

Il n'y a pas que la « raison d'être » dans la loi PACTE

Par Pascal Durand-Barthez

Juin 2019

En quoi la loi PACTE, promulguée le 23 mai après 18 mois de débat, va-t-elle changer la vie des conseils d'administration ?

Avant que la privatisation d'Aéroports de Paris ne monopolise l'attention médiatique dans les derniers mois, on a beaucoup parlé de la définition de la société dans le Code civil. Certains y ont vu un changement de paradigme. En fait, la définition même est inchangée : la société reste un contrat dont les protagonistes font des apports à une entreprise commune afin de partager des bénéfices (article 1832).

Le législateur a précisé qu'elle devait être gérée dans son intérêt social (article 1833) – mais c'est ce que la jurisprudence applique depuis une cinquantaine d'années, à propos notamment de la responsabilité des mandataires sociaux. La loi précise aussi que doivent être pris en considération les **enjeux sociaux et environnementaux** de son activité. Pour les conseils d'administration, cela va déjà sans dire : la responsabilité de la société dans ces domaines est déjà très clairement affirmée, tant par le poids des sanctions en droit du travail et en droit de l'environnement que par celui des obligations de *reporting*. Les conseils ne peuvent donc s'en désintéresser, ne serait-ce qu'au titre de leur mission de contrôle des risques – mais cela va peut-être mieux en le disant de façon générale dans la loi.

Quant à l'inscription de la **raison d'être** dans les statuts (article 1835), c'est un choix laissé aux conseils d'administration et aux actionnaires, et il est encore trop tôt pour évaluer combien d'entreprises feront cette démarche. Il est probable qu'elles le feront progressivement, après avoir évalué les avantages que cela peut leur apporter... et observé l'attitude de leurs concurrents.

Mais la loi PACTE comporte bien d'autres aspects, dont certains vont devoir être pris en compte rapidement par les administrateurs. Sur ses 221 articles (228 pages), 24 ont d'ailleurs été rejetés par le Conseil constitutionnel en tant que « cavaliers », c'est-à-dire insuffisamment liés à l'objet principal du texte. Pour d'autres, il faudra attendre soit des décrets d'application, soit des ordonnances car il ne s'agit dans certains cas que d'une loi d'habilitation. Dans ce vaste ensemble, on peut essayer de sélectionner les dispositions qui devront figurer dans les premières préoccupations des conseils. Les principales résultent de la transposition de la Directive européenne du 17 mai 2017, dite « droits des actionnaires ».

Tout d'abord, il faut signaler la révision du régime des **conventions réglementées**. Le droit français dispose depuis longtemps d'un régime souvent critiqué pour son excès de formalisme et son insuffisance à prévenir tous les conflits d'intérêts. Encore faut-il reconnaître qu'il fournit une protection totalement absente dans d'autres pays européens. La loi PACTE apporte quelques obligations supplémentaires, non négligeables : le conseil d'administration devra évaluer chaque année les « *conventions courantes conclues à des conditions normales* » (notion qui donne parfois lieu à questions) ; les administrateurs intéressés directement ou indirectement à la convention devront s'abstenir de participer non seulement au vote mais aussi à la délibération qui le précède ; les actionnaires intéressés ne pourront voter la résolution de ratification en assemblée générale, leurs voix étant désormais décomptées du calcul de la majorité mais non du quorum ; et les sociétés

cotées devront publier sur leur site Internet des informations sur les conventions réglementées « dès leur conclusion ».

Pour les sociétés cotées, on notera des mesures qui facilitent **l'identification des actionnaires** : elles pourront de plein droit interroger le dépositaire central ou les intermédiaires ; et un encadrement renforcé des agences de conseils en vote (les *proxy advisors*), jusqu'ici réglementées par une simple recommandation de l'AMF, et qui devront publier leur politique et rendre compte de la façon dont elles gèrent les conflits d'intérêts.

A l'autre bout du spectre des entreprises, une mesure intéressant principalement les ETI, qui résulte aussi d'un alignement sur la réglementation européenne, a causé beaucoup d'émoi : c'est le relèvement du seuil au-delà duquel la nomination d'un **commissaire aux comptes** est obligatoire. On voit bien le choc des intérêts en présence : la profession va souffrir d'une disparition importante de sa clientèle, les entreprises pourront bénéficier d'un allègement significatif de leurs charges.

En matière de rémunération des dirigeants, la France dispose depuis 2016 d'un régime plus contraignant que partout ailleurs, avec le double *say on pay* (ex ante et ex post) institué par la loi Sapin 2. L'alignement avec la directive de 2017, qui était ainsi « prétransposée et surtransposée », a cependant conduit à introduire une contrainte supplémentaire : l'obligation de publier un « **ratio d'équité** » entre la rémunération moyenne et la rémunération médiane des salariés de la société d'une part, et celle des mandataires sociaux d'autre part. Cette disposition existe depuis plusieurs années dans certains pays, comme les Etats-Unis, où son utilité est mise en question. On peut aussi s'interroger sur la pertinence de la version française, qui amène à comparer la rémunération de tous les mandataires sociaux (y compris celle des administrateurs, bien moindre que celle des exécutifs) avec celle des salariés de la société (et non du groupe).

Par ailleurs, il faut rappeler que la loi PACTE va affecter la composition de certains conseils. Tout d'abord, en ce qui concerne les **administrateurs représentant les salariés** : l'obligation de les désigner est étendue aux sociétés non cotées dont le groupe emploie au moins 1000 salariés en France ou 5000 en France et à l'étranger, et les administrateurs salariés devront être au moins deux si le conseil a plus de huit membres (et non plus douze).

Enfin, les sanctions en cas de violation de la règle des 40% d'administrateurs du sexe le moins représenté sont renforcées : les délibérations des conseils irrégulièrement composés seront nulles. Cela aura sans doute un effet très concret, puisque si l'on se réjouit que la règle soit si bien respectée dans les sociétés du SBF 120, faisant ainsi de la France une championne de la **parité hommes/femmes** dans les conseils d'administration, il est bien moins sûr qu'il en soit ainsi dans les sociétés plus petites ou moins exposées aux regards médiatiques. Le législateur s'est d'ailleurs préoccupé de la parité chez les dirigeants exécutifs. Faute de pouvoir imposer des quotas dans les comités exécutifs en raison de l'extrême diversité de ceux-ci, il a prévu que les processus de sélection des directeurs généraux délégués (dans les sociétés à conseil d'administration) et des membres du directoire (dans les sociétés à conseil de surveillance) doivent « garantir jusqu'à leur terme la présence d'au moins une personne de chaque sexe », et « s'efforcer de rechercher une représentation équilibrée des femmes et des hommes ».

Pascal Durand-Barthez - Avocat au barreau de Paris, partenaire d'Associés en Gouvernance
pdurandbarthez@gmail.com