

REVUE OFIS

Rédigé par

Diane Bouteille



Après avoir vécu douze années à l'étranger, Diane est revenue en France afin d'y débiter ses études de droit. Titulaire d'un Master I en droit des affaires, Diane ambitionne de devenir avocate et d'exercer en corporate.



Le Master 2 Opérations et Fiscalité Internationales des Sociétés est fier de vous présenter :

Les conséquences des innovations de la loi Pacte sur le régime de la sanction du non-respect des objectifs sociaux : le « nouveau capitalisme »

Introduction

« *Devenir entreprise à mission est extrêmement engageant, pas cosmétique* » a souligné Dominique Mahé, président du groupe MAIF, dans Les Echos. Cette expression révèle que le statut de société à mission ne doit pas être compris dans un sens exclusivement symbolique mais, qu'au contraire, il doit s'entendre comme intensifiant les obligations des sociétés.

De nombreuses sociétés s'engagent dans des problématiques de responsabilité sociétale. Cela implique que chaque entreprise va agir pour le bien commun en prenant en compte notamment

l'environnement, le bien-être des collaborateurs et des consommateurs. **La loi Pacte (Plan d'Action pour la Croissance et la Transformation des Entreprises) du 23 mai 2019 s'inscrit dans cette tendance avec l'ambition de « donner aux entreprises les moyens d'innover, de grandir et de créer des emplois ».** Dans ce cadre, elle introduit trois grandes innovations afin d'offrir un meilleur cadre aux entreprises avides de changement : le statut de l'entreprise à mission, l'intérêt social élargi et la raison d'être.

Il conviendra avant toute chose de s'intéresser à la signification des différents

statuts mis en place. **L'entreprise à mission peut se définir comme une nouvelle forme de société commerciale ayant, en plus d'un but lucratif, une finalité sociale ou environnementale. L'intérêt social se caractérise quant à lui comme l'intérêt des associés étendu à des enjeux environnementaux et sociaux. Enfin, la raison d'être correspond à l'ambition d'intérêt général que la société entend poursuivre et qui est inscrite dans ses statuts.**

La loi Pacte concrétise une des idées économiques phare du gouvernement d'Emmanuel Macron en donnant aux entreprises la possibilité de prendre des mesures sociales et environnementales. Cette évolution s'inscrit dans un changement des mentalités selon lequel l'entreprise n'est plus considérée comme la propriété unique des associés. On observe une responsabilisation croissante des entreprises qui ne doivent plus seulement prendre en compte uniquement les intérêts des associés et des actionnaires mais également se montrer sensibles aux intérêts de ses parties prenantes qui sont notamment ses clients, ses fournisseurs, créanciers et salariés mais également aux questions environnementales.

D'abord, la loi Pacte a inséré au **nouvel article 1833 alinéa 2 un intérêt social élargi en prévoyant que la société doit être gérée « dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité »**. Cet intérêt social élargi, contrairement aux dispositions de la raison d'être et la société à mission, concernera toutes les sociétés, civiles ou commerciales. Tenues de prendre en compte ces nouveaux enjeux, les praticiens sont susceptibles d'être plus touchés par les éventuelles sanctions allant de la nullité de l'acte à la

responsabilité du dirigeant en cas de non-respect desdits enjeux.

Le nouveau texte assigne désormais de tenir compte d'intérêts plus larges que le seul intérêt social et ce, dans l'objectif de poursuivre un but citoyen. Or, l'articulation entre ces intérêts est susceptible de compliquer la gestion de la société. En effet, le juge aura pour mission de trouver un équilibre entre l'intérêt de la société d'une part et les enjeux environnementaux et sociaux d'autre part.

Ensuite, **l'article 1835 du Code civil offre la possibilité aux associés de faire figurer une raison d'être de la société dans les statuts**. Bien que les entreprises n'ayant pas le statut de sociétés à mission ne soient pas tenues de se doter d'une telle raison d'être, force est de constater que de nombreuses l'ont tout de même prévu. Face au nombre important de sociétés concernées, il est primordial de s'attarder sur la nature et les caractéristiques des sanctions attachées au non-respect de cette raison d'être.

Enfin, l'instauration de la société à mission est la mesure la plus ambitieuse de la loi Pacte. Elle est née de la volonté des députés de garantir que les entreprises respectent leurs engagements sociaux et environnementaux. Le statut de la société à mission s'accompagne d'un degré d'engagement plus élevé pour la société que celui de l'adoption d'un intérêt social élargi ou d'une raison d'être. En effet, les engagements pris par la société de mission sont pensés comme devant être plus concrets et la société sera tenue de respecter ses engagements sous peine d'être sanctionnée.

