VOTRE DOCUMENT SUR LABASE-LEXTENSO.FR - 15/12/2020 12:26 | BIBLIOTHEQUE UNIVERSITAIRE BU CENTRE

La Base Lextenso

Un nouveau véhicule juridique : la société à mission

Issu de Petites affiches - n°236 - page 6
Date de parution : 25/11/2020
Id : LPA154j8
Réf : LPA 25 nov. 2020, n° 154j8, p. 6

Auteur :
- Iony Randrianirina, maître de conférences en droit privé à l'université de Lorraine, membre de l'Institut François Gény (EA 7301)

À la grande satisfaction de la majorité des dirigeants d'entreprises, la loi *PACTE* vient d'introduire dans le Code de commerce un nouveau véhicule juridique : la société à mission. Désormais, non seulement les initiatives de responsabilité sociétale des entreprises (RSE) peuvent être insérées dans les statuts d'une société commerciale, mais en outre, elles seront juridiquement contraignantes pour les dirigeants et les associés. Cependant, les sanctions spécifiquement prévues par la nouvelle loi paraissent faibles. Aussi convient-il de faire application des sanctions déjà existantes en droit commun des sociétés, lesquelles s'avèrent plus coercitives.

NDLR – Voir également sur ce sujet : Magnier-Merran K., Propos introductifs, LPA 23 nov. 2020, n° 154g4 ; De Ravel d'Esclapon T., « Loi *PACTE* : simplifier la vie de l'entreprise », LPA 23 nov. 2020, n° 154j2 ; Cicquiaud É., « Focus sur l'intérêt social et la raison d'être des sociétés : les standards de la loi *PACTE* », LPA 23 nov. 2020, n° 154j3 ; Rontchevsky N., « Une gouvernance des sociétés modernisée », LPA 24 nov. 2020, n° 154j7.

La loi *PACTE* introduit en droit français la notion de « société à mission ». Ce nouveau véhicule juridique était attendu, à en croire une étude menée l'an dernier auprès des dirigeants d'entreprise. En effet, d'après cette enquête, 68 % des dirigeants d'entreprise souhaitaient la mise en place d'un cadre juridique et fiscal dédié aux entreprises à mission, à l'exemple des *benefit corporations* américaines, ou des *profit-with-purpose companies* anglaises, ou encore des *società benefit* italiennes. Dans ce panel, 83 % d'entre eux estimaient que la création d'une société à mission améliorait l'image de marque auprès de leurs clients[1]. Si beaucoup de juristes découvrent, à travers la loi *PACTE*, la société à mission, cette notion faisait déjà l'objet de recherches en sciences de gestion[2]. Ainsi, depuis l'adoption de la loi *PACTE*, l'article L. 210-10 du Code de commerce dispose désormais :

« Une société peut faire publiquement état de la qualité de société à mission lorsque les conditions suivantes sont respectées :

1° Ses statuts précisent une raison d'être, au sens de l'article 1835 du Code civil ;

2° Ses statuts précisent un ou plusieurs objectifs sociaux et environnementaux que la société se donne pour mission de poursuivre dans le cadre de son activité ;

3° Ses statuts précisent les modalités du suivi de l'exécution de la mission mentionnée au 2°. Ces modalités prévoient qu'un comité de mission, distinct des organes sociaux prévus par le présent livre et devant comporter au moins un salarié, est chargé exclusivement de ce suivi et présente annuellement un rapport joint au rapport de gestion, mentionné à l'article L. 232-1 du présent code, à l'assemblée chargée de l'approbation des comptes de la société. Ce comité procède à toute vérification qu'il juge opportune et se fait communiquer tout document nécessaire au suivi de l'exécution de la mission ;

4° L'exécution des objectifs sociaux et environnementaux mentionnés au 2° fait l'objet d'une vérification par un organisme tiers indépendant, selon des modalités et une publicité définies par décret en Conseil d'État. Cette vérification donne lieu à un avis joint au rapport mentionné au 3° ;

5° La société déclare sa qualité de société à mission au greffier du tribunal de commerce, qui la publie, sous réserve de la conformité de ses statuts aux conditions mentionnées aux 1° à 3°, au registre du commerce et des sociétés, dans des conditions précisées par décret en Conseil d'État ».

