

## EDITO

La moisson des derniers mois est évidemment marquée par l'**incidence des régimes d'exception dus à la période d'urgence sanitaire**, en particulier les conditions allégées de réunion et délibération des conseils d'administration ou de surveillance et des assemblées générales, mais également par des travaux (l'AMF sur l'activisme actionnarial, le HCJP sur la responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants en matière sociale et environnementale, la Commission européenne sur la « *sustainable corporate governance* ») qui tous ont pour point central **la question de la gouvernance des sociétés dans un environnement économique, financier, social et sociétal évolutif et incertain**.

**Le bilan des assemblées tenues en période de covid-19 est contrasté**. On y constate un recours généralisé aux assemblées à huis clos et pourtant une nette augmentation de la participation des actionnaires,

à distance, évidemment lorsque cela était possible. S'y ajoutent une tempérance exceptionnelle dans la distribution des dividendes (dans un esprit de prudence mais aussi sous la pression des pouvoirs publics), et un début d'intérêt pour les raisons d'être voire même, dans une bien moindre mesure, pour le statut d'entreprise à mission. **D'où la question de savoir s'il ne faudrait pas intégrer dans le droit commun les facilités exceptionnelles accordées par ces textes d'exception**. S'agissant des assemblées, sans doute faut-il envisager des solutions à mi-chemin entre les exigences actuelles, d'une assemblée exclusivement tenue en présentielle, en partie dépassées, et les assemblée purement virtuelles, qui n'ont plus d'assemblée que le nom.

**En ce qui concerne l'activisme actionnarial, l'AMF suit la même direction que les institutions qui l'on précédée. Elle refuse de stigmatiser cet activisme**, qui peut être considéré comme un Janus, avec un bon côté, l'animation des marchés pour le plus grand avantage des investisseurs et des entreprises, et parfois un mauvais visage quand il prend la forme d'attaques *ad hominem* et laisse craindre un risque de prédation. Aussi, l'AMF entend-elle mieux le détecter, l'encadrer, l'équilibrer et le rendre plus transparent de part et d'autre.

**Le rapport du HCJP donne un éclairage sur la responsabilité des dirigeants et les sociétés au regard des nouvelles dispositions de la Loi Pacte**. Constat est fait que la responsabilité relève du droit commun. Si l'intention du législateur n'a pas été de créer une nouvelle cause de responsabilité, la loi demeure impérative. Il s'agit avant tout d'une incitation, certes légale, de favoriser la prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux dans les décisions de gestion. La mise en place de procédures contraindra les dirigeants à intégrer cette étape et contribuera à légitimer leurs décisions dans l'intérêt social de la société.

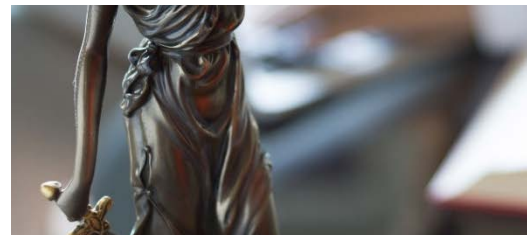
PAGE 3	Bilan des Assemblées Générales tenues en 2020
PAGE 4	<i>Point de vue</i> : Les Assemblées Générales à l'épreuve du Covid : Perspectives d'avenir
PAGES 5-6	Communication de l'AMF sur l'activisme actionnarial
PAGES 7-10	Rapport du Haut Comité Juridique de Place sur la responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants en matière sociale et environnementale
PAGE 11	Consultation de la commission européenne : « <i>Sustainable Corporate Governance</i> »



Enfin, **la Commission européenne aimerait atténuer la pression court-termiste des marchés** en imposant aux sociétés de mieux tenir compte des enjeux sociaux et environnementaux, par nature long-termistes. Elle envisage d'élaborer de nouvelles recommandations à cet effet, voire de réviser certaines directives, notamment celles relatives au droit des sociétés et aux droits des actionnaires.



Nous vous souhaitons une bonne lecture de ce dernier numéro de la Lettre de la Gouvernance et restons à votre écoute pour toute question ou tout commentaire que vous pourriez éventuellement avoir quant à son contenu ●



Retrouvez sur les ondes de Radio KPMG le dossier de ce mois-ci : **Communication RSE et le lien croissant entre indicateurs financiers et extra-financiers.**

Source

<https://home.kpmg/fr/fr/home/campaigns/2019/11/radio-kpmg/les-matinales.html>



# Bilan des Assemblées Générales tenues en 2020

## Synthèse de lecture n°1

Compte-tenu des facilités offertes par l'ordonnance 2020-321 pour permettre la tenue des assemblées en dépit des règles restrictives imposées par la situation sanitaire, la quasi-totalité des assemblées s'est tenue à huis-clos, c'est-à-dire hors la présence des actionnaires, les votes ayant été effectués par correspondance antérieurement à la réunion. Le dialogue actionnarial a parfois été réduit à sa plus simple expression, certaines sociétés ayant toutefois cherché à mettre en œuvre les préconisations de l'AMF.

