

Éclairage

RLDA6942

La société à mission : réalité ou artifice ?

Par la loi *Pacte*, le législateur a introduit en droit français la notion de société à mission. En choisissant d'adopter cette nouvelle qualité, les associés d'une société doivent prévoir dans les statuts une mission qui s'ajoute à celle de faire des profits. Cette mission peut être sociale, scientifique ou environnementale. Elle manifeste un intérêt à définir la singularité de l'entreprise, à Lui trouver une justification altruiste. Le législateur ne souhaite pas que cette qualité donne lieu à un simple affichage cosmétique mais corresponde à une réalité contrôlable. Pour ce faire, La société doit faire appel à un organisme vérificateur tiers et indépendant. En cas de violation des conditions légales, la société encourt le risque de perdre sa qualité de société à mission. C'est en fonction de la qualité et du sérieux de la mise en œuvre de ce contrôle que le régime de la société à mission pourra ou non gagner en crédibilité et se développer.

Le législateur a introduit par la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises, dite loi *Pacte*, la notion de sociétés à mission en droit français. Le régime de ces sociétés à mission a été précisé au début de l'année par un décret n° 2020-1 publié le 2 janvier 2020 instaurant le nouvel article R. 210-21 du code de commerce.

Cette intervention fait notamment suite au rapport Notat-Senard du 9 mars 2018, intitulé « *L'entreprise, objet d'intérêt collectif* », qui a permis de mener une réflexion d'ensemble sur le rôle de l'entreprise. L'idée est la suivante : la société est souvent gérée en vue d'une rentabilité à court terme. Elle ne devrait pas avoir pour seul objectif de permettre à ses associés de faire des bénéfices ; elle aurait même, le cas échéant, une raison d'être qui lui permettrait de contribuer à l'intérêt collectif . Le rapport Notat-Senard, dans ses recommandations 11 et 12, préconisait ainsi de « *confirmer à l'article 1835 du code civil la possibilité de faire figurer une raison d'être dans les sta-*

tuts d'une société, quelle que soit sa forme juridique, notamment pour permettre les entreprises à mission » et de « *reconnaître dans la loi l'entreprise à mission, accessible à toutes les formes juridiques* ».

Sur le fondement de ces travaux et après prise en compte des législations étrangères et notamment américaine avec l'exemple des *Benefit Corporations* et italienne avec l'exemple des *Società Benefit*, le législateur français a créé trois niveaux d'engagement distincts :

- un premier obligatoire qui s'impose à toutes les sociétés : c'est l'intérêt social élargi qui se traduit par un nouvel alinéa 2 ajouté à l'article 1833 du code civil. La société est désormais « *gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* » ;
- un deuxième facultatif, par lequel toute société pourra préciser dans ses statuts, selon le nouveau deuxième alinéa de l'article 1835 du code civil, une « *raison d'être constituée des principes*



Bernard
LAURENT-BELLU E
*Avocat Of Counsel,
Cabinet Racine*



Bruno LAFFONT
*Avocat Counsel,
Cabinet Racine*

dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité ». Cette raison d'être lui permettrait, au-delà de son objet social sans lequel la société n'aurait pas de raison d'exister, d'afficher des objectifs et valeurs à long terme dans le domaine social et environnemental, indépendamment de tout aspect mercantile;

- un troisième, également facultatif, introduit le statut de « société à mission ». Ce niveau ultime d'engagement permet aux sociétés de se prévaloir d'une mission et d'afficher au public ce statut.

Une société à mission peut ainsi se définir comme une société dont les associés prévoient, dans les statuts, une mission sociale, scientifique ou environnementale qu'ils envisagent de poursuivre en plus de l'objectif de profit.

La société à mission trouve son origine dans différents systèmes de droit étranger dont s'inspire également le régime qui lui est applicable mais cette société à mission ne trouvera sa place que si ceux qui en feront le choix détermineront avec précision la singularité de leur entreprise. Nous étudierons successivement ces trois points.

1. - Origine

La société à mission trouve son origine aux États-Unis dans un contexte de prise en compte des responsabilités sociales et environnementales par les acteurs économiques, au premier rang desquels les sociétés commerciales. Cette évolution pouvait, à première vue, se révéler contraire au principe, propre au droit américain, des « *fiduciary duties* », par application desquels les dirigeants doivent agir dans le seul but de rechercher un profit maximum pour les actionnaires.