De toute évidence, les grandes entreprises françaises attendaient, non sans quelque impatience, la formalisation du statut de société à mission. Ainsi, au lendemain de la promulgation de la loi *PACTE*, la MAIF a annoncé sa volonté de devenir « la première grande entreprise à mission ». Devant tant d'enthousiasme, on ne peut que se demander quels sont les enjeux de la consécration législative de ce nouveau véhicule juridique. Avant de présenter les conséquences juridiques de la consécration légale de la société à mission (**II**), il convient avant tout d'examiner ce que recouvre cette notion (**I**).

I – La notion de société à mission

D'emblée, il faut préciser que la société à mission n'est pas une nouvelle forme juridique de société. En revanche, le fait qu'elle soit prévue uniquement par le Code de commerce implique que seules les sociétés commerciales et les GIE peuvent se prévaloir de la qualité de société à mission. Il y aura donc des SARL à mission, des SNC à mission, des GIE à mission et même des SA à mission cotées en Bourse. Il importe de cerner le contenu de la « mission » (**A**) avant de présenter les objectifs de la création des sociétés à mission (**B**).

A – Le contenu de la mission

Il convient certainement, à titre liminaire, de déterminer ce que la mission n'est pas (**1**), avant de préciser ce qu'elle est (**2**).

1 – Ce qu'elle n'est pas : une « raison d'être »

La « mission » ne se confond pas avec la « raison d'être », elle-même définie à l'article 1835 du Code civil comme étant « constituée des *principes* dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité ». La raison d'être est donc présentée comme une « accroche » pour les sociétés qui souhaiteraient se doter de missions plus larges que la seule recherche de profit. Le rapport *Notat-Senard*[3], remis à la suite de consultations lancées par le gouvernement, et qui a servi de base de travail pour l'élaboration de la loi *PACTE*, explique la raison d'être par « l'expression de ce qui est indispensable pour remplir l'objet social ». Enfin, l'étude d'impact de la loi *PACTE*, quant à elle, précise que la raison d'être est « un intérêt accessoire qui ne contredit pas l'intérêt social, mais que l'activité de la société doit contribuer à satisfaire »[4]. En somme, la raison d'être est un projet d'entreprise sur le long terme, imprégné de certaines valeurs qui déterminent les choix stratégiques de la société, ce que n'est pas la mission.

2 – Ce qu'elle est

Il faut se référer à l'esprit de la loi pour découvrir ce qu'est la mission. Parmi les conditions à remplir pour pouvoir déclarer une société « à mission », les statuts, outre le fait qu'ils doivent préciser une raison d'être, doivent désigner « un ou plusieurs *objectifs sociaux et environnementaux* que la société se donne pour mission de poursuivre dans le cadre de son activité »5. En vertu de cette disposition, la mission est donc une notion beaucoup plus restreinte que la raison d'être, étant cantonnée à des objectifs sociaux et environnementaux. La mission est en même temps une notion plus concrète que la raison d'être puisqu'elle désigne un objectif à atteindre, objectif dont la réalisation est contrôlée par deux organes : un organe interne – le comité de mission ou le référent de mission – et un organe externe indépendant.

Des exemples de missions ont déjà été adoptés dans certaines sociétés, principalement à l'étranger. Ainsi, les sociétés allemandes Bosch et ThyssenKrupp prélèvent tous les ans 60 à 80 millions d'euros sur les bénéfices, pour les affecter aux domaines de la santé, de la littérature, de l'éducation6, etc. De même, la société américaine GeoCosmo s'est donné pour mission de concevoir un système de détection des tremblements de terre, basé sur la physique des semi-conducteurs, et accessible en *open source*7.

B – Les objectifs de la création des sociétés à mission

Les objectifs sont sensiblement différents en droit interne (**1**) et en droit comparé (**2**).