Au-delà d'une simple raison d'être, la société devra prévoir des objectifs sociaux et environnementaux qu'elle se devra de respecter dans le cadre de son

activité, et qui devront même être incorporés à son activité. Ainsi, l'apport de la loi Pacte concernant la responsabilité sociétale des entreprises est loin d'être négligeable et influe d'ailleurs sur la politique de la direction qui est poussée à agir pour le bien commun.

Afin que les engagements pris par les sociétés ne restent pas lettre morte, un arsenal répressif doit accompagner cette évolution.

A cet égard, Bruno Dondero¹ relève que les sanctions accompagnant le non-respect par les sociétés de leurs engagements ne sont pas seulement de nature juridique. En effet, la dénonciation par le grand public de ces manquements suivant la pratique du « name and shame » pourrait avoir un impact considérable. Et pour cause, la société serait stigmatisée et les consommateurs pourraient se détourner d'elle ce qui engendrerait des pertes économiques importantes.

Toutefois, c'est l'étude du dispositif juridique prévu par la loi Pacte qui méritera toute notre attention dans le présent article.

Le régime répressif prévu par la loi Pacte permet de se livrer à une étude à deux niveaux des sanctions du non-respect des nouveaux objectifs sociaux. En effet, les conséquences du non-respect aussi bien de la raison d'être de la société, de son intérêt social élargi que des obligations inhérentes au statut de la société à mission peuvent s'analyser d'abord dans les rapports internes à la société (I) puis dans les rapports externes de la société (II). Il s'agit de préciser qu'on entendra par rapports internes les relations entre la société, les associés et le dirigeant alors que les rapports externes renvoient aux relations

de la société avec les tiers c'est-à-dire les consommateurs, les fournisseurs et les clients.

I. Le régime des sanctions dans les rapports internes

En ce que le nouveau dispositif incite les sociétés à poursuivre de nouveaux buts représentant « le souffle de l'entreprise pour un monde meilleur » comme le souligne le Professeur Isabelle Urbain-Parleani, l'ambition de la loi Pacte est de refondre le champ de la sanction en interne. L'étude complète du panorama des sanctions consacrées passe par celle de la sanction matérielle qui est susceptible d'affecter les actes (A), mais également par celle de la sanction personnelle du dirigeant (B).

A/ Les sanctions matérielles affectant les actes conclus

En tout état de cause, ni le non-respect de l'intérêt social élargi ni celui de la raison d'être de la société ne sont susceptibles d'être sanctionnés par la nullité du contrat de société. En effet, les articles L1844-10 du Code Civil et L.235-1 écartent catégoriquement cette sanction. Ainsi, une clause statutaire ayant pour effet d'écarter la nouvelle disposition serait uniquement réputée non écrite et donc privée d'effet. En effet, si les associés ou le dirigeant décidaient d'insérer une clause dans les statuts prétendant écarter la nouvelle disposition, celle-ci serait uniquement non écrite.

De même, les actes pris par le gérant en violation de l'intérêt social

¹ Bruno Dondero et Alain Couret, Intérêt élargi, raison d'être et société à mission : le triptyque entreprise de la loi Pacte, mai 2019 Editions Francis Lefebvre

élargi ne sont pas non plus susceptibles d'être sanctionnés par la nullité. La loi Pacte a en effet expressément prévu que la sanction de la nullité des actes violant une disposition impérative ne s'appliquait pas au second alinéa de l'article 1833 du Code civil. Cette disposition apparaît dès lors comme étant une règle symbolique et non impérative. De plus, aucune répression ne vient sanctionner son non-respect.

S'agissant maintenant de la nullité d'une délibération ou d'un acte pris par les associés, celle-ci est rendue possible par l'engagement de la responsabilité des associés sur le fondement de la théorie de l'abus de droit de vote. En effet, les associés ayant pour obligation de prendre des décisions de manière loyale et dans l'intérêt social de la société, il est possible de caractériser un abus de droit de vote de ces derniers en cas de comportement contraire.

Il convient pourtant à ce stade de vérifier que la nouvelle rédaction de l'article 1844-10 du Code civil² n'écarte pas cette voie des abus de droit de vote. En effet, dans ledit article, est exclu expressément l'article 1833 du code civil des fondements de la nullité d'un acte ou d'une délibération des organes de la société. Certains députés ont donc redouté que cette nouvelle rédaction ne prive le juge de sanctionner par la nullité les actes et décisions pris par les associés se révélant contraires à l'intérêt social. Toutefois, Mme Dubost ainsi que M. Lescure, tous deux rapporteurs, ont explicitement réfuté cette possibilité en indiquant que cette nouvelle disposition ne serait pas susceptible de remettre en cause la théorie de l'abus de majorité³.