Pour autant, il y a quelques leçons intéressantes à tirer de ces assemblées, tant s'agissant de la teneur des résolutions adoptées que des conditions de leur adoption.

### I- La teneur des résolutions

**Le phénomène le plus frappant** est celui de l'adoption par une dizaine de grandes sociétés d'une raison d'être. La loi PACTE a été publiée trop tard en 2019 pour que les sociétés aient vraiment le temps de réfléchir à cette question pour leurs assemblées. Certaines toutefois s'étaient engagées assez vite sur ce chemin sans pour autant songer à une modification statutaire.

Le vœu du législateur était que la raison d'être soit insérée dans les statuts, et ce vœu a été satisfait notamment par des acteurs du CAC 40. Les projets de résolution avaient été manifestement bien élaborés si l'on observe que tous ont été adoptés avec des majorités frôlant l'unanimité. Observons que la rédaction de ces raisons d'être est caractérisée le plus souvent par un souci de concision, ce qui semble logique s'agissant de dispositions statutaires. Plus rarement, la raison d'être prend la forme d'un message développé, puisant même parfois dans l'histoire de la société.

Poussant plus loin la démarche, DANONE a adopté le statut d'entreprise à mission, avec également une majorité de 99,42 %. Possible pour des entreprises de taille restreinte qui bénéficient de règles aménagées, la qualité de société à mission peut aussi-être revendiquée par les plus grosses sociétés.

Qu'il s'agisse de raison d'être ou de société à mission, cette volonté de témoigner de son utilité sociale est un phénomène nouveau dans le paysage de la gouvernance ; il dépasse les préoccupations ESG classiques, préoccupations qui ont également marqué les assemblées.

**Un deuxième phénomène** intéressant est celui de la tempérance en matière de dividendes. Les pouvoirs publics avaient appelé les sociétés à ajuster leur politique de distribution de dividendes. Cet appel a été parfaitement entendu. La majorité semble avoir suivi la voie du renoncement, les autres celle de la diminution. Un certain nombre de sociétés ont également choisi d'ajuster les rémunérations de leurs dirigeants.

**Un troisième enseignement** non-négligeable de ces assemblées est le constat d'une élévation du quorum, ce qui témoigne, par-delà la tenue à huis clos, d'une certaine vitalité démocratique.

### II- Les conditions d'adoption des résolutions

La saison des assemblées 2020 aura été le témoin d'une assez forte contestation émanant des actionnaires. Les observateurs (l'IFA, l'Hebdo des AG notamment) ont comptabilisé les résolutions rejetées qui étaient une vingtaine sur un total de 2843, cela à la date du 3 juillet.

De manière plus originale semble se développer l'idée que le seuil de 80 % serait un seuil significatif en deçà duquel la résolution adoptée pourrait faire difficulté : toujours à la date du 3 juillet (statistiques établies par l'IFA), 142 résolutions avaient été adoptées avec une majorité inférieure à 80 %. La question est donc posée par certains de savoir si, au moins dans les codes de gouvernance, cette situation doit appeler des conséquences.

Les conditions d'adoption des résolutions intéressant le *say on pay* ont été scrutées par les observateurs. En retenant ici encore la date du 3 juillet, 65 résolutions portant sur le *ex ante* ou le *ex post* avaient été votées à moins de 80 % de votes favorables ●

# Les Assemblées Générales à l'épreuve du Covid : Perspectives d'avenir

Si l'on essaie de dégager toutes les possibilités permises par les dispositions dérogatoires de la période d'urgence sanitaire, elles sont presque infinies. Sans pouvoir être exhaustif, on peut évoquer les suivantes, à partir de l'expérience récente :

- une assemblée générale sans présent (ni actionnaires, ni dirigeants, ni commissaires aux comptes, ni bureau), sans question, sans débat et sans vote, dont les résultats proviennent des seuls votes antérieurs par correspondance ou par internet et par procuration ;
- une assemblée générale avec les seuls dirigeants, membres du bureau, commissaires aux comptes ou non, sans actionnaire présent, sans question, sans débat et sans vote ;
- une assemblée générale avec des actionnaires présents et des dirigeants, un bureau, des commissaires aux comptes présents (ou non), avec les présentations habituelles de ceux-ci, mais sans question ni débat ni vote, que ce soit par les présents ou par les actionnaires à distance ;
- une assemblée générale constituée des mêmes que précédemment, mais avec la possibilité de poser des questions orales et d'en débattre ;
- Idem avec en plus des questions à distance ;
- Idem avec un vote à distance.