1 – Les objectifs en droit interne

L'objectif premier du législateur était d'offrir la possibilité, à toute société commerciale, quelle que soit sa forme juridique, de s'enrichir d'une « mission » formalisée dans les statuts et reconnue officiellement et légalement. Par conséquent, en permettant aux sociétés de stipuler dans leurs statuts un objectif de nature sociale ou environnementale, en complément du but lucratif, le législateur vise à protéger les initiatives de RSE. La création des sociétés à mission était en effet une des 14 recommandations formulées par le rapport *Notat-Senard*. La question se pose de savoir quel est l'intérêt de formaliser la mission. Les tenants de la société à mission y voient un moyen de pallier la financiarisation de l'économie et le « court-termisme » qui anime une grande partie des investisseurs. En effet, selon le rapport *Notat-Senard*, la durée de détention moyenne des actions cotées en bourse est tellement courte que les actionnaires sont devenus des « détenteurs provisoires de capital ». Au point, d'ailleurs, qu'il est permis de s'interroger sur l'existence de l'*affectio societatis* dans les sociétés cotées, en particulier chez les investisseurs institutionnels comme les fonds spéculatifs (*hedge funds*) ou encore les fonds de capital-investissement (*private equity*)8, etc. Il faut reconnaître que cette vision « court-termiste » de la société a effectivement produit un effet néfaste sur les investissements en recherche et développement au sein des entreprises. Il est intéressant aussi de comprendre les enjeux à l'origine de la création des sociétés à mission hors de nos frontières.

2 – Les objectifs en droit comparé

Les premières formes de sociétés à mission ont vu le jour à partir de 2008, aux États-Unis, en réponse aux attentes des chefs d'entreprise qui portaient des projets socialement innovants. En droit américain, une jurisprudence centenaire interdit aux dirigeants d'accomplir une mission complémentaire de la pure recherche de profit9. Les obligations des dirigeants se bornent ainsi, en principe, à respecter les intérêts des actionnaires. Ces obligations portent le nom de *fiduciary duties*. Pour le dirigeant américain nommé antérieurement aux lois protégeant les sociétés à mission, défendre un projet RSE, qui dépasse l'intérêt social, n'était envisageable qu'avec l'autorisation des actionnaires. Cependant, s'assurer de l'accord des actionnaires pour poursuivre un objectif socialement responsable ne suffisait pas : encore fallait-il conserver cet objectif sur le long terme. Or dans le cadre d'une société commerciale ordinaire, les dirigeants ne disposaient d'aucun moyen pour protéger une ambition sociale ou environnementale portée par la société, dès lors, par exemple, qu'un changement de contexte économique risquait de fragiliser les engagements déjà pris. C'était donc le système de gouvernance même, sous l'influence de la pression actionnariale, qui rendait impossible l'ancrage du projet sur le long terme, et qui dévie finalement les initiatives responsables vers les seuls intérêts financiers.

Le constat fut le même en France, en particulier quand on sait que les investisseurs institutionnels, comme les fonds de placement et les OPCVM, ne disposent pas toujours du droit de défendre les initiatives RSE : lorsque ces initiatives diminuent le retour sur investissement qui peut être garanti à leurs souscripteurs clients, les investisseurs institutionnels doivent s'y opposer, en vertu de l'article L. 533-22 du Code monétaire et financier.

Enfin, sans la formalisation des sociétés à mission, la fragilité des initiatives RSE serait encore exacerbée par le changement d'actionnaires et les OPA, lorsque les nouveaux membres ne partagent pas la même vision des choses que les anciens actionnaires.

Face à ces difficultés rencontrées dans le respect de la mission, il a été proposé, dans la doctrine américaine, d'élargir simplement le contenu des obligations du dirigeant, de façon à limiter l'influence des actionnaires. De nombreux États avaient alors adopté des *constituency statutes*, qui visent à exiger du dirigeant qu'il prenne en compte l'impact de ses décisions sur une variété de parties prenantes. Mais cette solution a été vivement critiquée, notamment par l'American Bar association, car un tel élargissement des pouvoirs du dirigeant pouvait créer des risques d'opportunisme accru de la part des dirigeants. La consécration des sociétés à mission aux États-Unis était donc plus que bienvenue.

II – Les conséquences juridiques de l'adoption de la société à mission

Parmi les effets de la réforme apportée par la loi *PACTE*, il convient d'analyser la pertinence de la formalisation de la mission (**A**), avant de présenter les sanctions du non-respect de la mission (**B**).