En effet, la théorie de l'abus de droit de vote est en réalité issue d'une jurisprudence ancienne⁴ mise en place en l'absence de disposition spéciale prévoyant l'annulation d'une délibération en cas de contrariété à l'intérêt social. **Cette particularité se trouvait accentuée par le fait qu'aucune disposition spéciale ne prévoyait non plus que la sanction de la nullité était exclue en cas de contrariété audit intérêt social. Il paraît alors légitime de se demander si cette jurisprudence à l'origine de la théorie de l'abus de droit de vote est susceptible de perdurer ou bien si les juges devront surpasser l'article 1844-10 du Code civil en se fondant sur une nouvelle disposition.**

Il convient désormais de s'attarder sur la nature des sanctions touchant le dirigeant de la société.

B/ La sanction personnelle de la responsabilité du dirigeant

Tant la responsabilité civile que la responsabilité pénale du dirigeant peuvent être engagées par les associés en cas de violation des dispositions de la loi Pacte relatives à la raison d'être, à l'intérêt social élargi et à la société à mission.

Néanmoins, bien que la preuve d'une telle violation puisse être facilitée lorsque l'acte du dirigeant s'inscrit en contradiction avec les statuts de la société, elle reste difficile à apporter. En effet, cette faute ne fait pas l'objet d'une définition légale et sa constitution relève donc de l'appréciation souveraine des juges du fond.

² « La nullité de la société ne peut résulter que de la violation des dispositions de l'article 1832 et du premier alinéa des articles 1832-1 et 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général. Toute clause statutaire contraire à une disposition impérative du présent titre dont la violation n'est pas sanctionnée par la nullité de la société, est réputée non écrite.

La nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent titre, à l'exception du dernier alinéa de l'article 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général. »

³ « Le moyen tiré de la contrariété à l'intérêt social d'une délibération d'assemblée générale, par exemple, ne pourrait donc prospérer sur le fondement de l'article 1844-10, comme c'est le cas dans le droit existant. Cette proposition n'est donc pas de nature à remettre en question les solutions jurisprudentielles existantes en matière de contrariété à l'intérêt social, comme la théorie de l'abus de majorité. » Exposé sommaire, 3 septembre 2018

⁴ Cass. Com. 18 avril 1961 : JCP 1961, 12 164

A cet égard, il peut se révéler complexe de prouver la réalité de la violation des engagements de la société dans la mesure où, en pratique, les sociétés ont tendance à se doter d'objectifs sociaux et environnementaux formulés en termes généraux et ce, afin de conserver une certaine liberté de gestion. Dès lors, cette largesse permet à la société d'aisément justifier un acte qui ne s'inscrirait pas automatiquement dans la dichotomie entre le mal et le bien par le jeu des différents intérêts.

Par ailleurs, il convient de noter que les innovations apportées par la loi Pacte introduisent une sanction de nature politique visant le dirigeant, il s'agit de la procédure de révocation. Cette révocation peut avoir lieu « ad nutum », c'est à dire de manière libre, aussi bien en invoquant un juste motif que non. Cette révocation, de par la liberté qui la gouverne ne pose donc pas de difficultés particulières. Toutefois, on remarque que tant l'inobservation des dispositions de l'alinéa 2 de l'article 1833⁵ du Code Civil que celles de l'article 1835⁶ du même code ou encore de celles de la mission de la société pourrait aisément constituer un juste motif de révocation du dirigeant. Ainsi, les nouvelles dispositions de la loi Pacte élargissent le champ de la révocation pour juste motif du dirigeant.

Il doit être mentionné que le dirigeant pourrait utilement invoquer son respect de la raison d'être de la société pour faire échec à l'engagement de sa responsabilité personnelle. C'est d'ailleurs

ce qui ressort de l'affaire de la CAMIF qui est dotée depuis 2017 d'une raison d'être statutaire selon laquelle elle s'engage à proposer des produits et des services conçus au bénéfice de l'Homme et de la planète. Dans cette affaire, le dirigeant avait refusé de participer au « Black Friday » privant ainsi ses actionnaires de résultats financiers. Comme défense à la faute de gestion invoquée à son encontre, le dirigeant a invoqué que la participation au « Black Friday » aurait été contraire à la raison d'être et à la mission de l'entreprise.

Dans le cadre de la société à mission qui vise à concilier l'intérêt général et l'intérêt des associés, la responsabilité des dirigeants est renforcée s'agissant des engagements sociaux et environnementaux.

