ensemble des parts sont détenues par d'autres entreprises ayant le statut de S.A, de S.C.A, de S.A.R.L ou de société par actions simplifiée (S.A.S) ou par des sociétés de droit étranger de statuts juridiques comparables.

²⁰⁶ Conformément à l'article L. 233-16 du Code de commerce.

- « Lorsque la société n'applique pas de politique en ce qui concerne un ou plusieurs de ces risques, la déclaration comprend une explication claire et motivée des raisons le justifiant. »⁷
- Cette déclaration de performance extra-financière comprend également des informations sur la prise en compte des conséquences des activités de l'entreprise à trois niveaux.
 - **Social** : sur l'emploi, l'organisation du travail, les conditions de santé et la sécurité, sur l'organisation du dialogue social, la formation et l'égalité de traitement, notamment entre hommes et femmes.
 - **Environnemental** : sur la politique générale environnementale, la pollution, l'économie circulaire, le changement climatique et la protection de la biodiversité.
 - **Sociétal** : en faveur du développement durable, sur la sous-traitance et fournisseurs, en faveur de la santé et de la sécurité des consommateurs.
 - Pour les entreprises cotées seules, sont également publiées des informations relatives à la lutte contre la corruption et en faveur des droits de l'homme.
- Le périmètre des informations publiées diffère selon que l'entité établit ou non des comptes consolidés (d'un point de vue comptable et financier).
 - Pas de comptes consolidés : les informations RSE ne portent que sur le périmètre de l'entité juridique concernée, quand bien même elle détient des filiales ou contrôle des entreprises.
 - Comptes consolidés : les informations RSE portent sur l'entité elle-même ainsi que sur l'ensemble des entreprises incluses, sous « contrôle exclusif » ou « contrôle conjoint »⁸.

Ainsi une SAS consolidée par une autre entité peut être, dans ce cas, concernée par l'obligation de déclaration de performance extra-financière.

Publication et contrôle de la déclaration de performance extra-financière

- La vérification de la déclaration est effectuée par un OTI agréé COFRAC et donnera lieu à un avis transmis aux actionnaires.
- En outre, le commissaire aux comptes doit attester que la déclaration de performance extra-financière est bien présentée dans le rapport de gestion et qu'il n'y a pas d'irrégularités⁹. Pour les sociétés dont les titres sont admis sur marchés réglementés : le commissaire aux comptes transmet son rapport à l'AMF (article L621-22 du Code monétaire et financier).
- La déclaration de reporting extrafinancier située dans le rapport de gestion, doit être présentée à l'assemblée générale des actionnaires qui doit se tenir dans un délai de 6 mois à compter de la clôture de l'exercice. Dans le cas de comptes consolidés, la déclaration se situe au sein du rapport de gestion consolidé.
- ☐ **Obligation de transparence.** Elle doit également être rendue publique sur le site Internet de l'entité¹⁰ dans un délai de huit mois à compter de la clôture de l'exercice et rester disponible sur le site pendant une durée de cinq ans.

Annexe 5 – Constats issus de la notation extra-financière²⁰⁷

Constat global: le reporting RSE s'est généralisé

- L'Europe reste en pointe mais l'écart se resserre avec l'Amérique du Nord et l'Asie-Pacifique (cf tableau n°1)

	Taux d'information moyen		
	2008-2010	2012-2014	Evolution (points)
Echantillon complet	61,8%	66,0%	+4,2
Europe	72,7%	75,6 %	+2,9
Amérique du Nord	59,5%	63,5%	+4,0
Asie-Pacifique	47,0%	53,6%	+6,6

Tableau n°1 Source : Vigeo Eiris

Les domaines couverts par le reporting RSE, sujets courants et enjeux délaissés

- Si la gouvernance reste le sujet le mieux couvert, l'information sur l'environnement a le plus augmenté (cf tableau n°2)

Domaine	Taux d'information moyen,		
	2008-2010	2012-2014	Evolution (points)
Gouvernance d'Entreprise	79,5%	87,5%	+8,0
Comportement sur les marchés	64,3%	65,5%	+1,2
Environnement	54,8%	64,8%	+10,0
Engagement Sociétal	63,7%	62,4%	-1,3
Ressources humaines	52,1%	56,2%	+4,1
Droits humains	56,0%	55,4%	-0,6

Tableau n°2 Source : Vigeo Eiris

- Les entreprises rendent davantage compte et de manière plus complète des risques opérationnels, des enjeux de gouvernance et de la responsabilité encadrée par la loi. Les questions des droits de l'homme (liberté d'association), des réorganisations, ou des relations

²⁰⁷ Source : Vigeo-Eiris, entreprise présidée par Nicole Notat, co-auteur du rapport.

avec les sous-traitants et fournisseurs restent peu abordées (cf Schéma n°3)