A – La pertinence de la formalisation de la mission

La question de la pertinence se pose en ces termes : pourquoi formaliser dans les statuts une mission qui n'a rien de juridique ? L'adoption de la société à mission ne fait-elle pas double emploi avec les entreprises agréées entreprises solidaires d'utilité sociale (ESUS) ? *A priori* non, car la déclaration d'une société à mission permet d'opposer la mission aux actionnaires, sans pour autant leur demander de renoncer à leurs profits, contrairement à ce qui se passe dans les sociétés agréées ESUS. Ainsi, à première vue, la création de la notion de société à mission prend tout son sens dès lors qu'elle ne fait pas double emploi avec la société agréée ESUS.

Cependant, les fiscalistes regrettent que la loi *PACTE* n'ait prévu aucun avantage fiscal pour les sociétés à mission, contrairement aux sociétés ESUS. Pour ces dernières, en effet, une réduction d'impôt de 18 à 25 % est prévue pour les personnes physiques qui souscrivent au capital d'une société ESUS10. Vu sous cet angle, on comprend mal, en effet, pourquoi certains objectifs sociaux – ceux des sociétés ESUS – sont jugés dignes d'une réduction d'impôt, tandis que d'autres – ceux des sociétés à mission – en sont exclus…

B – Les sanctions du non-respect de la mission

Qui pourrait ne pas respecter la mission déclarée, et encourir des sanctions ? Au premier plan, les dirigeants, étant aux commandes de la société, sont les plus concernés. Mais sont non moins intéressés les associés qui pourraient voter contre l'adoption d'une mesure facilitant la mise en œuvre de la

mission. Deux séries de sanctions peuvent alors être envisagées dans l'hypothèse où la mission ne serait pas respectée : les sanctions prévues par la loi *PACTE*, d'une part (**1**) et les sanctions prévues par le droit commun des sociétés, d'autre part (**2**).

1 – Les sanctions prévues par la loi *PACTE*

L'article L. 210-11 du Code de commerce prévoit :

« Lorsque l'une des conditions mentionnées à l'article L. 210-10 n'est pas respectée, ou lorsque l'avis de l'organisme tiers indépendant conclut qu'un ou plusieurs des objectifs sociaux et environnementaux que la société s'est assignée (…) ne sont pas respectés, le ministère public ou toute personne intéressée peut saisir le président du tribunal statuant en référé aux fins d'enjoindre, le cas échéant sous astreinte, au représentant légal de la société de supprimer la mention "société à mission" de tous les actes, documents ou supports électroniques émanant de la société ».

Donc, dans l'hypothèse où, soit il manque une condition parmi les critères édictés pour déclarer une société à mission, soit une société qui s'est déclarée à mission n'a pas accompli la mission qu'elle s'est donnée, la société s'expose à une condamnation à supprimer la mention « société à mission » de tous les actes, documents et supports électroniques utilisés. La rédaction de la disposition laisse penser que la mission dont se dote la société est une *obligation de résultat* ou, à tout le moins, une *obligation de moyens renforcée* : si le dirigeant faillit dans la mission, il peut sans doute se dégager de sa responsabilité en prouvant l'absence de faute de sa part. La question est ouverte.

Quoi qu'il en soit, il est manifeste que le législateur a entendu sanctionner les pratiques de *greenwashing* ou éco-blanchiment consistant à faire des effets d'annonce sur des engagements responsables et tirer profit de la réputation associée, sans respecter ces engagements par la suite.

Les questions de responsabilité, soulevées par l'échec de la mission, amènent inévitablement aux sanctions prévues par le droit commun des sociétés.

2 – Les sanctions prévues par le droit commun des sociétés

Le droit commun des sociétés fournit des sanctions contre les dirigeants (**a**) et des sanctions contre les associés (**b**).

a – Les cas de responsabilité du dirigeant

Le droit des sociétés prévoit deux cas de responsabilité du dirigeant : la responsabilité à l'égard de la société d'abord, et la responsabilité à l'égard des tiers, ensuite.