Peut-être n'épuise-t-on pas les figures possibles. Néanmoins, à bien y regarder, on peut regrouper ces diverses formules en quatre principales :

- une assemblée fantôme, sans personne et sans débat ni vote, que ce soit en présence ou à distance ;
- une assemblée passive, avec des présents et des actionnaires à distance, mais sans débat ni vote ;
- une assemblée semi-active, avec des présents et des actionnaires à distance, avec des débats mais sans vote à distance ;
- une assemblée active, avec des actionnaires présents et des actionnaires à distance, des débats et des votes, sur place et à distance.

Certains pourraient avoir la tentation de généraliser les assemblées fantômes en avançant que l'assemblée annuelle des grandes sociétés est souvent devenue un rite, les jeux étant fait par avance par les votes par correspondance et les procurations en blanc envoyées à la société, les présents étant de moins en moins nombreux et une petite minorité n'étant là, parfois, que pour se faire entendre bruyamment. Mais outre que ce n'est pas une généralité, ce serait la négation même de

l'idée d'assemblée générale. Les assemblées, même si elles ne réunissent que peu d'actionnaires, permettent à ceux-ci de s'exprimer publiquement ; ces échanges ne présentent pas seulement d'intérêt pour les présents, mais plus largement pour l'ensemble des actionnaires et pour les investisseurs, les analystes et même au-delà, car les débats sont de plus en plus relayés par les journaux et les réseaux sociaux et peuvent servir de caisse de résonance. Au moment où le thème du dialogue actionnarial prend force, au moment où les entreprises cherchent à s'insérer dans le mouvement de la Société en inscrivant une raison d'être en tête de leurs statuts et en prenant en charge des préoccupations sociales et environnementales, il serait contradictoire qu'elles referment l'enceinte des assemblées.

On peut donc préférer maintenir le principe des assemblées générales. Mais, pour tenir compte de la faiblesse grandissante du nombre de présents et en considération de l'appétence manifeste des actionnaires pour les connexions à distance, ce que les assemblées tenues en période d'urgence sanitaire ont démontré, la voie à privilégier serait probablement celle des assemblées conjuguant réunion physique et connexion à distance.

Reste à régler la question du vote à distance. Beaucoup semblent considérer que la technique est trop lourde et pas suffisamment au point pour assurer sa fiabilité, ce que des spécialistes semblent pourtant estimer aujourd'hui parfaitement possible en toute sécurité. Notons que nombre d'assemblées générales de très grandes sociétés aux Etats-Unis se tiennent à distance, avec connexion en temps réel et avec vote. Cependant, on ne croit pas, dans l'état actuel des esprits, qu'il serait possible de permettre la seule participation à distance et de supprimer toute participation physique. Peut-être l'envisagera-t-on un jour, mais l'heure ne paraît pas venue ●

# Communication de l'AMF sur l'activisme actionnarial

## Synthèse de lecture n°2

Après les rapports de la Commission spéciale de l'Assemblée nationale, présidée par Eric Woerth et Benjamin Dix, en octobre 2019, du Club des juristes en novembre 2019, de l'AFEP en décembre 2019, de Paris Europlace en janvier 2020, l'AMF vient à son tour de livrer une communication sur l'activisme actionnarial. Pas de surprise dans cette communication, qui ne se démarque pas des grandes orientations des précédents rapports et en partage l'arrière-plan, mais des propositions que l'on présente ci-après.

L'AMF commence par reconnaître qu'il y a un relatif consensus pour admettre l'utilité de l'activisme actionnarial dans le processus de formation des prix, l'amélioration de la gouvernance des entreprises et la défense des intérêts des actionnaires minoritaires. Comme bien d'autres phénomènes, l'activisme actionnarial n'est pas une mauvaise chose en soi, tout dépend de l'usage que l'on en fait. Il ne faut pas regretter que des actionnaires se montrent plutôt actifs que passifs, mais évidemment des débordements et excès sont toujours possibles et peuvent nuire à l'entreprise et au marché. Comme elle l'indique, l'activisme actionnarial est un phénomène protéiforme qui ne peut appeler de réponse uniforme du régulateur.

Tout en rappelant qu'elle est légitime à s'y intéresser parce qu'elle doit veiller à la protection de l'épargne, à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés en prenant en compte les objectifs de stabilité financière, l'AMF n'entend pas sortir de son rôle et de ses missions.

Elle rappelle d'abord qu'elle effectue déjà un suivi étroit des interventions des investisseurs, aux fins notamment de faire respecter la réglementation relative à la communication des informations, en particulier s'agissant des franchissements de seuils et déclarations d'intention, des recommandations d'investissement et plus généralement des abus de marché et de la diffusion de fausses informations. Ainsi, effectue-t-elle un examen systématique des informations publiées et les croise-t-elle avec l'évolution du marché, et les publications ayant un impact sur le cours des titres font l'objet d'analyse approfondie.

De manière générale, en cas de campagne activiste, l'AMF n'hésite pas à exiger plus de transparence et à appeler les protagonistes à la modération si nécessaire.