En l'absence de tout cadre légal, le développement d'une responsabilité sociale et environnementale par les entreprises était même susceptible de créer une source de responsabilité supplémentaire pour les dirigeants.

Pourtant, depuis la fin des années 2000, les entreprises, aux États-Unis comme en Europe, n'ont pas hésité à suivre l'air du temps et à prendre conscience des aspects humains, environnementaux et éthiques. À cette fin, elles ont été nombreuses à s'engager, de manière volontaire, hors de tout cadre législatif, dans une politique de développement durable qui s'exprime selon deux modalités différentes.

D'une part en développant une démarche de responsabilité sociale des entreprises (« RSE ») qui est aujourd'hui définie par la Commission européenne comme l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes. Une entreprise qui pratique une politique RSE va donc chercher à avoir un impact positif sur la société tout en étant économiquement viable. La norme ISO 26000, standard internatio-

nal, définit ainsi le périmètre de la RSE autour de 7 questions centrales : (i) la gouvernance de l'organisation, (ii) les droits de l'homme, (iii) les relations et conditions de travail, (iv) l'environnement, (v) la loyauté des pratiques, (vi) les questions relatives aux consommateurs et (vii) les communautés et le développement local.

D'autre part, en prenant en compte de manière croissante des critères relatifs au respect d'objectifs sociaux, environnementaux et de qualité de gouvernance (« ESG ») dans la gouvernance des sociétés cotées et non cotées et en prenant soin d'intégrer ces critères dans les dispositifs d'investissement socialement responsable mis en place par les sociétés de gestion.

Face à ces constats, les États-Unis ont été les premiers à instituer le statut de *Benefit Corporation* en 2010. Ce statut a été largement inspiré par les contraintes fixées par certains organismes de certification et notamment B Lab qui attribuait, depuis quelques années déjà, des certifications dénommées « B Corp » à certaines sociétés commerciales répondant à des exigences sociétales, environnementales et de gouvernance.

Ainsi, les *Benefit Corporations* présentent plusieurs caractéristiques communes :

- une modification de leurs statuts pour intégrer une finalité non lucrative : un objectif sociétal d'intérêt général;
- une gouvernance modifiée avec des exigences de *reporting* spécifiques pouvant aller jusqu'à la nomination d'un dirigeant *ad hoc* sur ces aspects;
- un assouplissement des règles de mises en jeu de la responsabilité des dirigeants. Les dirigeants ne peuvent ainsi voir leur responsabilité engagée par les actionnaires du fait de la prise de décisions dictées par des objectifs autres que la maximisation du profit.

Les États-Unis ont ouvert une voie qui a été suivie par de nombreux pays européens au rang desquels le Royaume-Uni avec la création de la *Community Interest Company*, mais aussi l'Italie avec la création de la *Società Benefit* et enfin la France avec l'instauration de la société à mission.

Le régime des sociétés à mission de droit français reprend, comme nous le verrons ci-après, en grande partie les caractéristiques principales de ces *Benefit Corporations* en y ajoutant des modifications statutaires, une gouvernance particulière et des exigences de *reporting*.

La reconnaissance des sociétés à mission en droit français participe ainsi au processus de réappropriation de certains sujets par le législateur qui s'est traduit par un glissement du droit souple édicté par la pratique et les règles de bonne conduite vers un droit dur inscrit dans le code de commerce et le code civil.

Ce processus a notamment été utilisé pour le droit des rémunérations des dirigeants des sociétés cotées pour le-

quel, après avoir semblé abandonner le sujet au profit de l'AFEP et du MEDEF, le législateur se l'est réapproprié avec vigueur par les dernières ordonnances venant modifier les dispositions sur les votes *ex ante* et *ex post*. Le code de commerce pose désormais les règles du jeu qui sont perfectionnées dans le code AFEP/MEDEF par la prise en compte de la vie des affaires.

Appliquée aux sociétés à mission, cette nouvelle approche du législateur permet de mettre en place un droit français de la RSE qui offre aux entreprises françaises un cadre juridique mature et innovant dans ce domaine.

II. - Régime de la société à mission

Plusieurs conditions doivent être respectées par les sociétés souhaitant se prévaloir du statut de société à mission.