La responsabilité du dirigeant à l'égard de la société

Le dirigeant qui faillirait à la mission dont s'est dotée la société s'expose en principe à une action sociale *ut universi* intentée par d'autres dirigeants, ou à une action sociale *ut singuli* intentée par les associés. L'objectif de ces deux types d'action en justice est le même : faire condamner le mandataire social à réparer le préjudice qu'il a causé à la société : préjudice d'image, perte de confiance des clients, baisse du chiffre d'affaires.

En outre, depuis 2017, le Code AFEP-MEDEF prévoir une sanction médiatique lorsque le dirigeant porte atteinte à l'intérêt social : c'est la procédure du *Name and Shame* de l'article 27-2 du Code AFEP-MEDEF. Le haut comité de gouvernement d'entreprise, créé pour servir de gardien du Code AFEP-MEDEF, veille notamment au respect, par les sociétés, de la considération des enjeux sociaux et environnementaux dans leurs activités. Donc, si un dirigeant ne répond pas, dans un délai de 2 mois, à une lettre adressée par le haut comité, la société s'expose à ce que le contenu de la lettre soit rendu public.

La responsabilité du dirigeant à l'égard des tiers

Par ailleurs, on peut aussi imaginer que le dirigeant qui ne respecte pas la mission stipulée dans les statuts, par ce manquement, cause un préjudice à des tiers engagés, d'une façon ou d'une autre, dans la réalisation de cette mission. Une action en responsabilité peut alors être intentée par ces tiers contre le dirigeant personnellement. Cette action met en jeu la responsabilité du dirigeant pour faute détachable de ses fonctions. Pour rappel, pour qu'une telle action aboutisse, le tiers demandeur doit prouver que le dirigeant a commis une faute intentionnelle d'une particulière gravité et incompatible avec l'exercice de ses fonctions sociales[11].

Après avoir étudié tous les cas de responsabilité des dirigeants, il est légitime de soulever la question de la responsabilité des associés.

b – Les cas de responsabilité des associés

Qu'en est-il de la responsabilité des associés qui voteraient pour un non-respect de la mission dont s'est dotée la société, au profit de la perception de leurs dividendes ? Dans le silence de la loi, la jurisprudence admet que l'abus de droit puisse être sanctionné : c'est l'attitude d'une partie des associés – majoritaires ou minoritaires – qui bloquerait l'adoption d'une résolution favorable à l'intérêt social. La jurisprudence sanctionne ainsi l'abus de majorité et l'abus de minorité.

L'abus de majorité

L'abus de majorité est le fait, pour des associés majoritaires, de prendre une décision contraire à l'intérêt général, et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité[12]. Dans le cas qui nous intéresse, prendre une décision contraire à la mission dont la société se dote peut caractériser un abus de majorité. Mais la jurisprudence précise qu'il ne saurait y avoir d'abus en l'absence de préjudice causé à la société[13]. L'abus de majorité peut aussi être négatif, en cas d'abstention. Que l'on pense aux actionnaires majoritaires qui s'abstiendraient de voter pour une résolution permettant de mener à bien la mission de la société.

La principale sanction de l'abus de majorité, c'est l'annulation de la résolution abusive, annulation qui n'est toutefois pas possible en cas d'abus négatif.

En outre, sur le fondement de l'article 1240 du Code civil, les associés majoritaires peuvent être condamnés à verser des dommages et intérêts aux associés minoritaires ou à la société elle-même, victime de l'atteinte portée à son intérêt social[14].

L'abus de minorité

L'abus de minorité se rencontre plus fréquemment sous la forme d'un abus négatif. Il s'agit alors d'une minorité de blocage. Dans ce contexte, l'abus de minorité consiste à bloquer toute modification du pacte social en assemblée générale, soit par une non-participation, soit par une abstention. Dans les deux cas, l'objectif est d'empêcher d'obtenir la majorité qualifiée exigée par la loi, pour modifier les statuts. Par exemple, des associés minoritaires pourraient mettre leur veto contre une décision qui permettrait de mener à bien une mission, mais qui, en contrepartie, diminuerait leur part de dividendes.