S'agissant de l'activisme « court », c'est-à-dire positionné à la baisse, elle effectue une analyse des déclarations des positions courtes-nettes reçues en application du Règlement sur les ventes à découvert. Ces déclarations sont croisées avec les données disponibles sur les suspens du règlement-livraison et sur le marché du prêt-emprunt des titres concernés, ainsi qu'avec les communications publiques des activistes, notamment sur les réseaux sociaux.

L'AMF estime que l'activisme actionnarial n'appelle pas d'évolution majeure de la réglementation en vigueur, laquelle relève largement du cadre européen. Cependant, dans le prolongement des rapports précédents, elle formule plusieurs propositions, qui sont destinées à renforcer la transparence des opérations et des marchés mais également à accroître ses capacités d'analyse et de réaction en cas de campagne activiste.

A titre liminaire, elle rejette toute tentative de définir l'activisme actionnarial compte tenu de son caractère hétérogène qui rend impossible toute définition, sauf à se situer à un niveau de généralité qui n'aurait aucun intérêt. En conséquence, elle rejette l'idée d'un régime juridique spécifique aux actionnaires activistes.

Son premier thème est relatif à la transparence de la montée au capital et à la connaissance de l'actionnariat.

Elle propose d'accroître la transparence de la montée au capital et d'améliorer la connaissance de l'actionnariat en adoptant un premier seuil légal de déclaration de franchissement à 3 % du capital ou des droits de vote, comme dans de nombreux pays de l'Union européenne. Elle aimerait y ajouter une information complémentaire concernant la détention d'instruments financiers à composante optionnelle à des fins de couverture comme, par exemple, les options de vente ou les options d'achat.

Pour les franchissements de seuils statutaires, l'AMF estime que la liberté contractuelle doit continuer de prévaloir. Pour autant, elle estime opportun de prévoir un mode de calcul uniforme en prenant en compte les assimilations prévues à l'article L. 233-9 du Code de



commerce (actions ou droits détenus par d'autres pour le compte de l'intéressé, actions qu'il est en droit d'acquérir à sa seule initiative, actions détenues via un dérivé, etc.). Elle propose également que les émetteurs dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé rendent publiques sur leur site internet les déclarations de franchissement de seuil statutaire qui leur sont adressées. Elle appelle de ses vœux une clarification de la sanction civile, qui continue de faire débat actuellement.

■■■■■ Son **deuxième thème** est relatif à l'égalité des armes et au dialogue actionnarial.

A ce titre, elle envisage de compléter son « Guide de l'information permanente et de la gestion de l'information privilégiée » afin d'y ajouter des développements et recommandations sur le dialogue actionnarial. Elle est, à cet égard, favorable au développement des plateformes d'échanges des émetteurs.

Elle précise que sa Position-recommandation n°2016-08 n'a jamais eu pour objet d'interdire à un émetteur de communiquer en période de silence en réponse aux éventuelles critiques d'un investisseur, mais elle envisage de l'indiquer clairement dans son document. De même, elle recommandera à tout actionnaire qui initie une campagne publique de communiquer sans délai à l'émetteur concerné les informations substantielles qu'il adresse aux autres actionnaires. Enfin, s'agissant de l'éventuelle application du régime des recommandations aux déclarations publiques des investisseurs activistes, elle entend effectuer une démarche auprès de l'ESMA et de la Commission européenne afin de solliciter des précisions interprétatives concernant le champ d'application du Règlement, de même que sur les conflits d'intérêt.

■■■■■ Le **troisième thème** est relatif aux ventes à découvert et à l'encadrement du prêt de titres.

L'AMF commence par rappeler que les campagnes fondées sur des ventes à découvert massives sont très rares et que le cadre existant lui permet de réagir en cas de circonstances exceptionnelles et de fonctionnement anormal du marché. Elle envisage néanmoins d'exiger que soit complétée la déclaration des positions nettes sur actions par une information sur les instruments de dette (obligations et CDS en particulier) concomitamment détenus par l'investisseur.

S'agissant des prêts de titres, elle constate que les actionnaires activistes y recourent très peu. Néanmoins, elle entend rappeler par une recommandation les bonnes pratiques que constituent, pour les gérants de fonds, le rapatriement des titres prêtés et l'exercice effectif de leurs droits de vote.

■■■■■ Le **quatrième thème** est aux procédures et au rôle de l'AMF et de l'ESMA.

L'AMF réaffirme sa détermination de réduire la durée des enquêtes et de l'instruction des dossiers répressifs. Elle met en avant la célérité et la simplicité de sa procédure de composition administrative, dans les limites de l'encadrement imposé par l'arrêt du Conseil d'Etat du 20 mars 2020. Elle n'envisage pas l'instauration d'une procédure de référé préconisée par certains rapports précédents.

