

Intérêt social et RSE face à la pandémie Covid-19

Armand W. Grumberg, avocat, associé, Head of European M&A, François Barrière, avocat, French Counsel, professeur à l'Université Lumière Lyon 2, Aurore Martinelli, avocate ; Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP

« *Repenser la place des entreprises dans la société* » – tel était l'un des sous-titres de la loi relative à la croissance et à la transformation des entreprises, dite loi PACTE¹, et la philosophie sous-jacente à l'élaboration de ce texte. Figurent notamment parmi les objectifs annoncés de la loi PACTE la préservation des intérêts de long terme des sociétés, la recherche d'une plus grande confiance entre les entreprises et les citoyens ainsi que la promotion d'un capitalisme plus responsable sur le plan social et environnemental². On devine de cette loi la volonté des pouvoirs publics de limiter les intérêts financiers purement court-termistes des entreprises et de réconcilier le droit des sociétés avec le grand public, afin de développer un véritable "droit des sociétés sociétal".

Cette philosophie rejaillit particulièrement dans la modification de l'[article 1833 du Code civil](#) : l'article 61 de la loi PACTE y ajoute en effet un deuxième paragraphe qui dispose: « *La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* »³. L'intérêt social, notion jurisprudentielle dont il est admis qu'elle représente la boussole aux actions initiées par les organes sociaux de chaque entreprise, est, avec l'adoption de la loi PACTE, expressément consacré par la loi, en faisant référence directement à l'intérêt de la société, c'est-à-dire de la personne morale elle-même.

L'intérêt social et la prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux

Le texte présente une nouveauté : il invite les sociétés à prendre en compte les enjeux sociaux et environnementaux de la société⁴, sans pour autant les obliger à trancher leurs décisions en fonction de ces seuls critères⁵. La personne morale ne peut donc pas ignorer les intérêts de ses parties prenantes – salariés, fournisseurs et clients notamment – lors de la prise de décisions.

Ces intérêts, dont les très grandes sociétés étaient familières⁶, sont mis en avant pour la première fois au sein du Code civil et devront être pris en compte par toutes les sociétés. La considération des enjeux sociaux et environnementaux a ainsi pour objet d'inciter les sociétés à examiner, dans l'accomplissement de leur objet statutaire, l'impact social et environnemental de leur activité et de permettre le cas échéant

¹ [Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.](#)

² Rapport remis au Premier ministre le 9 mars 2018 par Mme Nicole Notat et M. Jean-Dominique Senard, intitulé : « [L'entreprise, objet d'intérêt collectif](#) ».

³ Les articles L. 225-35 et L. 225-64 du Code de commerce ont également été modifiés en ce sens, et mettent à la charge du conseil d'administration ou du directoire les nouvelles exigences issues de l'article 1833 al.2 C.civ.

⁴ Sur l'imprécision de cette notion, v. A. Tadros, *Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société* dans le projet de loi PACTE, *Recueil Dalloz* 2018, p. 1765.

⁵ Avis du Conseil d'Etat sur le projet de loi PACTE, 14 juin 2018.

⁶ C.com., art.. L.225-102-1.

de mettre en balance celui-ci avec les autres intérêts dont elles ont la charge. Le processus de prise de décision, qui doit examiner ces enjeux, variera notamment selon la nature de l'activité, de la taille, de la forme juridique et de l'objet des sociétés concernées. Les très grandes entreprises supporteront *a priori* une pression plus importante pour intégrer les aspects sociaux et environnementaux dans leur prise de décision.

Moins d'un an après l'entrée en vigueur de la loi PACTE, les défis engendrés par la pandémie de Covid-19 donnent un relief particulier au nouvel alinéa 2 de l'article 1833 du Code civil. L'ampleur de la crise contraint en effet les sociétés à naviguer dans un environnement inédit et à répondre aux défis humains, sociaux et environnementaux engendrés par cette crise.