Préalablement à l'étude des sanctions attachées à cette forme, l'obligation qui pèse sur le dirigeant doit être bien analysée. Se pose en effet la question de savoir si le choix d'une société à mission a pour conséquence de subordonner les mesures habituelles prises par le dirigeant à des objectifs particuliers ou d'entraîner pour lui l'obligation de prendre des mesures nouvelles. A cet égard, l'article L210-10 du Code de Commerce précise que les objectifs devront être atteints dans le cadre de l'activité de la société. On comprend donc que les actes habituels devront intégrer des considérations nouvelles prévues par les statuts.

Le régime prévoit des possibilités plus restreintes s'agissant de la possibilité pour les tiers d'attaquer les actes passés ou d'engager la responsabilité du dirigeant.

⁵ « La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. »

⁶ « 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. Les statuts peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité. »

II. Le régime des sanctions dans les rapports externes

Le régime des sanctions dans les rapports externes permet d'attaquer les actes effectués en contradiction avec les nouveaux objectifs des sociétés (A) mais également aux tiers d'engager la responsabilité personnelle du dirigeant (B).

A/ Les sanctions matérielles affectant les actes conclus

Lorsque l'acte du dirigeant s'inscrit en violation de la raison d'être de la société, les tiers ont la possibilité de contester sa validité.

En effet, si la Cour de cassation refuse que la sanction d'un acte violant les statuts d'une société commerciale réside en la nullité de celui-ci, cette sanction ne s'appliquant qu'à la violation d'une disposition impérative, elle admet un tempérament à ce principe (*Cass, com, 18 mai 2010 n°09-14.855*). Il s'agit du cas où l'acte interne est contraire à une stipulation statutaire introduite dans le cadre de la faculté ouverte par une disposition impérative d'aménager conventionnellement la règle posée par celle-ci. Dans ce cas particulier, la nullité de l'acte peut valablement être arguée par les tiers.

Le succès d'une telle action en nullité sera alors subordonné à la preuve du préjudice subi par le tiers engendré par le non-respect de la disposition statutaire par le dirigeant. Le tiers devra également prouver que le respect de ses engagements par la société était pour lui une condition déterminante de son consentement.

Par ailleurs, il faut souligner l'apport de la loi Pacte en la matière. En effet, le législateur a prévu des sanctions plus spécifiques s'agissant du nouveau statut de la société à mission. **Le principe posé est que le non-respect d'une des conditions posées à l'article L210-10⁷ ou des objectifs sociaux et environnementaux que la société s'est fixée entraîne la perte du statut de société à mission.** Cette sanction particulièrement dissuasive est susceptible d'impacter la situation économique de la société à deux égards.

En premier lieu, l'impact sur l'image de la société serait conséquent. Les consommateurs risqueraient de se détourner de l'entreprise qui n'a pas respecté ses engagements. A notre époque, les consommateurs disposent de plus en plus de choix et pour des produits substituables, ils se tourneront probablement vers celui dont les impacts sociaux et environnementaux sont positifs. Ainsi, dans l'hypothèse où la société ne respecterait pas ses engagements, ils pourraient facilement se détourner massivement de celle-ci en guise de

⁷ « 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'Etat. 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'Etat."

punition dans l'esprit de la pratique du « name and shame ».

En second lieu, les investisseurs pourraient conditionner leur entrée dans la société au respect du statut de la société à mission.

Il reste cependant que ces obligations puissent être difficiles à respecter durant les périodes de crises économiques, sociales ou même politiques. Et pour cause, dans ce contexte particulier, les entreprises se doivent de réagir promptement dans le but de limiter autant que possible les retombées économiques négatives.

Si le respect de la raison d'être et de l'intérêt social est difficile pendant ces périodes, **le comité de mission** qui est en charge du suivi de l'exécution par la société de sa mission pourrait pointer du doigt la société dans son rapport annuel. Reste à savoir si le juge acceptera un aménagement spécial des sanctions dans ces périodes sensibles.

Ce comité a été prévu par la loi afin de s'assurer que la société respecte ses engagements. Il est distinct des organes sociaux et sa composition est assez libre sous réserve de compter au moins un salarié. Il a accès à tous les documents nécessaires à l'exécution de sa mission et peut procéder à toute vérification utile. Toutefois, le risque que l'image éco-responsable ne soit pas fidèle et sincère en raison du caractère interne de cet organe de contrôle a été relevé par certains députés dont Stanislas Guerini. S'est alors posée alors la question d'instituer un organisme de contrôle indépendant et tiers à l'entreprise qui aurait pour mission de vérifier que la mission de l'entreprise est suffisamment précise et que le comité de mission interne effectue un travail de vérification avec les meilleurs moyens possibles. Cette proposition est actuellement examinée sous

la forme d'un projet de décret en Conseil d'État.