Elle aspire néanmoins à trois réformes : lui accorder un pouvoir d'astreinte en matière d'injonction administrative ; lui permettre d'ordonner à tout investisseur ayant une exposition économique sur les titres d'un émetteur coté de procéder à des publications rectificatives ou complémentaires ; étendre aux actionnaires de l'initiateur d'une campagne activiste ou de la société visée une obligation de vigilance particulière dans leurs déclarations ●



# Rapport du Haut Comité Juridique de Place sur la responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants en matière sociale et environnementale

## Synthèse de lecture n°3

Le 19 juin 2019, le Haut Comité Juridique de Place (HCJP) a publié le rapport de son groupe de travail sur la responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants en matière sociale et environnementale.

Ce rapport examine les normes existantes en matière de RSE et les nouveautés introduites par la Loi Pacte. Il analyse aussi les conséquences sur le régime de la responsabilité civile en matière de RSE suite aux modifications apportées aux articles 1833 et 1835 du Code Civil.

Si la loi impose désormais aux dirigeants de prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux, le rapport s'interroge sur le risque de contentieux associé à cette réforme. La réponse n'apparaît pas évidente et les avis semblent diverger quant à l'accroissement possible des actions contentieuses sur le fondement de la responsabilité civile (responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants).

Dans ce contexte, nous revenons ici plus précisément sur i) les obligations associées à la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux dans le processus de décision des organes de gouvernance et ii) les conséquences des nouveautés introduites par la loi Pacte en matière de responsabilité civile.

### I. La prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux dans le processus de décision des organes sociaux

La Loi Pacte a modifié certaines dispositions du Code civil<sup>(1)</sup>. L'article 1833 du Code civil a été complété en indiquant que : « *La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* » et l'article 1835 dispose désormais que « *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* ».

Selon le rapport du HCJP, l'article 1833 érige en principe la gestion de la société (civile ou commerciale) conformément à son intérêt social et, en l'absence de définition légale, consacre la notion jurisprudentielle de l'intérêt social au sein du Code civil.

Or, la jurisprudence tend à considérer l'intérêt social comme celui de la société, c'est-à-dire autonome de celui des associés. Sans préciser ce qu'il est, elle s'attache à analyser les conséquences de l'acte de gestion (ou de l'action) sur le préjudice causé à la société (risque pénal, fiscal, de continuité d'exploitation...)<sup>(2)</sup>.

### Comment s'articule la prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux avec l'intérêt social de la société ?

Si les avis peuvent être partagés sur la question, l'analyse des travaux parlementaires réalisée par le groupe de travail du HCJP met en exergue l'exposé des motifs d'un amendement dit de « ponctuation significative »<sup>(3)</sup> pour éclairer le lecteur sur les intentions du législateur :

« *Cet amendement précise que la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux de l'activité d'une société s'inscrit pleinement dans le principe de gestion de la société dans son intérêt social. [...] Les dirigeants de la société, en charge de sa « gestion », devront bien prendre en considération les enjeux environnementaux et sociétaux lorsqu'ils rechercheront d'agir dans l'intérêt social. C'est le sens profond de la réforme* ».

(1) Article 169 de la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

(2) Intervention du Professeur Didier Poracchia sur la notion de l'intérêt social en jurisprudence (voir Annexe 3 - rapport du HCJP).

(3) Exposé des motifs, Amendement n°1477, déposé par C. Dubost et R.Lescure, Ass. Nat., 3 sept. 2018.



La prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux ne peut se faire ainsi en dehors, « de façon déconnectée »<sup>(4)</sup>, de la décision de gestion prise dans l'intérêt social de la société. Le rapport précise aussi que l'intérêt social de la société n'est pas à confondre avec l'intérêt social des parties prenantes, extérieures à la société même s'il peut intégrer leur protection.

### Qui est débiteur de l'obligation ?

Cette question a fait l'objet de débats au sein du groupe de travail. A la lettre du texte<sup>(5)</sup>, les débiteurs de l'obligation sont les dirigeants personnellement en charge de la gestion de la société. Il n'est toutefois pas exclu qu'elle soit opposable aux associés et, pour la majorité des membres du groupe de travail, qu'elle relève également de la responsabilité de la société elle-même, personne morale.

### Quelle est la nature de l'obligation ?

Le groupe de travail s'appuie sur un jugement récent du Tribunal de grande instance de Paris<sup>(6)</sup> pour éclairer le lecteur sur cette question. Il indique que « le fait de devoir prendre en considération l'impact des décisions de la société sur les enjeux sociaux et environnementaux oblige les organes sociétaires à intégrer ces impacts dans leur processus de décision. L'analyse de l'impact social et environnemental est désormais obligatoire ». Il rappelle également qu'une obligation d'information existait déjà pour les sociétés cotées et dépassant certains seuils.