Quelles sont les sociétés concernées ?

À titre liminaire, il convient de relever que le législateur n'a pas souhaité créer une forme sociale nouvelle propre aux sociétés à mission. Ainsi, toute société existante peut, sous réserve de respecter certaines conditions prévues par le code de commerce, adopter volontairement la qualité de société à mission. Il est vrai que le droit français offre déjà une grande diversité de formes sociales et qu'il était vraisemblablement inutile de venir rajouter une forme sociale spécifique.

Le régime des sociétés à mission ayant été inséré dans le code de commerce, seules les sociétés commerciales peuvent se prévaloir de cette qualité, à l'exclusion des sociétés civiles. Des dispositions particulières ont également été insérées dans le code de la mutualité permettant ainsi aux sociétés d'assurance, aux mutuelles et unions et aux sociétés coopératives de se prévaloir de la qualité de société à mission.

Le spectre de sociétés visées par le législateur est donc très large.

Quelles sont les conditions à l'adoption de cette qualité ?

Au rang des conditions pour devenir une société à mission, l'article L. 210-10 du code de commerce prévoit que toute société commerciale peut faire publiquement état de la qualité de société à mission dès lors qu'elle respecte les conditions cumulatives suivant es :

- ses statuts doivent préciser une raison d'être, au sens de l'article 1835 du code civil;
- ses statuts doivent également mentionner un ou plusieurs objectifs (sociaux et environnementaux) que la société se donne pour mission de poursuivre ;
- ses statuts doivent préciser les modalités de suivi de l'exécution de la mission poursuivie. Ce suivi passe par

l'instauration d'un nouvel organe de gouvernance dénommé le comité de mission ;

- l'exécution des objectifs sociaux et environnementaux fait l'objet d'une vérification par un organisme tiers indépendant. C'est la mission de cet organisme tiers indépendant que le législateur est venu préciser par le décret n° 2020-1 publié le 2 janvier 2020 instaurant le nouvel article R. 210-21 du code de commerce.

Une société à mission est ainsi dotée par ses statuts d'une raison d'être, d'une mission et d'un comité de mission.

Le comité de mission est un organe distinct des organes sociaux. Il doit comporter au moins un salarié et est en charge, dans les limites d'un contrôle interne, du suivi de la mission telle que définie par les statuts. Ce comité doit présenter tous les ans un rapport joint au rapport de gestion, mentionné à l'article L. 232-1 du code de commerce, à l'assemblée chargée de l'approbation des comptes de la société.

Une société à mission est ainsi dotée par ses statuts d'une raison d'être, d'une mission et d'un comité de mission

Ce comité procède à toute vérification qu'il juge utile et se fait communiquer tout document ou information nécessaire à la bonne exécution de sa mission. Toutefois, dans les sociétés employant au cours de l'exercice moins de 50 salariés permanents, un référent de mission peut se substituer au comité de mission.

La qualité de société à mission étant inscrite dans les statuts, son adoption nécessitera la réunion d'une assemblée générale des actionnaires afin de modifier lesdits statuts. Ces modifications ne constituant pas une augmentation des engagements des associés, elles ne requerront pas un vote unanime des associés mais devront être adoptées à la majorité requise pour une simple modification statutaire.

Il convient de se demander si cette assemblée générale devrait être précédée d'une information-consultation des instances représentatives du personnel de la société concernée. L'article L. 2312-8 du code du travail prévoit en effet que le comité social et économique d'une société est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et notamment sur la modification de son organisation économique ou juridique.

L'adoption de la qualité de société à mission ne modifie pas, en soi, l'organisation juridique de la société concernée, les organes sociaux propres de la forme sociale demeurant inchangés. Le législateur s'est contenté, quel que soit le type de société commerciale retenu, d'ajouter un

organe de surveillance complémentaire, à savoir le comité de mission.

Cependant, il pourrait être considéré que les objectifs sociaux et environnementaux dont la société va poursuivre l'exécution sont de nature à modifier l'organisation économique de la société en juxtaposant de nouveaux intérêts à ceux déjà existants. Si tel était le cas, il y aurait lieu de procéder à une information-consultation des instances représentatives du personnel.