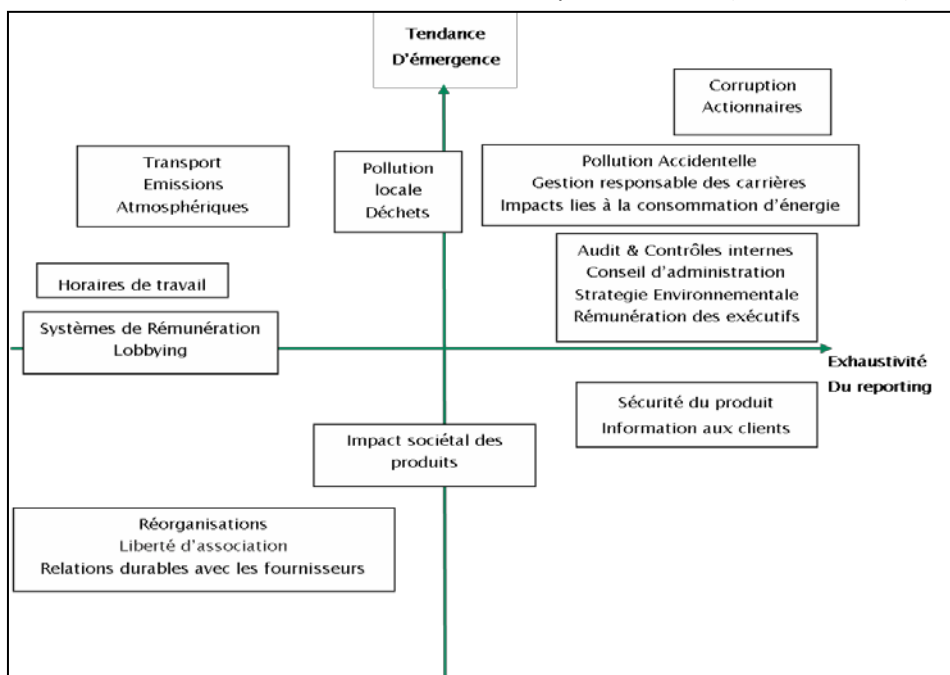


Schéma n°3 Source : Vigeo Eiris

Un taux d'information variable selon le secteur

- Les entreprises aux produits et services à impact sociétal fort, sont les plus engagées dans le reporting, contrairement aux secteurs d'activité en B to B (cf tableau n°4)

	Taux d'information moyen
Service aux collectivités - eau et déchets	79,3%
Matériaux de construction	78,5%
Produits forestiers & Papier	77,9%
Tabac	75,0%
Construction résidentielle	74,5%
Télécommunications	73,0%
[...]	[...]
Boissons	70,8%
Automobiles	70,2%
Biens d'équipement informatique	69,8%
Biens d'équipement électriques	68,8%
Services aux collectivités - Gaz & Electricité	68,6%
Service aux entreprises	68,5%
Matières premières	68,5%
Energie	67,6%
Audiovisuel & Publicité	67,5%
Edition logicielle & Ingénierie informatique	67,2%
Banques	66,4%
Biens d'équipement mécaniques	65,8%
[...]	[...]
Assurance	64,7%
Services financiers	60,0%
Services et biens d'équipement de santé	59,9%
Commerce de détail	59,7%
Immobilier	56,7%
Transports & Tourisme	55,9%

Tableau n°4 Source : Vigeo Eiris

Annexe 6 – La loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (ESS)

L'ESS en France en quelques chiffres :

- 2,5 millions de salariés.
- 10% du PIB national.
- 12,7% des emplois privés cumulés en métropole et outre-mer.
- 24% de nouveaux emplois créés depuis 2000.

Quel est le périmètre de l'ESS ? ¹

- Les acteurs statutaires : associations, mutuelles, coopératives, fondations.
- Les sociétés commerciales qui remplissent les conditions listées au 2° II. de l'article 1^{er} de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (ESS)².

Les principes de l'ESS

- Poursuivre un but autre que le seul partage des bénéfices.
- Une gouvernance démocratique et participative qui prend en compte les associés, salariés, et parties prenantes, inscrite dans les statuts.
- Une lucrativité encadrée :
 - Des bénéfices consacrés au maintien ou développement de l'activité de l'entreprise.
 - Des réserves obligatoires constituées qui sont impartageables et non distribuables. En cas de liquidation, l'ensemble du boni de liquidation³ est redistribué à une autre entreprise de l'ESS.

Les 5 objectifs de la loi

1. Reconnaître l'ESS comme un mode d'entreprendre spécifique

- **Faciliter le financement, l'investissement et le développement du secteur par un socle juridique clair de l'ESS** : facilitation de structuration de dispositifs de prêts et d'investissement en fonds propres, cofinancés par BPI France, et privés.

¹ Article 1 de la loi du 31 juillet 2014 relative à l'ESS

² En plus de respecter les principes de l'ESS, cités plus bas, elles doivent rechercher une utilité sociale définie à l'article 2 de la loi précitée ; les bénéfices sont affectés à 20% à un fonds de développement et à 50% au report bénéficiaire et aux réserves obligatoires ; il est interdit d'amortir ou de réduire le capital sauf pour la survie de l'entreprise

³ « Somme que se partagent les associés d'une société dissoute après que les actifs aient été réalisés, que les créanciers et le personnel aient été payés et que les apports aient été repris. Le "boni" représente les bénéfices qui n'ont pas été distribués au cours de la vie de l'entreprise. » Dictionnaire du droit privé de Serge Braudo

- o **Rénover l'agrément ESUS**, désormais réservé aux entreprises de l'ESS dont l'activité présente un impact social significatif. L'agrément ESUS est attribué par la préfecture de leur siège social.⁴ (Voir zoom en fin de note).
- o Faciliter la lisibilité de l'ESS via un **suivi statistique par l'INSEE, la banque de France et BPI France**⁵.
- o **Un plus fort engagement étatique**, via BPI France, les prêts participatifs solidaires et une capacité dédiée d'investissement directe en fonds propres.
- o **Financer l'innovation sociale** via le fonds d'innovation sociale, présent dans 9 régions, soutenu par BPI France et doté de 40 millions d'euros⁶.

2. Consolider le réseau, la gouvernance et les outils de financement des acteurs de l'ESS

- o **Reconnaissance légale des institutions représentatives de l'ESS** : statut légal accordé au Conseil Supérieur de la Coopération et au Haut Conseil de la vie associative, et reconnaissance de la Chambre française de l'ESS créée en 2014⁷.
- o **Structuration du réseau des 26 CRESS**⁸ sous la direction du Conseil National des Chambres régionales de l'ESS (CNCRESS)⁹.
- o Institution d'un **guide des bonnes pratiques** pour les entreprises ESS¹⁰.
- o **Clarifier le régime juridique de la subvention** en s'appuyant sur les critères de jurisprudence qui la distinguent de la commande publique.
- o **Renforcer le financement des acteurs statutaires de l'ESS**, via une amélioration des titres associatifs (outils de financement adaptés) et la création de certificats mutualistes et paritaires.
- o **Création du Conseil supérieur de l'économie sociale et solidaire** chargé d'assurer le dialogue entre les acteurs de l'ESS et les pouvoirs publics¹¹.