La prise en compte de la sécurité des salariés et des intérêts des parties prenantes de la société, conforme à l'intérêt social

Evidemment, cette crise sanitaire sans précédent amène à devoir prendre en compte, au titre des enjeux sociaux, la sécurité des salariés et plus généralement des parties prenantes de la société. L'intérêt social permet la prise en considération des composantes sociales et environnementales ; agir conformément à ces dernières peut être conforme à l'intérêt de la personne morale, même en l'absence de retombées économiques directes, voire en cas de coûts supportés par celle-ci.

Les mandataires sociaux qui décident de mettre en œuvre certaines lignes de production pour répondre aux besoins de la population française agissent en conformité avec leur intérêt social, à l'instar de LVMH qui s'est mobilisé pour produire du gel hydroalcoolique et des masques à destination des hôpitaux français, ou encore de Pernod Ricard qui a fourni gratuitement des milliers de litres d'alcool pur pour la production de gel hydroalcoolique. Il en est de même pour de nombreuses entreprises textiles qui, face à la pénurie, ont initié, aussi bien au niveau local que national, une production de masques en tissu. Citons aussi les sociétés qui se sont engagées à ne pas recourir au chômage partiel financé par l'État français : Total a annoncé maintenir le salaire de base de ses collaborateurs en France et dans le monde sans avoir recours aux aides publiques exceptionnelles des différents états. Chanel a également suivi cette voie.

Le conseil d'administration devra être particulièrement vigilant, afin non seulement de veiller à la bonne application des orientations qu'il aura arrêtées, mais aussi car il peut – selon la lettre du Code de commerce – mais sans doute également doit, selon les circonstances, se saisir de toute question intéressant la bonne marche de la société, afin de régler par ses délibérations les affaires qui la concernent. Le conseil d'administration se doit également, *a fortiori* en cette période qui fait surgir des risques particuliers et de nouveaux défis, de procéder aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns.

Ces obligations traditionnelles prennent d'autant plus de relief aujourd'hui qu'elles doivent être mises en œuvre afin de s'assurer du respect de l'intérêt social et en prenant en considération "*les enjeux sociaux et environnementaux*" de l'activité de la société. À cet égard, la pratique de certains conseils d'administration de comporter en leur sein un comité social et environnemental sera fort probablement

généralisée⁷, afin de mieux répondre à cette exigence. Leur objectif sera d'aborder de manière experte et efficace les nouvelles problématiques qui pourraient se poser, et notamment d'évaluer les décisions de gestion au regard des enjeux sociaux et environnementaux. L'AMF avait à ce titre déjà recommandé que les sociétés disposent d'un comité spécialisé traitant des questions sociales, sociétales et environnementales⁸.

Les diverses actions mises en œuvre par les sociétés dans le contexte de la pandémie actuelle – qui n'ont évidemment pas été intégrées dans le "*business plan*" annuel – s'inscrivent naturellement dans une logique de responsabilité sociétale des entreprises : les conseils d'administration seront donc certainement amenés à brève échéance à se saisir de l'adéquation de leur politique de RSE face à la situation en cause et le cas échéant à les adapter. Le développement de la RSE s'inscrit dans l'intérêt social de la personne morale qui le met en œuvre, à l'instar de certains groupes de sociétés – Danone en tête – qui ont développé des filiales dédiées au "*social business*"⁹ bénéficiant directement à des personnes tierces à la personne morale, mais également à la personne morale elle-même tant en termes de retombées médiatiques, de notoriété que d'état d'esprit des salariés.

Les déclarations de performance extra-financière au titre du code de commerce

La RSE s'est progressivement intégrée dans le quotidien de certaines entreprises, notamment cotées¹⁰, plusieurs étant amenées à établir des déclarations de performance extra-financière, intégrées dans leur rapport de gestion présenté à l'assemblée générale annuelle des actionnaires. Cette obligation de déclaration prend aujourd'hui sa source dans la [directive n° 2014/95/UE](#) du 22 octobre 2014 relative à la publication par les entreprises d'informations extra-financières et d'informations relatives à la diversité – elle-même inspirée de la [loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010](#) portant engagement national pour l'environnement, dite Grenelle II –, transposée par l'[ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017](#) notamment au sein des articles L. 225-102-1 et R. 225-105 du Code de commerce. Selon ces textes, les sociétés concernées sont tenues de publier :

- une description des principaux risques extra-financiers liés à l'activité de la société,

⁷ 44 % des sociétés du SBF120 disposent à ce jour d'un comité RSE ou similaire (Panorama de la gouvernance, Labrador & EY, 2019).