Selon la jurisprudence, il y a abus de minorité toutes les fois que l'opération refusée est essentielle pour la société – voire nécessaire à sa survie – et que les associés minoritaires ont adopté une attitude dans l'unique dessein de favoriser les membres de la minorité, au détriment de l'ensemble des autres associés[15]. En théorie, les sanctions de droit commun trouvent à s'appliquer, à savoir la nullité du vote des minoritaires et leur condamnation à verser des dommages et intérêts. Mais la seule sanction efficace – c'est-à-dire celle qui peut vaincre l'obstruction des minoritaires – c'est encore de rendre

exécutoire la résolution soumise, par l'autorité judiciaire16. Le juge peut ainsi désigner un mandataire aux fins de représenter les associés minoritaires défaillants à une nouvelle assemblée, et de voter en leur nom, dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social. Le mandataire désigné par le juge pourrait donc voter à la place des associés minoritaires pour que la mission de la société puisse être pleinement réalisée.

Le droit américain, quant à lui, connaît un principe de *dissenter's rights* qui permet aux actionnaires minoritaires en désaccord avec une modification statutaire, de quitter la société moyennant le versement d'un *prix juste* de leurs actions. Ce principe permet donc à une minorité d'actionnaires de s'assurer du respect de la mission sur le long terme.

Conclusion

La société à mission permet aux associés et aux dirigeants de prendre des initiatives de RSE sans encourir les sanctions traditionnelles du droit des sociétés. Il faudra simplement penser à appliquer ces mêmes sanctions traditionnelles en cas de non-respect de la mission.

NOTES DE BAS DE PAGE

1 – HEC Paris, Prophil et Viavoice, Les entreprises à mission. Entreprises de demain ?, févr. 2018.

2 – V. not. Levillain K., *Les entreprises à mission. Un modèle de gouvernance pour l'innovation*, thèse, 2017, Vuibert ; Segrestin B. et Levillain K. (dir.), *La mission de l'entreprise responsable. Principes et normes de gestion*, 2018, Presses des Mines, Économie et Gestion.

3 – Notat N. et Senard J.-D., L'entreprise, objet d'intérêt collectif, rapp., 9 mars 2018.

4 – Étude d'impact du projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, 18 juin 2018.

5 – C. com., art. L. 210-10, 2°.

6 – Mortier R., « Vive la fondation actionnaire », Dr. sociétés 2018, repère 7 ; Mortier R., Zabala B. et De Vendeuil S., « La réforme du droit des sociétés par la loi *PACTE* », Dr. sociétés 2019, étude 8.

7 – Segrestin B. et Levillain K., « Les conditions cachées de la RSE : leçons du mouvement des Profit-with-Purpose Corporations », *in* Segrestin B. et Levillain K. (dir.), *La mission de l'entreprise responsable. Principes et normes de gestion*, 2018, Presses des Mines, Économie et Gestion, p. 122 et s.

8 – V. not. Belinga R. et Guez H., « L'entreprise à l'épreuve de l'industrialisation de son actionnariat », *in* Segrestin B. et Levillain K. (dir.), *La mission de l'entreprise responsable. Principes et normes de gestion*, 2018, Presses des Mines, Économie et Gestion, p. 86 et s.

9 – IT/Dodge v. Ford Motor Co., 170 N.W. 668, 684, Mich. 1919.

10 – CGI, art. 199 terdecies-0 AA.

11 – Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17092.

12 – Cass. com., 18 avr. 1961 : Bull. civ. III, n° 175 ; JCP G 1961, II 12164, note Bastian D.

13 – Cass. com., 21 janv. 1970, n° 68-11085 : JCP G 1970, II 16541, note Oppetit B. (affaire *Saupiquet-Cassegrain*).

14 – Cass. com., 21 janv. 1997, n° 94-18883 : JCP E 1997, II 965, note Daigre J.-J.

15 – Cass. com., 15 juill. 1992, n° 90-17216 : JCP E 1992, II 375, note Guyon Y.

16 – Cass. com., 14 janv. 1992, n° 90-13055 : Rev. sociétés 1992, p. 44, obs. Merle P.

Issu de Petites affiches - n°236 - page 6
Date de parution : 25/11/2020
Id : LPA154j8
Réf : LPA 25 nov. 2020, n° 154j8, p. 6

Auteur :
- Iony Randrianirina, maître de conférences en droit privé à l'université de Lorraine, membre de l'Institut François Gény (EA 7301)