La possibilité pour les tiers d'engager avec succès la responsabilité du dirigeant reste donc sujette à de nombreux freins. La voie constituant à attaquer l'acte lui-même sera-t-elle plus efficace ?

B/ La sanction personnelle de la responsabilité du dirigeant

Il conviendra à titre liminaire de remarquer que la possibilité pour les tiers, externes à la société, d'engager la responsabilité du dirigeant est nécessairement plus restreinte que celle des organes de la société. Cela est dû au principe selon lequel le dirigeant d'une société n'est pas responsable à l'égard des tiers qui peuvent être des consommateurs ou des fournisseurs, des actes effectués au nom et pour le compte de la société. Dans ce cadre, la société reste engagée contractuellement par lesdits actes et c'est elle qui pourra éventuellement se retourner contre le dirigeant.

Néanmoins, il serait faux d'affirmer que les tiers sont dépourvus de tout recours. Ils conservent en effet la possibilité, dans certaines circonstances, d'engager la responsabilité personnelle du dirigeant afin que ce dernier supporte les conséquences de ses actes et indemnise personnellement les victimes. Toutefois, **aucune disposition spéciale n'est prévue par la loi Pacte à ce sujet. Il convient donc de se référer au droit commun.** Il incombera donc aux tiers d'apporter la preuve que la violation des objectifs sociaux ou environnementaux constitue une faute détachable des fonctions du dirigeant.

Établir l'existence d'une faute détachable des fonctions signifie, selon les critères établis par l'arrêt Seusse (*Cass. com., 20 mai 2003, no 99-17.092*), de devoir prouver une faute intentionnelle imputable au dirigeant qui se caractérise par

une particulière gravité et une incompatibilité avec l'exercice normales de ses fonctions sociales.

En pratique, la preuve d'une telle faute se révèle particulièrement délicate à apporter. En effet, la démonstration de l'intention et de la conscience qu'avait le dirigeant de causer un dommage aux tiers est nécessaire à l'engagement de sa responsabilité : une simple faute d'imprudence ou de négligence est insuffisante. Il est laborieux pour le tiers d'établir cet élément intentionnel et ce, d'autant plus qu'il est fréquent que le dirigeant mette les potentiels éléments de preuve hors d'accès. Cette difficulté demeure un frein important à l'engagement de la responsabilité des dirigeants.

De plus, l'étendue de la preuve à apporter dépasse l'existence de la seule faute détachable des fonctions. Les tiers devront en effet également établir la violation des objectifs environnementaux et sociaux ainsi que le lien de causalité entre cette violation et le préjudice qu'ils ont subi.

Bibliographie

J. Raynal, « Maif : Devenir entreprise à mission est extrêmement engageant, pas cosmétique », La Tribune, 07/06/2019

A. Lienhard, « Loi Pacte : consécration de l'intérêt social et des enjeux sociaux et environnementaux », Dalloz actualité, 16/04/2019

R. Mortier, B. Zabala, S. De Vendeuil, « La réforme du droit des sociétés par la loi Pacte - Loi n°2019-486 du mai 2019, Revue Lexis Droit des Sociétés n°6, Juin 2019, étude 8

V. Lafarge-Sarkozy, « Loi Pacte et raison d'être : une réforme nullement symbolique », La Semaine Juridique Edition Générale n°46, 11/11/2019

C. Blondel, M. Lancri, « Intérêt social élargi, raison d'être et société à mission dans la loi Pacte : la grande illusion ? », Revue internationale de la complainte et de l'éthique des affaires n°4, août 2019

B. Baresté, « Loi Pacte : l'intérêt social, une codification en trompe-l'oeil ? », Village Justice, août 2019

B. Brignon, Loi « PACTE » et droit des sociétés : RSE et raison d'être (art. 169), société à mission (art. 176) et contrat de partage de plus-value (art. 162), revue Lexbase Affaires, n° 595, 23 mai 2019.

DG Trésor, Consultation publique sur un projet de décret en Conseil d'Etat relatif aux sociétés à mission, 22/07/2019

Rapport Assemblée Nationale, n°1237, Section 2 Repenser la place des entreprises dans la société

B. Dondero, « La loi Pacte du 22 mai 2019 empêche-t-elle de sanctionner les abus de majorité », Recueil Dalloz 2019 p.1349