⁸ Recommandation AMF DOC-2016-13, Responsabilité sociale, sociétale et environnementale, recommandation n° 10.

⁹ D. Hurstel, Le social business : un nouveau type d'intérêt social ou d'intérêt de l'entreprise, in La micro-finance : du micro-crédit au social business, LexisNexis, 2010, p. 141 et s.

¹⁰ L'article R. 225-104 du Code de commerce précise les seuils à partir desquelles les sociétés françaises sont tenues d'effectuer une déclaration de performance extra-financière :

- pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, 20 millions d'euros pour le total du bilan, 40 millions d'euros pour le montant net du chiffre d'affaires et 500 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice ;

- pour les sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé, 100 millions d'euros pour le total du bilan et le montant net du chiffre d'affaires et 500 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice.

(cont'd)

- une description des politiques RSE appliquées par la société et les procédures mises en œuvre pour prévenir, identifier et atténuer la survenance de ces risques, et
- les résultats de ces politiques, incluant des indicateurs clés de performance.

Dans la perspective d'une meilleure lisibilité de la déclaration de performance extra-financière, il apparaît important pour les sociétés concernées d'opter pour des indicateurs clés de performance pertinents¹¹ et clairement définis et de justifier ce choix¹². Les lignes directrices de la Commission européenne sur l'information non financière, publiées en 2017, précisent également les caractéristiques que devraient revêtir ces indicateurs, notamment : "*Les sociétés sont encouragées à publier des [indicateurs clés de performance] significatifs, généraux comme sectoriels. En tenant compte de leur situation particulière et des besoins en information des investisseurs et des autres parties prenantes, les sociétés devraient donner une image fidèle et équilibrée en utilisant à la fois des [indicateurs clés de performance] généraux, sectoriels et qui leur sont propres.*"

Le reporting extra-financier au titre du Règlement Prospectus

En outre, le législateur européen est venu étoffer son arsenal législatif avec l'adoption du "Règlement Prospectus 3"¹³, qui renforce les aspects extra-financiers du *reporting* des entreprises. En particulier, l'annexe I du [règlement délégué \(UE\) 2019/980](#) du 14 mars 2019 oblige les émetteurs à présenter dans leur nouveau document d'enregistrement universel (DEU) leur stratégie et objectifs extra-financiers, ainsi qu'à indiquer des indicateurs de performance non-financiers dans l'analyse du résultat de leur activité. Ces nouvelles exigences extra-financières sont disséminées au sein du document d'enregistrement universel – les éléments non-financiers sont mis en avant dans différentes sections des DEU, relatives par exemple à l'évolution de la société, l'analyse des résultats, les objectifs et stratégie. Elles regroupent toutefois en grande partie la déclaration de performance extra-financière prévue par l'[article L. 225-102-1 du Code de commerce](#).

Encore considéré comme de la *soft law* il y a quelques années¹⁴, la RSE a ainsi acquis une importance croissante, pour être finalement consacrée dans le Code civil. Un travail de pédagogie sur le sujet reste

¹¹ Concernant son impact sur l'environnement, Hermès présente par exemple l'évolution de sa consommation de gaz et d'électricité (en Mwh) et affirme que le groupe s'approvisionne à 78 % en électricité verte en 2019. Cette société utilise par ailleurs, un indicateur démontrant que cette consommation en énergies est décorrélée de la croissance de son activité : "*les consommations d'énergie des sites industriels ont seulement doublé alors que l'activité industrielle a été multipliée par quatre, témoignant d'une maîtrise améliorée de ses consommations.*", cf. Hermès, Document d'enregistrement universel, p. 73 et 129.