Le choix d'une raison d'être et d'une mission devrait permettre à toute société qui déciderait d'entreprendre cette démarche de ne pas s'écarter de la ligne de conduite et des valeurs qu'elle a elle-même définies

Il est encore trop tôt pour savoir quelle solution sera adoptée par la pratique et si une condition supplémentaire tenant à l'information-consultation des instances représentatives du personnel devra être respectée par les sociétés lorsque celles-ci souhaiteront adopter le statut de société à mission.

Quel est le rôle de l'organisme tiers indépendant ?

Un des objectifs du décret du 2 janvier 2020 est de venir préciser le rôle de l'organisme tiers indépendant chargé du contrôle des objectifs que la société s'est donnée pour mission de poursuivre. Le législateur précise que les dispositions relatives à son intervention sont inspirées de celles relatives à la vérification par un organisme tiers indépendant des informations contenues dans la déclaration de performance extra-financière.

Ainsi cet organisme tiers indépendant est choisi parmi les organismes accrédités à cet effet par le Comité français d'accréditation ou par tout autre organisme d'accréditation signataire de l'accord de reconnaissance multilatéral établi par la coordination européenne des organismes d'accréditation.

Il est par ailleurs soumis aux incompatibilités prévues à l'article L. 822-11-3 du code de commerce, c'est-à-dire celles applicables aux commissaires aux comptes.

Il est désigné, sauf clause contraire des statuts, par l'organe en charge de la gestion (président pour les sociétés par actions simplifiée, conseil d'administration ou directeur pour les sociétés anonymes), pour une durée initiale qui ne peut excéder 6 exercices et renouvelable dans la limite d'une durée totale de 12 exercices.

Le décret détaille ensuite le champ de la mission de cet organisme tiers indépendant. Il doit procéder, au moins tous les deux ans, à la vérification de l'exécution des objectifs mentionnés dans les statuts de la société à mission. Ce délai peut être porté à 3 ans à la demande de toute société employant moins de 50 salariés et ayant procédé à la désignation d'un référent de mission.

La première vérification doit, par ailleurs, intervenir dans le délai de 18 mois suivant la déclaration de la qualité de société à mission au registre du commerce et des sociétés (ou dans les 24 mois suivant cette publication si la société concernée emploie moins de 50 salariés permanents et a procédé à la désignation d'un référent de mission en lieu et place du comité de mission).

La mission de cet organisme tiers indépendant donne lieu à l'émission d'un avis joint au rapport du comité de mission et publié sur le site internet de la société pendant au moins 5 ans. Cet avis retrace les diligences mises en œuvre par l'organisme tiers indépendant et indique si la société respecte les objectifs qu'elle s'est fixés. Il doit être motivé et indiquer, le cas échéant, les raisons pour lesquelles les objectifs n'ont pas été atteints ou pour lesquelles il lui a été impossible de parvenir à une conclusion.

Pour délivrer son avis, l'organisme a accès à l'ensemble des documents détenus par la société utiles à la formation de son avis, notamment au rapport annuel du comité de mission. Il peut en outre procéder à toute vérification sur place qu'il estime nécessaire.

Quelles sont les sanctions ?

En cas de violation des conditions légales, la société encourt le risque de perdre la qualité de société à mission. Plus précisément, l'article L. 210-11 nouveau du code de commerce dispose que lorsque l'une des conditions fixées 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 assignés en application du 2° de l'article L. 210-10 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.

III. - Finalité

En adoptant la loi *Pacte*, le législateur a souhaité que les associés et les dirigeants de sociétés puissent réfléchir aux particularités de leur entreprise, aux axes de différenciation qu'elle souhaite développer et en définitive à l'image qu'elle entend promouvoir. Ce faisant, en singularisant les valeurs auxquelles la société adhère, elle oblige ces mêmes associés et dirigeants à ne développer leur entre-

prise que dans le strict respect de ces valeurs. De cette façon, cette approche réduit de manière délibérée les choix possibles de développement et canalise l'action sociale de telle sorte qu'elle amplifie cette raison d'être et cette mission.

Toutefois, il n'est pas interdit et il serait même recommandé aux sociétés qui auront entrepris la démarche d'être une société à mission de mettre à jour et de faire évoluer leur raison d'être et leur mission pour que celles-ci restent adaptées à l'environnement de l'entreprise et conforme à la stratégie définie par le conseil d'administration. Cette mise à jour sera de la responsabilité du conseil d'administration qui pourrait confier à son comité stratégique la tâche d'instruire le sujet et de lui proposer les évolutions qui lui paraîtraient nécessaires.