Le non-respect de ces nouvelles dispositions ne sera pas toutefois sanctionné par la nullité<sup>(7)</sup>. Au cours des débats parlementaires, le gouvernement a par ailleurs

précisé que l'utilisation de l'expression « prendre en considération » n'induit pas une obligation de résultat mais constitue une obligation de moyens à la charge de la société. Le Ministre de l'Economie et des Finances, Monsieur Bruno Le Maire, a ainsi fait remarquer qu'« en l'état actuel du texte, [il était] simplement [demandé] à l'entreprise d'estimer les conséquences sociales et environnementales de ses choix avant de prendre ses décisions, ni plus, ni moins »<sup>(8)</sup>.

### Quel est le contenu de cette nouvelle obligation ?

Le rapport précise que le législateur n'a pas détaillé, ni renseigné ou précisé le contenu de cette nouvelle obligation. Il s'agirait d'une « obligation de réflexion sur les conséquences des décisions prises. Dans le cadre de cette réflexion, il faudra faire preuve de prudence et de diligence ». Un parallèle est également fait avec la notion retenue par les principes directeurs de l'OCDE : « exercice d'une diligence raisonnable »<sup>(9)</sup>. Cela suppose la mise en place de procédures établies et détaillées (identifier, prendre en compte, rendre compte, mettre en place un plan d'action et agir)<sup>(10)</sup>.

### Quelles sont les obligations qui s'imposent aux organes sociaux des sociétés anonymes ?

Si les nouvelles dispositions de l'article 1833 du Code civil semblent s'imposer à tout dirigeant de société, le Code de commerce<sup>(11)</sup> précise les obligations des organes sociaux des sociétés anonymes en matière sociale et environnementale. Dans le respect de l'intérêt social, il impose aux organes sociaux de prendre en compte les enjeux sociaux et environnementaux dans les décisions relatives aux orientations de l'activité et leur suivi.

(4) Ass. Nat., Rapport de la Commission spéciale, t. I, enregistré à la présidence de l'Ass. nat. le 15 sept. 2018, p. 26.

(5) Alinéa 2 de l'article 1833 du Code civil.

(6) Tribunal de grande instance de Paris, 31e chambre – 2e section, 20 déc. 2019, n°0935790257

(7) L'article 1844-10 du Code civil dispose désormais que « 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. (...) 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 ».

(8) Rapport de la Commission spéciale de l'Assemblée nationale n°1237, Tome II, P88 et 883.

(9) Principes directeurs de l'OCDE de 1976 revus en 2011, Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises en 2018.

(10) Cf. « La diligence raisonnable en matière de RSE – recueil de pratiques opérationnelles des entreprises de l'AFPE, 2017 ».

(11) Articles L. 225-35 et L. 225-64 du Code de commerce. Les organes sociaux des sociétés anonymes se doivent de déterminer « les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre, conformément à son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ».



Les organes sociaux prennent « également en considération, s'il y a lieu, la raison d'être de la société définie en application de l'article 1835 du Code civil ». Ils sont ainsi contraints de respecter ces nouvelles obligations dans l'exercice de leurs fonctions.

### Quelles sont les modalités de prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux dans le processus de décision des organes sociaux ?

La loi Pacte encadre le moment où la décision est prise. La société et ses dirigeants se doivent ainsi d'être en mesure de documenter la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux au moment de la décision<sup>(12)</sup>. Cela permettrait aux dirigeants de justifier leurs décisions et de se prémunir contre le risque de contentieux.

Les parties prenantes (salariés, clients, fournisseurs, ONG...) doivent aussi pouvoir être consultées en amont de la prise de décision notamment lorsque que celle-ci peut avoir une incidence significative sur l'intérêt ou la situation de tiers à la société.

Le rapport relève toutefois que les sociétés d'une certaine taille, et notamment les sociétés cotées, n'ont pas attendu les nouvelles dispositions de l'article 1833 du Code civil pour mettre en place des procédures leur permettant d'identifier les risques sociaux et environnementaux associés à leur activité. La plupart d'entre elles disposent de comités spécifiques en charge des questions RSE et d'une direction de la conformité et/ou des risques. Le comité d'audit joue également un rôle très important dans la mesure où il est responsable, en vertu de la loi, du suivi de l'efficacité et de la fiabilité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques. Pour les sociétés de plus petites tailles, les changements seront très certainement plus significatifs.

### Faut-il inscrire la raison d'être de la société dans les statuts ?

Le code civil a ouvert la faculté pour les sociétés d'adopter dans leurs statuts une raison d'être<sup>(13)</sup> : « 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 ».*

L'introduction d'une raison d'être dans les statuts contraint la société à se conformer aux principes édictés et d'affecter les moyens nécessaires. Plus celle-ci sera rédigée dans des termes précis et formulée sous forme d'engagements ou d'objectifs, plus elle sera susceptible de donner lieu à une action en responsabilité de la part de tiers qui seraient en mesure d'établir un manquement à la raison d'être. Toutefois, une décision prise en violation de la raison d'être ne devrait pas encourir de nullité.