Le chapitre 5 "performance extra-financière" du Document d'enregistrement universel de Total reprend cette déclaration, en le détaillant en plus de 50 pages.

¹² AMF, Rapport sur la responsabilité sociale, sociétale et environnementale des sociétés cotées, novembre 2019, p. 5.

¹³ Règlement (UE) 2017/1129 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation sur un marché réglementé.

¹⁴ Le Code de gouvernance Afep-Medef l'a notamment inséré dans sa version révisée de novembre 2016, §4.2

(cont'd)

cependant à accomplir – les rapports de l'AMF dédiés à la RSE¹⁵ ou encore les lignes directrices de la Commission européenne sur l'information non financière parues en 2017, et le supplément relatif aux informations en rapport avec le climat parues en 2019, non contraignantes, en offrent de premiers exemples.

Les résolutions à l'ordre du jour de l'assemblée générale et la pression subie en termes de RSE

Les investisseurs donnent de plus en plus d'importance aux aspects sociaux et environnementaux dans la prise de décisions des organes sociaux¹⁶. Certains actionnaires requièrent l'inscription de résolutions à l'ordre du jour relatives aux problématiques RSE et les activistes tirent parti de cet intérêt pour tenter d'influencer les conseils d'administration. La saison 2020 des assemblées générales annuelles, dont le format à huis clos n'a pas découragé les actionnaires à poser de nombreuses questions, a été particulièrement marquée par les attentes des actionnaires sur les performances extra-financières des sociétés. À ce titre, près d'un quart des questions posées par les actionnaires était de nature climatique¹⁷.

Ainsi, pour la première fois en France, cette année, Total s'est vu soumettre par un groupe d'investisseurs une résolution portant sur des objectifs climatiques, laquelle a été rejetée à une très large majorité des actionnaires¹⁸. Cette résolution invitait Total à aligner "*ses activités avec les objectifs de l'Accord de Paris*", et réclamait une réduction de ses émissions de gaz à effet de serre. Sous l'impulsion de Phitrust¹⁹, les actionnaires de Total ont voté, lors de l'assemblée générale²⁰, en faveur de la modification de ses statuts pour reprendre la lettre de l'[article L.225-35 du Code de commerce](#) et ainsi mettre à la charge de son conseil d'administration la prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux. Par ailleurs, le conseil d'administration de Total a également inscrit une modification de son objet social à l'ordre du jour de son assemblée générale, qui a été adoptée. La première mission inscrite dans l'objet de Total fait désormais référence aux énergies renouvelables, les hydrocarbures passant en deuxième position. Total a par ailleurs annoncé le 5 mai 2020 son ambition d'atteindre la neutralité carbone (Net Zero) à horizon 2050, pour l'ensemble de ses activités mondiales, depuis sa production jusqu'à l'utilisation par ses clients de ses produits énergétiques vendus²¹.

¹⁵ AMF, Rapport sur la responsabilité sociale, sociétale et environnementale des sociétés cotées, dont le plus récent à date a été publié en novembre 2019.

¹⁶ Selon le sondage annuel de Morrow Sodali auprès d'investisseurs institutionnels, 100 % des participants ont répondu "oui" à la question suivante "*les risques et opportunités ESG (critères sociaux, environnementaux et de qualité de gouvernance) ont-ils joué un rôle plus important dans vos décisions d'investissement au cours des 12 derniers mois ?*".

¹⁷ Hebdo des AG, Webinar du 7 juillet 2020.

¹⁸ Cette résolution a été rejetée par 83,2% des actionnaires.

¹⁹ Société de gestion qui a publié en septembre 2019 un rapport sur ses 15 ans d'engagement actionnarial.

²⁰ L'assemblée générale de Total s'est tenue le 29 mai 2020.

²¹ Communiqué de presse Total, 5 mai 2020, "Total se dote d'une nouvelle Ambition Climat pour atteindre la neutralité carbone à horizon 2050".