3. Redonner du pouvoir d'agir aux salariés

- o **Droit d'information préalable des salariés de PME** : deux mois avant la vente d'une PME de moins de 250 salariés, pour favoriser le rachat par les salariés. En vigueur depuis 1^{er} janvier 2016.
- o **Formation des salariés à la reprise de l'entreprise** : tous les 3 ans, sur les conditions juridiques, les avantages et difficultés.¹²
- o **Création d'un statut de SCOP d'amorçage transitoire** qui permet de reprendre une SCOP tout en étant minoritaires au capital dans un premier temps mais avec la majorité des voix.

⁴ Article 11 de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire

⁵ Article 12 de la loi précitée

⁶ Article 15 de la loi précitée

⁷ Article 5 de la loi précitée

⁸ Chambres régionales de l'ESS

⁹ Article 6 de la loi précitée

¹⁰ Article 3 de la loi précitée

¹¹ Article 4 de la loi précitée

¹² Article 18 de la loi précitée

4. Provoquer un choc coopératif

- o **Révision obligatoire du mode de fonctionnement des coopératives** dans le respect des principes coopératifs¹³ via un réviseur indépendant, et qui peut conduire le cas échéant à un retrait de l'agrément.
- o La **création de groupes de SCOP est désormais autorisée** (était interdite depuis la loi de 1978). Une SCOP peut désormais créer des filiales SCOP.
- o **Développer l'emploi privé au sein des sociétés coopératives d'intérêt collectif (SCIC)** : les producteurs non-salariés de biens et services peuvent devenir associés. Les collectivités territoriales peuvent détenir jusqu'à 50% du capital d'une SCIC.
- o **Favoriser le développement des coopératives d'activité et d'emploi (CAE)** pour multiplier les salariés-entrepreneurs.

5. Renforcer les politiques de développement local durable

- o **Reconnaissance officielle et légale des pôles territoriaux de coopération économique (PTCE)** pour créer des emplois non délocalisables.¹⁴
- o **Favoriser la commande publique socialement responsable**, via l'insertion de clauses sociales dans les marchés publics pour les collectivités dont le montant des achats publics dépasse les 100 millions d'euros annuels.¹⁵
- o Reconnaître le rôle des **conseils régionaux comme partenaires privilégiés de l'ESS**¹⁶.
- o Etendre le label commerce équitable aux échanges Nord-Nord : **la dimension locale et solidaire du commerce équitable** est désormais reconnue.
- o **Reconnaissance des monnaies locales complémentaires ou solidaires**, désormais soumises aux dispositions des codes monétaires et financières¹⁷.

Zoom sur l'agrément ESUS rénové par la loi du 31 juillet 2014

- Seules les entreprises de l'ESS y ont accès, conformément à l'article L. 3332-17-1 du code de travail.
- L'objectif est d'inciter les financeurs privés à se diriger vers les entreprises d'utilité sociale.
- L'agrément permet d'accéder à l'épargne salariale solidaire, dont les encours s'élèvent à plus de 6 milliards d'euros désormais.
- L'agrément permet également d'accéder à une déduction fiscale sur l'impôt sur le revenu au titre des investissements dans une entreprise solidaire¹⁸.
- La demande d'agrément s'effectue auprès de la DIRECCTE¹⁹ du département dans lequel se situe le siège social de l'entreprise. L'agrément est valable 5 ans ou 2 ans, lorsque l'entreprise a moins de 3 ans.

Annexe 7 – Les « entreprises à mission » en droit américain

Quelques chiffres

- Plus de 1000 entreprises certifiées *B corp* actives sur le territoire américain
- Plus de 2500 *Benefit corporations*¹
- Environ 60 *social purpose companies* (SPC)²
- 55 *public benefit companies* (PBC) enregistrées au Delaware 3 mois après la création du statut en 2013²

Éléments de caractérisation du modèle américain

Si la philanthropie occupe une place prépondérante aux Etats-Unis, en témoigne le poids important des *charities* (18,5 milliards de dollars par an sont donnés par les entreprises américaines aux *charities*³), les *fiduciary duties* des dirigeants des entreprises commerciales américaines envers leurs actionnaires restent très importants : les actionnaires peuvent engager une procédure judiciaire contre les dirigeants s'ils prennent des décisions de gestion limitant la rentabilité de leurs investissements.

Genèse des *benefit corporations* aux Etats Unis

- **Années 1980 : les *Constituency statutes* sont adoptés dans 31 Etats américains**
 - Première tentative de faire primer les logiques de long terme incluant les parties prenantes de l'entreprise.
 - Des critères extrafinanciers sont pris en compte dans les décisions de gestion
 - Limites : peu d'effets juridiques du fait de l'absence d'obligations et de contrôle
- **2006 : Création de la *B corporation certification*, par le B Lab⁴**
 - Présente dans les 50 Etats américains. N'a pas de poids légal.
 - Les entreprises souhaitant obtenir cette certification, doivent remplir 80 critères sur 200 présents dans le « B Lab impact assessment ».
- **2010 : création de la *Benefit corporation* au Maryland**
 - Volonté de dépasser la certification et de créer un statut juridique propre.
 - 31 Etats américains offrent cette possibilité d'un statut d'entreprise de B corp. Attention cependant, certains Etats ont amendé le modèle proposé par B Lab : les formes de Bcorp peuvent donc varier d'un Etat à l'autre.

¹ How many Benefit corporations are there? Ellen Berrey, State University of New York (SUNY) - Buffalo; University of Denver; American Bar Foundation, 2015

² Chiffres contenus dans l'étude Prophyl « Les entreprises à mission, Panorama international des statuts hybrides au service du bien commun.