### Quels sont les enjeux associés au statut de société à mission ?

En se dotant d'objectifs<sup>(14)</sup> sociaux et environnementaux qu'elle se donne pour mission de poursuivre dans le cadre de ses activités en complément de la raison d'être inscrite dans les statuts, la société s'engage davantage et s'expose en conséquence à un risque juridique plus fort dans l'hypothèse où ces objectifs ne seraient pas atteints. Toutefois, le comité de mission doit assurer le suivi de ces objectifs et l'intervention d'un OTI doit permettre par ses vérifications d'exercer un contrôle. Le rapport du HCJP indique ainsi que le contentieux devrait normalement être limité.

## II. Le régime de la responsabilité civile en matière de RSE après la loi Pacte

Le rapport du HCJP constate que les avis divergent quant au risque d'accroissement du nombre d'actions en responsabilité visant les sociétés et leurs dirigeants. Il n'en demeure pas moins que les risques réputationnel et médiatique qui s'inscrivent dans l'immédiateté sont tout autant sources de préoccupations pour les sociétés.

(12) Cf. Audition du Professeur Pierre Berlioz – Rapport du HCJP sur la responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants en matière sociale et environnementale (§98 et suivants, p48).

(13) Article 1835 du Code civil.

(14) Article L.210-1 du Code de commerce



### Quelle est la responsabilité civile de la société ?

La responsabilité civile de la société demeure gouvernée par les règles de droit commun. Elle reste subordonnée à la preuve de la réunion de l'existence d'un fait générateur (la faute), d'un préjudice, et d'un lien de causalité entre ces deux éléments.

En l'absence d'indications formulées par le législateur quant aux modalités de la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux dans la gestion de l'activité de la société, la doctrine reconnaît dans cette situation que le « juge civil doit se référer, pour déterminer l'attitude qui devrait être observée par ceux qui ont participé à la réalisation du dommage à un type abstrait, celui de "l'homme normal", ou de "l'homme raisonnable et avisé" ». Ce standard devra être adapté en fonction de la taille, de la nature de l'activité, des ressources de la société.

Sans avoir à contrôler l'opportunité de la décision de gestion, le juge devrait se limiter à rechercher si la décision a été prise de manière raisonnable par un organe normalement diligent.

### Quelle est la responsabilité civile des dirigeants ?

Le rapport du HCJP expose les différentes actions susceptibles d'être engagées par les associés à l'encontre des dirigeants (action *ut singuli*, action *ut universi*, action individuelle) ainsi que celles pouvant être engagées par des tiers.

Toutefois, il relève que la mise en place d'une procédure au sein de la société contraindra les dirigeants à intégrer dans leur processus de décision l'étape aujourd'hui rendue nécessaire de l'examen des enjeux sociaux et environnementaux. Si les procédures et les organes de décisions jouent leur rôle, le dirigeant ne devrait pas manquer à ses obligations de diligence et risquer la sanction ●



# Consultation de la Commission européenne : « Sustainable Corporate Governance »

## Synthèse de lecture n°4

A la fin du mois de juillet 2020, la Commission européenne a rendu public son rapport visant à promouvoir un cadre de gouvernance unifié à l'échelle européenne qui tienne compte davantage des enjeux sociaux et environnementaux de long terme. Ce rapport a été publié dans la continuité du plan d'action de la Commission en faveur du financement de la croissance durable (action n°10) et propose des pistes de réflexion pour faire évoluer la réglementation. Les conclusions du rapport sont soumises à consultation jusqu'au 8 octobre 2020.

Ces conclusions mettent en avant la pression court-termiste exercée par les marchés sur les sociétés cotées au sein de l'UE ainsi que le manque de perspectives stratégiques visant à intégrer les risques et opportunités associés au développement durable. Elles encouragent aussi la prise en compte d'objectifs sociaux et environnementaux dans la rémunération des mandataires sociaux.

Le commissaire à la Justice, Didier Reynders, a fait savoir à l'occasion de la publication du rapport qu'il était déterminé à mettre en place un cadre de gouvernement d'entreprise « durable ». Par durable, il entend encourager les entreprises à prendre en considération dans leurs décisions l'impact environnemental, social et humain à long terme.

A ce titre, la Commission se montre favorable à l'adoption de règles contraignantes imposant à la fois une responsabilité accrue pour les administrateurs et

des diligences renforcées pour les entreprises. L'initiative vise à garantir que les enjeux de développement durable soient davantage intégrés dans la gouvernance d'entreprise afin d'aligner les intérêts à long terme de l'entreprise, des actionnaires, et des parties prenantes. Elle vise aussi à établir une sécurité juridique et des conditions de concurrence équitables sur les mesures nécessaires à prendre par les entreprises pour identifier, évaluer et atténuer les effets négatifs de leurs activités sur l'environnement.

Les travaux de la Commission pourraient conduire à l'élaboration de nouvelles recommandations et/ou à la révision de certaines directives européennes<sup>(15)</sup>.