(cont'd)

Un actionnaire activiste de Vinci a quant à lui demandé l'inscription de deux résolutions "climatiques" à l'ordre du jour de l'assemblée générale annuelle des actionnaires²² : d'une part, la publication annuelle d'informations environnementales par la société et, d'autre part, l'inscription à l'ordre du jour des assemblées générales annuelles d'un vote consultatif sur l'information environnementale²³. Vinci a indiqué qu'elle ne présenterait pas ces demandes de résolutions à l'assemblée générale, eu égard aux nombreuses informations extra-financières déjà divulguées par la société, notamment au sein du document d'enregistrement universel²⁴.

Suivant ce mouvement, le Forum pour l'investissement responsable²⁵ a annoncé le 16 avril 2020 lancer une campagne de questions écrites sur le sujet de la RSE dans le cadre des assemblées générales des sociétés du CAC 40.

Par ailleurs, dans le cadre des aides qu'il octroie pour faire face à la crise sanitaire et économique, l'État a lui-même exigé des améliorations sur le plan de la RSE. La ministre de la Transition écologique et solidaire, Elisabeth Borne²⁶, a ainsi affirmé que l'État attendait des engagements écologiques de la part d'Air France-KLM à la suite du plan de financement obtenu par la société, d'un montant d'environ 7 milliards d'euros. Dans le même sens, le ministre de l'Économie et des Finances, Bruno Le Maire, a affirmé que cette aide ne constituait pas un "chèque en blanc" et exigé qu'Air France-KLM présente à l'État un plan de réductions des émissions de CO2 et que la société transforme sa flotte pour être moins polluante. La compagnie aérienne a ainsi communiqué sur ce point et précisé que *"le plan de transformation qui sera finalisé dans les prochains mois inclura des engagements économiques, financiers et environnementaux. (...) Cette transformation devra également s'inscrire dans une feuille de route environnementale ambitieuse afin d'accélérer la transition durable du Groupe"*²⁷. Dans la même veine, et à la suite du plan d'économies et de restructurations annoncé le 29 mai 2020 par Renault, le géant de l'automobile français a annoncé le 3 juin 2020 la mise en place avec un pool de banques d'une convention d'ouverture de crédit d'un montant total maximum de 5 milliards d'euros bénéficiant d'une garantie de l'État français. En échange de cette garantie, le gouvernement a demandé à Renault un dialogue social exemplaire et le respect *"sans décalage dans le temps"* des contraintes européennes sur le CO2 – le constructeur automobile a manifestement répondu positivement à ces exigences²⁸. Jean-Dominique Sénard, président du conseil

²² L'assemblée générale de Vinci s'est tenue le 18 juin 2020.

²³ Lettre envoyée par TCI Fund Management Limited à Vinci SA en date du 12 mars 2020, et publiée sur le site Internet de la société.

²⁴ Réponse du Président-Directeur général de Vinci en date du 17 mars 2020, et publiée sur le site Internet de la société. La société s'est également fondée sur le principe de séparation des pouvoirs entre le conseil d'administration et l'assemblée générale pour affirmer que les orientations demandées n'étaient pas du ressort de l'assemblée.

²⁵ Association regroupant notamment des investisseurs, gestionnaires d'actifs, ONG, associations de place.

²⁶ Elle a depuis été remplacée par Barbara Pompili.

²⁷ Air France, communiqué de presse, 24 avril 2020.

²⁸ Le ministre de l'Économie et des Finances *"a demandé à ce que s'ouvre immédiatement un dialogue social et technique, pour mettre au point un projet industriel d'avenir (...) qui devra garantir à long terme, au-delà de 2023, l'emploi et le niveau d'activité industrielle sur le site de Maubeuge et son territoire"*.

(cont'd)

d'administration de Renault, a par ailleurs annoncé le lancement d'une concertation pour créer "un pôle d'excellence optimisé des véhicules électriques et utilitaires légers à partir des usines de Douai et de Maubeuge".

Les conseils d'administration pourraient en conséquence avoir intérêt à anticiper ces problématiques afin de ne pas laisser de prise aux éventuels questionnements sur ce terrain.