En tout cas, le choix d'une raison d'être et d'une mission devrait permettre à toute société qui déciderait d'entreprendre cette démarche de ne pas s'écarter de la ligne de conduite et des valeurs qu'elle a elle-même définies. Elle pourrait toutefois rendre la société concernée moins attractive pour d'éventuels acquéreurs qui n'adhéreraient pas à la raison d'être et à la mission définies dans les statuts.

En matière de sociétés cotées, le sujet n'est pas neutre. Lorsqu'une personne souhaite prendre le contrôle d'une société introduite en bourse, celle-ci doit lancer une offre publique sur le capital social de la cible. Or, depuis la loi Florange de 2014, le droit positif a opéré un changement radical en permettant, sauf insertion dans les statuts d'un principe de passivité, au conseil d'administration ou au directoire, après autorisation du conseil de surveillance, « de prendre toute décision dont la mise en œuvre est susceptible de faire échouer l'offre, sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'intérêt social de la société »⁽¹⁾.

Ainsi par principe, les dirigeants d'une société cotée sont autorisés à mettre en place une ou plusieurs défenses anti-OPA sous réserve du respect des pouvoirs de l'assemblée des actionnaires et dans la limite de l'intérêt social. Il semblerait que l'effet de la loi *Pacte* en élargissant l'intérêt social par la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux, d'une part, et en donnant la possibilité d'établir dans les statuts une raison d'être et une mission, d'autre part, revient à promouvoir et renforcer l'intérêt social, c'est-à-dire à accroître les raisons pour lesquelles les dirigeants de la cible pourront prétendre le

défendre et légitimer ainsi les décisions adoptées pour faire échouer des offres susceptibles de le remettre en cause.

En d'autres termes, sous prétexte que l'initiateur de l'offre pourrait porter atteinte aux aspects sociaux ou environnementaux de l'entreprise, ou empêcher d'exécuter la stratégie conforme à la raison d'être et à la mission de la société telle qu'elle a été définie par le conseil d'administration, les dirigeants de la cible pourraient mettre en œuvre des défenses plus audacieuses compte tenu de la nouvelle définition de l'intérêt social, afin de résister et de faire échouer des offres publiques, au demeurant avantageuses pour les actionnaires sur le plan financier.

La possibilité de faire reconnaître au juge que la marge de manœuvre des dirigeants d'une cible objet d'une offre publique est accrue par les dispositions de la loi *Pacte* ne pourrait toutefois prospérer que si les dispositions permises par la loi *Pacte* sont mises en œuvre dans la durée et sont justifiées par les dirigeants vis-à-vis de leurs actionnaires. Il ne saurait être question d'improvisation en la matière. Les dirigeants sociaux qui voudraient résister à une offre publique hostile de manière efficace devront s'appuyer sur des éléments factuels (déclarations, communiqués et décisions) démontrant la force d'un projet social défendu dans la continuité avec détermination. Sans pouvoir étayer par des faits concrets l'importance des enjeux sociaux et environnementaux, d'une part, ou l'aspect décisif de la raison d'être ou de la mission de l'entreprise, d'autre part, il est à craindre que ces mêmes dirigeants sociaux ne puissent tirer un avantage des nouvelles dispositions de la loi *Pacte* pour faire échouer une offre publique non sollicitée.

En conclusion, il apparaît que le régime de la société à mission mis en place par le législateur est un régime contraignant qui implique un formalisme rigoureux et donc une responsabilité accrue des dirigeants. La qualité de société à mission est en effet une appellation qui se mérite et qui peut être sanctionnée. Il pourrait être tentant pour des dirigeants d'entreprises d'utiliser ce nouveau régime de manière artificielle en motivant les salariés et les communicants autour de valeurs standards et consensuelles. Ce serait pour ces dirigeants peu scrupuleux faire fausse route, mettre en jeu leur responsabilité et prendre le risque de discréditer l'entreprise, une mission devant traduire la singularité d'un projet social dans un environnement en constante transformation. ■

(1) C. com., art. L. 233-32, 1.