³ *Giving USA 2016: The Annual Report on Philanthropy for the Year 2015.* –

⁴ US based non profit organisation

- Lorsqu'une entreprise postule pour obtenir le label B corporation, et si cela est possible dans l'Etat où elle est implantée, le B Lab leur demande de faire les démarches nécessaires pour devenir une B corp en deux ans.
- **2012 : création de la *Social Purpose Corporation* en Californie**
 - Anciennement appelée Flexible Purpose Corporation (FPC)
 - Ce statut désormais présent en Californie, Indiana, Washington, Floride et Texas a le mérite d'être plus adapté aux grandes entreprises cotées ou qui souhaitent le devenir : les dirigeants et actionnaires étant réunis autour d'une mission et d'une responsabilité partagées.
- **2013 : création de la *Public Benefit Corporation* au Delaware**
 - Ex : Laureate Education, 1^{ère} PBC cotée en bourse depuis février 2017 ou White Wave, filiale de Danone.
 - De nombreux juristes poussent à la fusion de ce type d'entreprise avec la Bcorp.
 - (!) A ne pas confondre avec la PBC californienne, qui est une forme juridique d'entreprise réservée aux organismes sans but lucratif.

	Nombre d'Etats	Statut juridique	Mission : exigences et critères	Règles d'adoption et de modification	Contraintes	Reporting et évaluation
La Benefit Corporation ex : Pantagonia	31 Etats	State legal entity	-Recherche de profit assortie à une <i>triple bottom line</i> : transparency, accountability, purpose Un <i>public material benefit</i> (PMB) qui concerne la société <u>dans son ensemble avec prise en compte des parties prenantes</u> . De manière facultative on peut y ajouter un <i>special purpose</i> .	L'adoption du statut et toute modification doit faire l'objet d'un vote à majorité qualifiée (2/3 des actionnaires).	<u>Responsabilité accrue des dirigeants</u> : -Le dirigeant « doit » prendre en compte le PMB. -Via le <i>Benefit enforcement proceeding</i> , les actionnaires détenant au moins 5% du capital peuvent forcer le dirigeant à prendre davantage en compte le PMB. -Les sanctions sont cependant faibles.	<u>Rapport annuel d'évaluation</u> (<i>annual benefit report</i>) ex post de l'impact social et environnemental de l'entreprise, <u>par une tierce partie</u> (souvent le B Lab)
La B corp certification	50 Etats	Démarche volontaire	Score minimum de 80/200 sur le <i>B lab impact assessment</i> , comprenant des critères sur la transparence, le reporting, le <i>benefit purpose</i> , sa mise en œuvre ainsi que les devoirs fiduciaires.	La certification B-Corp doit conduire à terme à une modification des statuts pour y faire figurer la recherche d'un impact positif sur la société.		Evaluation et certification par B- Lab. Valable 2 ans.
Social purpose corporation (SPC)	Californie, Floride, Washington, Indiana, et Texas	State legal entity	-Pour les entreprises qui envisagent d'être introduites en bourse ou de faire l'objet de fusions. Une approche double bottom line avec: Un <i>special purpose</i> , défini dans les statuts, qui ne prend pas en <u>compte les parties prenantes ou de la société dans son ensemble</u> , mais uniquement des actionnaires et des <i>purposes</i> choisis et inscrits.	Le <i>special purpose</i> est adopté et modifiable aux 2/3 des votes de chaque classe d'actionnaires. Les actionnaires minoritaires ont un <i>dissenters' right</i> ⁵ en cas de désaccord. Un rapport est envoyé aux actionnaires dans les 45 jours qui suivent la modification ou la suppression du <i>special purpose</i> . Ce rapport est rendu public.	<u>Mission partagée entre le dirigeant et l'actionnaire</u> : -Le dirigeant « peut » prendre en compte le <i>special purpose</i> . -Le dirigeant est juridiquement protégé pour toute décision allant dans le sens du <i>Special Purpose</i> . -Les actionnaires ne disposent pas de moyens de pression légaux sur le dirigeant pour le respect de ce <i>Special Purpose</i> .	<u>Rapport annuel aux actionnaires</u> , qui inclut une analyse de management (MD&A ⁶) indiquant : les actions mises en œuvre pour réaliser le <i>purpose</i> , leurs impacts, et leurs succès. Ce rapport est effectué <u>sans avoir recours à un organisme tiers indépendant</u> , l'entreprise choisit ses <u>propres critères et méthodes d'analyse</u> . Le rapport est rendu public (sans les éléments confidentiels) sur le site internet de la corporation.

Public benefit corporation (PBC) ex : White Wave Danone	Delaware, et dans d'autres Etats sous une forme amendée	State legal entity	-Pour les entreprises qui envisagent d'être introduites en bourse ou de faire l'objet de fusions. -Recherche de profit assortie à une triple bottom line : transparency, accountability et purpose. -Comme la SPC, la PBC a un <i>special purpose</i> , inscrit dans les statuts, mais dans le cadre large d'un impact social et environnemental (approche Benefit corporation)	-Super majorité de 2/3 requises pour toute modification ou suppression des purposes.		-Reporting minimum, tous les deux ans et uniquement aux shareholders, sur l'impact de l'action de l'entreprise.
--	---	--------------------	--	--	--	---

⁵ Droit au rachat de leurs actions à leur valeur « juste »

⁶ Management Discussion & Analysis

Italie : La *Societa benefita*, créée en 2015⁷.