La Commission relève que certains États membres ont déjà légiféré en matière de gouvernance d'entreprise « durable » (France, Pays-Bas, Italie), tandis que d'autres envisagent une action (Allemagne, Finlande, Suède, Autriche, Danemark, Luxembourg). Seulement, elle considère qu'il est peu probable que les mesures prises par les États membres agissant seuls soient suffisantes et pleinement efficaces, car les enjeux de développement durable sont de dimension mondiale. Une législation à l'échelle de l'Union européenne pourrait ainsi créer un effet de levier au-delà des frontières nationales ●

### Textes d'origine

Consultation de la Commission européenne « Sustainable corporate governance »  
<https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainable-corporate-governance>

*Study on directors' duties and sustainable corporate governance*  
<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e47928a2-d20b-11ea-adf7-01aa75ed71a1/language-en>

(15) Notamment la directive (UE) n°2017/1132 relative au droit des sociétés ou encore la directive (UE) n°2007/36 relative aux droits des actionnaires des sociétés cotées. Cette initiative est aussi complémentaire à la révision de la directive (UE) n°95/2014 relative à l'information non financière.

# Contacts :

## **Franck Bernauer**

Avocat Associé, Head of Legal

KPMG Avocats

Tél : +33 1 55 68 48 13

E-mail : [fbernauer@kpmgavocats.fr](mailto:fbernauer@kpmgavocats.fr)

## **Jean-Sébastien Puthod**

Directeur de missions, Capital Markets

KPMG

Tél : +33 1 55 68 75 30

E-mail : [jputhod@kpmg.fr](mailto:jputhod@kpmg.fr)

### **Contact publication :**

Pour abonner une de vos relations professionnelles, recevoir la Lettre de la Gouvernance en format électronique uniquement, changer vos coordonnées, adressez-nous un e-mail à : [lettrekpmgdegouvernance@kpmg.fr](mailto:lettrekpmgdegouvernance@kpmg.fr)

### **Pour retrouver les numéros précédents :**

<https://home.kpmg/fr/fr/home/insights/2016/07/la-lettre-de-la-gouvernance0.html>

Vos données personnelles sont traitées par KPMG S.A., agissant en qualité de responsable de traitement, aux fins d'information Elles sont exclusivement destinées à KPMG\*, et dans certains cas à ses partenaires et à ses sous-traitants. Vos données sont susceptibles d'être transférées vers un pays tiers. Ce transfert est effectué conformément à des garanties appropriées. Vos données personnelles sont conservées durant au moins trois ans.

Vous disposez d'un droit d'accès et de rectification aux données vous concernant, d'un droit de suppression, d'un droit à la portabilité, d'un droit de donner des directives sur le sort de vos données en cas de décès, d'un droit à la limitation du traitement de vos données, du droit de vous opposer à leur traitement, ainsi que d'un droit d'introduire une réclamation auprès de la CNIL. Vous pouvez exercer vos droits et demander une copie des garanties appropriées en vous rendant sur le site KPMG.FR rubrique « gérer vos données ».

Vous avez la possibilité de vous désabonner de nos communications en envoyant un email à [fr-privacy@kpmg.fr](mailto:fr-privacy@kpmg.fr) ou à l'adresse postale suivante : À l'attention du DPO – Tour Eqho – 2 Avenue Gambetta, 92066 Paris La Défense.

\* «KPMG» désigne KPMG S.A., une société anonyme de droit français, dont le siège social se situe à Tour Eqho, 2 avenue Gambetta CS 60055 – 92066 Paris La Défense Cedex, les entités qu'elle détient et contrôle en France, ainsi que KPMG Associés, KPMG Academy, KPMG Avocats, et la Fondation d'entreprise KPMG France »

Les informations contenues dans ce document sont d'ordre général et ne sont pas destinées à traiter les particularités d'une personne ou d'une entité. Bien que nous fassions tout notre possible pour fournir des informations exactes et appropriées, nous ne pouvons garantir que ces informations seront toujours exactes à une date ultérieure. Elles ne peuvent ni ne doivent servir de support à des décisions sans validation par les professionnels ad hoc. KPMG S.A. est le membre français du réseau KPMG International constitué de cabinets indépendants adhérents de KPMG International Cooperative, une entité de droit suisse (« KPMG International »). KPMG International ne propose pas de services aux clients. Aucun cabinet membre n'a le droit d'engager KPMG International ou les autres cabinets membres vis-à-vis des tiers. KPMG International n'a le droit d'engager aucun cabinet membre.

© 2020 KPMG S.A., société anonyme d'expertise comptable et de commissariat aux comptes, membre français du réseau KPMG constitué de cabinets indépendants adhérents de KPMG International Cooperative, une entité de droit suisse. Tous droits réservés. Le nom KPMG et le logo sont des marques déposées ou des marques de KPMG International. Imprimé en France. Conception - Réalisation : KPMG - Studio OLIVER – Septembre 2020.