Toutefois, à rebours de cette tendance, le Medef a demandé un "moratoire" pour les sociétés sur la mise en place de mesures environnementales *via* le report de délais d'application des dispositions contenues dans la loi sur l'économie circulaire²⁹, notamment pour les industries automobiles et aéronautiques, très touchées par la crise pandémique³⁰. Si "*certaines ajustements de calendrier sont envisageables au cas par cas pour prendre en compte la période de confinement*", le gouvernement a toutefois affirmé qu'il n'y aurait pas de remise en question de la transition écologique.

Conclusion

Les sociétés mettant en place de véritables mesures d'aide, notamment au bénéfice de leurs salariés, et contribuant à l'effort national, verront *a priori* leur blason redoré. Certaines sociétés pourraient même, au-delà de la crise en cours, décider de s'investir plus avant dans la promotion sociale et environnementale de leur activité, et partant, de se doter d'une raison d'être³¹ pour afficher et inscrire dans le temps ce nouvel engagement³². Les entreprises les plus volontaires pourront également envisager d'adopter le nouveau statut de "société à mission"³³ prévu par la loi PACTE³⁴ qui associe la raison d'être à un ou plusieurs objectifs sociaux ou environnementaux, évalués régulièrement à la fois en interne et en externe – l'entreprise à mission permettrait ainsi le parachèvement de la réconciliation entre performance économique et contribution sociétale. Le 26 juin 2020, les actionnaires de Danone ont approuvé l'adoption de ce nouveau cadre juridique³⁵. Danone est ainsi devenue la première entreprise à mission cotée sur Euronext Paris, ce qui l'a conduite à intégrer dans ses statuts les dispositions relatives à une entreprise à mission (dont sa raison d'être³⁶) et à mettre en œuvre de nouvelles modalités de gouvernance pour contrôler le suivi de ses objectifs sociaux, sociétaux et environnementaux, parmi lesquels figurent l'amélioration de la santé, grâce à un portefeuille de produits plus sains, ainsi que la préservation de la

²⁹ [LOI n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire.](#)

³⁰ Courrier en date du 3 avril 2020, et adressé à la ministre de la Transition écologique et solidaire Elisabeth Borne, révélé par le *Canard Enchaîné*.

³¹ C. civ., art. 1835.

³² Atos, Carrefour et le Crédit Agricole se sont déjà dotées d'une raison d'être. ADP, EDF, Engie, Icade, Orange et GTT ont adopté une raison d'être dans leurs statuts lors de leur assemblée générale annuelle d'actionnaires 2020.

³³ Le groupe Yves Rocher et le gestionnaire d'actifs Sycomore comptent parmi les premières entreprises à mission. La MAIF s'est quant à elle engagée à devenir une entreprise à mission.

³⁴ C. com., [art. L. 210-10 à L. 210-12](#).

³⁵ Les actionnaires de Danone ont approuvé à 99,42 % l'adoption du statut de société à mission.

³⁶ La raison d'être de la société est d'apporter la santé par l'alimentation au plus grand nombre.

(cont'd)

planète et le renouvellement de ses ressources, mais également la construction du futur avec ses équipes ou encore la promotion d'une croissance inclusive.

Comme toujours et malgré la situation actuelle sans précédent, la boussole du conseil d'administration, dans sa prise de décision, se tournera vers la conformité à l'intérêt social de la société, sans négliger – dans une logique de responsabilité sociétale – l'intérêt plus large de ses actionnaires, ses salariés, ses fournisseurs, ses créanciers et ses clients avec une attention accrue sur les aspects sociaux et environnementaux. Cette prise de conscience récente, qui plus est accentuée par la crise pandémique actuelle, poussera certainement les sociétés à volontairement se soumettre à des normes RSE plus contraignantes que celles auxquelles elles sont actuellement assujetties³⁷.

³⁷ L'AMF note, [dans son rapport RSE publié en novembre 2019](#), que TF1 et Mercialis ont établi un *reporting* extra-financier sur base volontaire.