- Pour devenir une *Societa benefita*, l'entreprise doit amender ses statuts pour y intégrer une clause sur la poursuite d'objectifs servant l'intérêt général et prenant en compte les parties prenantes de l'entreprise⁸.
- Le chef d'entreprise doit veiller à prendre en compte les intérêts de ses actionnaires tout en considérant cette mission d'intérêt général et les parties prenantes.⁹
- Un ou plusieurs individus sont particulièrement chargés de la poursuite de cette mission, et d'en rapporter de manière transparente la mise en œuvre et les effets.¹⁰
- Un rapport annuel, attaché au rapport annuel financier de l'entreprise, comprend : les objectifs et les actions mises en œuvre, l'évaluation de l'impact par une tierce partie indépendant. Le rapport est publié sur le site internet de l'entreprise.¹¹
- L'autorité de compétition italienne (AGCM) est chargée du contrôle de ces entreprises.¹²

7 LEGGE 28 dicembre 2015, n. 208

8 Article 1-1 de la loi précitée

9 Article 4-1 de la loi précitée

10 Article 4-2 de la loi précitée

11 Article 5 de la loi précitée

12 Article 6 de la loi précitée

Annexe 8 – Les fondations actionnaires au Danemark

Qu'est qu'une « fondation actionnaire » ?

Une fondation actionnaire est une fondation à but non lucratif, qui possède une partie ou la totalité des actions émises par une société, et la majorité des droits de vote et/ou la minorité de blocage.¹ Elle n'a ni propriétaire ni objectifs de profit.

Elle est considérée comme fondation actionnaire si :

- les revenus de ses activités commerciales ou de celles de ses filiales atteignent 10% de son revenu total
- elle poursuit un ou plusieurs autres buts d'ordre social ou philanthropique, familial, ou autre, dont le financement est assuré par les revenus commerciaux ou les dividendes de la société filiale

Elle a une double mission :

- Protéger et favoriser le développement des entreprises dans lesquelles elle a investi
- Dégager des moyens pour soutenir des actions d'intérêt général

Les Danois parlent de « fondations commerciales » plus que de fondations actionnaires.

Quelques chiffres

Les fondations actionnaires représentent au Danemark:

- 10% du PIB national ²
- 1350 fondations au Danemark parmi les 14 000 fondations (contre 4 en France)³
- 5 fondations actionnaires représentent 20% des recherches en R&D⁴
- 20% des grandes sociétés danoises appartiennent à des fondations (Maersk, Carlsberg, Novo Nordisk, Lundbek)³
- 1/5 de l'emploi privé au Danemark³
- 54% de la capitalisation boursière de Copenhague soit 47 milliards d'euros ⁵

¹ Définition de l'étude : Fondations actionnaires, première étude européenne, par Prophil

² Industrial Foundations in Danish Economy, Steen Thomsen, Center for Corporate Governance, Copenhagen Business School, fev 2013.

³ Chiffres de l'étude Prophil : Fondations actionnaires, première étude européenne

⁴ Étude de Mandag Morgen (Monday Morning).

⁵ Industrial Foundations in Danish Economy, Steen Thomsen, Center for Corporate Governance, Copenhagen Business School, fev 2013.

Critères juridiques de la fondation actionnaire⁶

- Le bien du fondateur et donc une partie des actions émises par la société est transférée de manière irrévocable et inaliénable à la fondation.
- La fondation a un ou plusieurs objets.
- Le conseil d'administration dispose seul des actifs de la fondation.
- Sa personnalité morale est distincte de celles de ses associés : en cela la fondation actionnaire peut acquérir des droits et contracter des dettes en son nom propre.
- Le plus souvent, les statuts interdisent à la fondation de céder ses titres ou le contrôle de l'entreprise, gage de stabilité économique, et même parfois lui imposent de conserver son siège et tout ou partie de ses activités au Danemark.

Fonctionnement de la fondation actionnaire

- Elle peut poursuivre une activité commerciale directement ou via ses filiales, et d'autres buts d'ordre social ou philanthropique.
- Le contrôle de l'entreprise par la fondation se fait soit de manière directe soit à travers une société holding de participation intermédiaire.
- Pour les sociétés cotées en bourse, les fondations actionnaires les détiennent et contrôlent via la majorité des droits de vote au conseil d'administration.
- Elles possèdent des actions classe A irrévocables et inaliénables, et la société contrôlée émet des actions classe B, assorties de 10 fois moins de droits de vote, qui peuvent être achetées par des actionnaires individuels ou institutionnels.
 - Ainsi, une fondation commerciale ne possédant pas l'intégralité des actions d'une société, peut néanmoins disposer de la majorité des droits de vote, et donc du pouvoir de décision, du fait de la propriété d'actions A.
- Etant actionnaires, elles orientent donc la stratégie de l'entreprise, et s'impliquent dans des missions d'intérêt général (Par exemple, la NY Carlsberg Glyptotek est le plus grand musée de Copenhague)

Responsabilité et obligations juridiques des fondations

- La loi du 3 juin 2014 au Danemark oblige les fondations actionnaires à divers niveaux:
 - **Transparence accrue sur la rémunération** du conseil d'administration, doit tenir compte de la situation financière de la fondation, et doit apparaître dans le rapport annuel ; sur les bénéficiaires des dons ; sur les règles de gouvernance.
 - Le **conseil d'administration** doit être composé de 3 membres minimum. **Si le nombre excède 4 membres, 1/3 doivent être des administrateurs indépendants.**
 - L'Autorité du commerce danoise devient **l'autorité superviseuse des fondations commerciales** : elle n'intervient pas dans les décisions stratégiques mais peut le faire si la rémunération du conseil d'administration est trop élevée ou lors d'une modification des statuts.
- Cette même loi précise également la création d'un **comité de bonne gouvernance des fondations**⁷, qui formule des recommandations sur :

⁶ Etude Prophil, Une législation incitative par Rasmus Kristian Feldthusen, Professeur de droit à l'université de Copenhague, membre du comité danois sur la gouvernance des fondations.

- o l'âge limite des administrateurs
- o la limite de la durée des mandats
- o la minorité de la famille au conseil
- o la distinction entre les administrateurs de la fondation et ceux de la société.⁸
- Sur le plan fiscal⁹ :
 - o Sur le plan fiscal, une fondation est en principe soumise aux mêmes impôts et taxes qu'une société à responsabilité limitée soit 23,5% en 2015 et 22% en 2016 sur les bénéfices.
 - o Elle peut déduire des charges et des provisions pour dépréciations mais également les fonds distribués en application de son objet social. Les dividendes en provenance des filiales sont en principe exonérés, l'impôt étant payé en amont au niveau des filiales.
 - o En règle générale, les dons et legs consentis à une fondation sont exonérés d'impôts, sauf exceptions.

⁷ Komité for god Fondsledelse

⁸ Étude de Mandag Morgen (Monday Morning) et Etude de Moalem Weitemeyer Bendtsen, sur le New Act on Commercial foundations, 2014

⁹ Etude Prophil, Une législation incitative par Rasmus Kristian Feldthusen, Professeur de droit à l'université de Copenhague, membre du comité danois sur la gouvernance des fondations.

Annexe 9 – La réforme du *Companies Act* de 2006 au Royaume-Uni

Les raisons d'une réforme du *Companies Act*

- Encourager la création des entreprises et les aider à grandir
- Faciliter le fonctionnement des petites entreprises dans une « *think small first approach* »
- Renforcer la flexibilité des entreprises en réduisant les coûts et en simplifiant les démarches, via l'utilisation des nouvelles technologies notamment
- Renforcer la gouvernance et les relations entre actionnaires et entreprises, et clarifier les règles d'investissement pour encourager l'engagement des actionnaires sur le long-terme

Les principaux axes de la réforme

Pour les sociétés privées uniquement : simplification des procédures

- o Plus d'obligation de nommer un secrétaire général¹ ou de tenir un meeting annuel général, sauf si les statuts de l'entreprise le précisent.
- o Formation et constitution d'une entreprise :
L'importance du *Memorandum of Association*² est réduite au profit des *Articles of Association*³.

La nécessité d'un capital-actions est abolie.

- o *Decision making* :

Les résolutions n'ont plus besoin d'être adoptées à l'unanimité. Le vote se fera à la majorité des 50% pour une résolution ordinaire, et à une majorité de 75% pour les résolutions spéciales (suppression des 21 jours d'avis requis auparavant)⁴.

- o Un code séparé et adapté aux petites entreprises et regroupant les exigences concernant la comptabilité et le reporting est créé.
- o Simplification de la procédure de *financial assistance*⁵ qui permet désormais à toute entreprise privée d'aider financièrement l'acquéreur de ses propres titres.

Pour toutes les sociétés :

- o **Modernisation et transparence**

En transposition des directives communautaires « transparence » et « OPA »⁶.

- Publication sur le site internet de la société de documents, tels les comptes⁷, et d'informations telles que le nom commercial, le numéro d'immatriculation, l'adresse.

¹ Section 270 du *Companies Act*

² Acte constitutif de la société, contenant notamment l'objet social d'une société anglaise

³ Equivalent des statuts ou règlement intérieur

⁴ Section 283 du *Companies Act*

⁵ Procédure française des conventions réglementées dans les articles L.225-38 et L. 225-86 du Code de commerce

⁶ Directives 2013/50/UE et 2004/25/CE

⁷ Section 430 du *Companies Act*

- Si les statuts de la société en question le permettent, les communications électroniques avec les actionnaires et la réception de rapports et informations sur l'entreprise sont autorisées.⁸

○ Obligations et responsabilité des dirigeants

Le *Companies Act* de 2006 codifie un certain nombre de principes déjà admis par la *common law* (sections 171 à 177 du *Companies Act*).

- Si le devoir principal des dirigeants envers les actionnaires est conservé, tout dirigeant doit désormais :
 - Agir conformément à l'objet social et dans l'intérêt de la société⁹
 - **Promouvoir le succès de la société en prenant notamment en compte les intérêts des parties prenantes**¹⁰
 - Exercer un jugement indépendant¹¹
 - Doit faire preuve de soin, diligence et compétence¹²
 - Éviter les conflits d'intérêt¹³
 - N'accepter aucun avantage de tiers et déclarer ses intérêts dans les opérations ou contrats envisagés¹⁴
- Selon la section 172, préalablement à toute décision, les dirigeants doivent désormais tenir compte des conséquences que celle-ci pourrait avoir sur le long-terme sur l'actionnariat, les salariés et les autres parties prenantes.
- Les actionnaires ont un droit statutaire de mener une action en justice contre un dirigeant de l'entreprise pour fait de négligence, manquement à un devoir ou rupture de confiance.¹⁵

⁸ Section 308 du *Companies Act*

⁹ Section 171 du *Companies Act*

¹⁰ Section 172 du *Companies Act* - Duty to promote the success of the company

*“(1) A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for **the benefit of its members as a whole**, and in doing so **have regard** (amongst other matters) to—*

(a) the likely consequences of any decision in the long term, (b) the interests of the company's employees,

(c) the need to foster the company's business relationships with suppliers, customers and others, (d) the impact of the company's operations on the community and the environment,

(e) the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and (f) the need to act fairly as between members of the company.

(2) Where or to the extent that the purposes of the company consist of or include purposes other than the benefit of its members, subsection (1) has effect as if the reference to promoting the success of the company for the benefit of its members were to achieving those purposes. (3) The duty imposed by this section has effect subject to any enactment or rule of law requiring directors, in certain circumstances, to consider or act in the interests of creditors of the company.

¹¹ Section 173 *ibid*

¹² Section 174 *ibid*

¹³ Section 175 *ibid*

¹⁴ Sections 176 et 177 *ibid*

¹⁵ Section 260 *ibid*

Annexe 10 – L’interprétation de la notion d’intérêt social dans la jurisprudence française

Il n'existe pas de définition légale de l'intérêt social en France

La notion d’intérêt social ne se retrouve dans aucun article fondateur du droit des sociétés. On la retrouve cependant de façon éparse dans le Code civil ou le Code de commerce.¹

Cette absence de définition légale de la notion d’intérêt social confère à celle-ci un contenu à géométrie variable².

L'interprétation de la notion d'intérêt social par la jurisprudence

La Cour de cassation a déjà affirmé, sur le visa de l’article 1832 du Code civil, que l’intérêt social était distinct de l’intérêt des associés³.

Plus généralement, la jurisprudence retient une acceptation large de l’intérêt social, qui prend en compte les intérêts des parties prenantes et ne se confond pas avec l’intérêt des associés.

Rappelons que l’intérêt social a également pu être apprécié par la jurisprudence par rapport à l’intérêt de groupe, qui peut, dans le cadre des relations mère-filles, primer sur l’intérêt social⁴.

Quelques exemples

- **En matière d’abus de biens sociaux** : l’intérêt social constitue sa mesure de sanction. Dans ce cadre, les juges prennent en compte un intérêt élargi de la société et sanctionnent les dirigeants même lorsque l’opération incriminée repose sur le consentement de tous les associés⁵. L’intérêt social s’impose donc par préférence aux intérêts personnels des associés afin de protéger aussi bien le patrimoine de la société que les intérêts des tiers qui contractent avec elle⁶.
- **Concernant les sociétés civiles** : La notion d’intérêt social est utilisée pour encadrer les sûretés, cautionnements et garanties accordées par les sociétés civiles à d’autres sociétés ou

¹ Article 1848 du Code civil relatif uniquement aux sociétés civiles, article L.242-6 du Code de commerce relatif à l’abus de biens sociaux, entre autre

² D. PORACCHIA, D. MARTIN, *Regard sur l’intérêt social*, Rev. soc. 2012, p. 475.

³ Cass. civ. 1, 2 oct. 2013, n° 12-23.591.

⁴ Cass. crim., 4 février 1985 ; Rozenblum et autre.

⁵ Cass. crim. 5 nov. 1963, *précité*.

⁶ Cass. crim. 8 mars 1967, *précité* ; Cass. crim. 30 sept. 1991, n°90-83.965.

aux associés. Ainsi, si ces actes n'ont pas de contrepartie réelle pour la société et qu'ils sont de nature à compromettre l'existence de la société⁷, ils seront contraires à l'intérêt social, même s'ils sont conformes à son objet statutaire⁸.

- En droit fiscal

- **Concernant les actes anormaux de gestion** : Le lien entre intérêt social et acte anormal de gestion a été soulevé par le commissaire du gouvernement M. Racine dans ses conclusions concernant l'arrêt du Conseil d'Etat du 17 octobre 1990⁹ dans lesquelles il affirme que « *le concept d'acte anormal de gestion est le fruit de l'acclimatation ou de la transplantation en droit fiscal du concept commercial d'acte contraire à l'intérêt social (...)* ».

- **Droit des entreprises en difficulté** : le droit des procédures collectives se doit, pour accomplir sa mission, d'avoir une vision élargie de la société gérant une entreprise économique intégrant de multiples parties prenantes. La loi et la jurisprudence protègent dans ces situations aussi bien l'intérêt des associés que l'intérêt des salariés et des créanciers. Il en va ainsi par exemple de la reconnaissance d'un dirigeant de fait afin de permettre de le sanctionner à une époque où les difficultés de la société devenaient « *patentes* »¹⁰.

La jurisprudence peut aussi ouvrir le champ de recouvrement des créanciers à d'autres sociétés sur le fondement d'une communauté d'intérêts conforme à « *l'intérêt social, celui des salariés et celui des actionnaires* »¹¹.

Il s'ensuit que le droit positif accueille depuis longtemps les intérêts des parties prenantes au sein de la notion d'intérêt social¹².

⁷ Cass. civ. 3^e, 12 sept. 2012, n° 11-17.948 ; Cass. civ. 3, 09 dec. 2014, n° 13-25.219 ; Cass. civ. 3^e, 13 oct. 2016, n° 15-22824 ; Cass. com. 2 nov. 2016, n° 16-10.363.

⁸ Cass. com. 23 sept. 2014, n° 13-17.347.

⁹ CE 17 oct. 1990, RJF, 11/90 n°1317.

¹⁰ Cass. com., 9 juill. 1991, n° 89-18.825 : « *après avoir constaté qu'avec le concours du gérant de droit, [le dirigeant de fait] s'était fait consentir un contrat de travail anormalement avantageux et une rémunération manifestement inhabituelle dont l'importance et le mode de détermination ne faisaient aucun cas de l'intérêt social, la cour d'appel a encore relevé qu'à une époque où les difficultés de la société devenaient si patentes que le gérant de droit avait démissionné de ses fonctions, [le dirigeant de fait] avait, sans avis d'aucune sorte et en utilisant l'un des chèques signés en blanc qui avaient été laissés à sa disposition, encaissé en une seule fois l'intégralité de son compte courant, mettant ainsi la trésorerie de la société en grand péril ; qu'elle a ainsi justifié légalement sa décision* ».

¹¹ Cass. com., 17 juill. 2001, n° 98-18.438.

¹² Pour mémoire, le droit du travail se réfère pour sa part à la notion d'intérêt légitime de l'entreprise pour examiner la validité de la mise en œuvre d'une clause de mobilité ou d'une clause de non-concurrence. La chambre sociale a ainsi pu juger que l'employeur ne pouvait se prévaloir d'une clause de non-concurrence figurant dans un contrat de travail « *lorsque l'analyse de [celle-ci] fai[sait] ressortir qu'en raison des fonctions du salarié, elle n'était pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* ». Cette notion, plus stricte que celle de l'intérêt social, est plus favorable aux salariés.

Annexe 11 – Les administrateurs salariés : droit applicable en France

Le cadre juridique instaurant la présence des administrateurs salariés en conseil d'administration ou de surveillance

- La présence des administrateurs salariés a d'abord été généralisée à la Libération dans les entreprises nationalisées (Air France, EDF, GDF) ou les banques de dépôt (Société Générale).
- Cette mesure s'est ensuite étendue à l'ensemble des entreprises publiques par la loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public : 1/3 des sièges au conseil d'administration devait dès lors revenir aux administrateurs salariés.
- Elargissement de la présence des administrateurs salariés au secteur privé :
 - o Loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi
 - Rend obligatoire la présence de représentants des salariés dans les conseils d'administration ou de surveillances des sociétés d'au moins 5000 salariés en France, et 10 000 dans le monde.
 - Insuffisances de la loi : elle ne concernait que 220 groupes industriels et ne proposait aucun dispositif contre les possibilités d'évasion (transformation en SAS, ou réduction des effectifs de la société holding en deçà du seuil de 50 salariés).
 - o Loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi dite « loi Rebsamen »
 - **Abaissement du seuil à 1000 salariés** permanents pour les sociétés et ses filiales, directes ou indirectes, **dont le siège social est fixé sur le territoire français**, et à **5000 salariés** permanents dans la société et ses filiales, directes ou indirectes, **dont le siège social est fixé sur le territoire français et à l'étranger**¹
 - Sauf lorsqu'elle emploie au moins 50 salariés et est donc soumise à l'obligation de mettre en place un comité d'entreprise², une société dont l'activité principale est d'acquérir et de gérer des filiales et des participations peut ne pas mettre en œuvre la représentation des salariés au conseil d'administration, si elle détient une ou plusieurs filiales remplissant ces conditions et appliquant déjà l'obligation.
 - **Parité homme/femme** dans la représentation³.
- La règle actuellement en vigueur est celle imposée par la loi de 2015, applicable depuis le 1^{er} janvier 2017, soit au-dessus des seuils fixés :
 - o 1 administrateur salarié pour un conseil d'administration inférieur ou égal à 12 membres
 - o **2 administrateurs salariés pour un conseil d'administration supérieur à 12 membres**

¹ Les articles L.225-27 et s. du Code de commerce sont modifiés en conséquence.

² Article L. 2322-1 du Code du travail

³ Articles L.225-28, L.225-27-1 et L. 225-79-2 du Code de Commerce

Le choix des administrateurs salariés

- Qui peut être administrateur salarié ?
Toute personne titulaire, depuis au moins deux ans, d'un contrat de travail effectif avec la société concernée ou bien avec l'une de ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est implanté en France, peut être élue ou désignée au conseil d'administration⁴. La condition d'ancienneté n'est pas appliquée si la société elle-même a moins de deux ans.
- La nomination des administrateurs salariés peut se faire, selon le choix d'une assemblée générale extraordinaire de modification des statuts, par **élection ou la désignation** :
 - **l'élection par les salariés de la société** (et de ses filiales situées sur le territoire français),
 - la **désignation par le comité de groupe** prévu à l'article L. 2331-1 du code du travail, **le comité central d'entreprise ou le comité d'entreprise de la société**
 - la **désignation par l'organisation ou les deux organisations syndicales** arrivées en tête des élections professionnelles (selon qu'il y a un ou deux membres à désigner),
 - lorsque deux membres au moins sont à désigner, la **désignation par le comité d'entreprise européen** du deuxième membre.

Le rôle et les obligations liés au mandat d'administrateur salarié

- La durée du mandat est déterminée par les statuts de la société, mais ne peut excéder 6 ans. Le mandat est renouvelable, sauf précisions contraires dans les statuts.
- Les administrateurs salariés ayant le même droit à l'information, ils doivent respecter **l'obligation de confidentialité** au même titre que les représentants du comité d'entreprise et que tous les autres membres qui siègent au conseil d'administration.
- L'administrateur salarié partage la **responsabilité collective** qui caractérise le conseil d'administration, mais il a aussi une **responsabilité individuelle** qui l'expose au pénal s'il diffuse des informations confidentielles.
- Non cumul des mandats :
Le mandat d'administrateur élu par les salariés est incompatible avec tout mandat de délégué syndical, de membre du comité d'entreprise, de membre du comité de groupe, de délégué du personnel ou de membre du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail de la société. L'administrateur qui, lors de son élection ou de sa désignation, est titulaire d'un ou de plusieurs de ces mandats doit s'en démettre dans les huit jours.⁵

⁴ Article L.225-28 du code de commerce

⁵ Article L.225-30 du Code de Commerce

Préparation et formation pour l'exercice du mandat d'administrateur salarié

Le décret n° 2015-606 du 3 juin 2015 relatif au temps nécessaire pour les administrateurs ou membres du conseil de surveillance élus ou désignés par les salariés pour exercer leur mandat et aux modalités de leur formation au sein de la société, permet aux administrateurs salariés de disposer du temps nécessaire pour exercer leur mandat et de bénéficier à leur demande d'une formation à la charge de la société⁶.

- Fixé par le conseil d'administration, les administrateurs disposent d'un **temps de préparation par réunion, qui ne peut pas être inférieur à 15 heures ni supérieur à la moitié de la durée légale de travail mensuel**.
 - o Ce temps de préparation est considéré comme du temps de travail effectif et est rémunéré comme tel à l'échéance normale⁷.
- Le décret indique que le **temps consacré à la formation** des administrateurs, déterminé lui aussi par le conseil d'administration, **ne peut être inférieur à 20 heures par an**⁸, au cours du mandat, sauf dispositions conventionnelles plus favorables. Ce temps est pris sur le temps de travail effectif et est rémunéré comme tel à l'échéance normale⁹.
 - o Le conseil d'administration, après avis des administrateurs concernés, détermine l'organisme de formation chargé de dispenser la formation, et qui délivre une attestation d'assiduité qui est ensuite remise à l'employeur.¹⁰
 - o Le coût de la formation, y compris les frais de déplacement au titre de celle-ci, est à la charge de la société et n'est pas pris en compte dans le calcul des sommes consacrées à la formation professionnelle continue¹¹.

6 Articles L.225-30-1 et L.225-30-2 du Code de Commerce

7 Article R.225-34-2 du Code de Commerce

8 Article L. 225-30-2 du Code de commerce

9 Article R.225-34-4 du Code de commerce

10 Article R.225-34-5 du Code de commerce

11 Article R.225-34-6 du Code de commerce

