



REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE
SORBONNE LAW REVIEW

Décembre 2020 - N°2



UNIVERSITÉ PARIS 1

PANTHÉON SORBONNE

Revue Juridique de la Sorbonne – *Sorbonne Law Review*

Comité scientifique

Jean-Luc ALBERT, Professeur à Aix-Marseille Université
 Mireille BACACHE, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
 Panthéon-Sorbonne
 Grégoire BIGOT, Professeur à l'Université de Nantes
 Philippe BONFILS, Professeur à Aix-Marseille Université
 David BOSCO, Professeur à Aix-Marseille Université
 Mathieu CARPENTIER, Professeur à Université Toulouse 1 Capitole
 Cécile CHAINAIS, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
 Véronique CHAMPEILS-DESPLATS, Professeur à l'Université Paris Nanterre
 David CHILSTEIN, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
 Panthéon-Sorbonne
 Sabine CORNELOUP, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
 Florence DEBOISSY, Professeur à l'Université de Bordeaux
 Joachim ENGLISH, Professeur à l'Université de Münster
 Etienne FARNOUX, Professeur à l'Université de Strasbourg
 Frédérique FERRAND, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3
 Daniel GUTMANN, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
 Panthéon-Sorbonne
 Jérémy HOUSSIER, Professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne
 Laurence IDOT, Professeur émérite de l'Université Paris II Panthéon-Assas
 Laurence JÉGOUZO, Maître de conférences HDR à l'École de droit de la Sorbonne,
 Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
 Xavier LAGARDE, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
 Panthéon-Sorbonne
 Anne-Marie LEROYER, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université
 Paris 1 Panthéon-Sorbonne
 Pascal LOKIEC, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
 Panthéon-Sorbonne
 André LUCAS, Professeur à l'Université de Nantes
 Vincent MALASSIGNÉ, Professeur à CY Cergy Paris Université
 Nathalie MALLET-POUJOL, Professeur à l'Université de Montpellier
 Arnaud MARTINON, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
 Anne-Catherine MULLER, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université
 Paris 1 Panthéon-Sorbonne
 Etienne PATAUT, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
 Panthéon-Sorbonne
 Adalberto PERULLI, Professeur à l'Université de Venise
 Laurent PFISTER, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Philippe PIERRE, Professeur à l'Université de Rennes
Stéphanie PORCHY-SIMON, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3
Catherine PRIETO, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne
Laurence USUNIER, Professeur à CY Cergy Paris Université
Michel VIVANT, Professeur à l'École de droit de Sciences-Po
Nicolas WAREMBOURG, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université
Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Célia ZOLYNSKI, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne

Directeur de la publication

Thomas CLAY, Administrateur provisoire de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Directeur de la revue

Emmanuel JEULAND, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne

Équipe éditoriale

- Volet édition :

Ianjatiana RANDRIANANDRASANA, responsable éditoriale
Camille SCOTTO D'ARDINO, assistante d'édition

- Volet communication et diffusion :

Emma BRETON

Revue semestrielle (2 numéros/an ; juin et décembre)

Revue gratuite, en *open access*

Disponible sur : <https://irjs.panthéonsorbonne.fr/revue-juridique-sorbonne>



Langues de publication : français, anglais.

IRJS éditions - Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

12 place du Panthéon

75005 PARIS (France)

@ : irjs-editions@univ-paris1.fr / Tel : 01 44 07 77 82

ISSN : 2739-6649

Dépôt légal : décembre 2020, mise en ligne le : 15 décembre 2020

Sommaire

Édito	3
<i>Le développement du rôle des autorités administratives indépendantes pour la protection des droits et libertés. Réflexion à partir de l'exemple de l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie</i>	6
Pauline MILON	
<i>Mondialisation de la RSE et droit des sociétés par actions : deux décennies de construction de la hard law</i>	47
Ivan TCHOTOURIAN, Loïc GEELHAND DE MERXEM, Alexis LANGENFELD, Margaux MORTEO, Audrey HOULE	
<i>Droit de l'urgence et crise sanitaire</i>	97
Emmanuel JEULAND et Sophie PRÉTOT (sous la direction de)	
<i>Les règlements de peste dans l'ancien droit français</i>	103
Claire LOVISI	
<i>Droit constitutionnel et états d'urgence</i>	117
Agnès ROBLLOT-TROIZIER	
<i>Le parlementarisme français à l'épreuve de l'urgence sanitaire</i>	128
Jean-Baptiste JACOB	
<i>Droits fondamentaux et urgence à l'ère du numérique et des gouvernements ouverts</i>	149
William GILLES	
<i>Le droit de l'urgence et le solutionnisme technologique</i>	161
Liane HUTTNER	
<i>Urgence sanitaire et droit pénal</i>	165
Anne SIMON	
<i>La personne en période de pandémie : une nouvelle hiérarchie des valeurs ?</i>	171
Sophie PRÉTOT	
<i>Le droit de l'urgence et les recherches impliquant la personne humaine</i>	178
Rébecca DEMOULE	

<i>Droit de l'urgence et droit des entreprises en difficulté</i>	184
David LEMBERG	
<i>COVID-19 : un tournant du droit du travail ou une réponse à l'urgence de la situation ?</i>	186
Pascal LOKIEC	
<i>Aperçu des premières adaptations du droit social face à la pandémie</i>	190
Flora DUFFAUD	
<i>Le droit de l'urgence et les finances publiques</i>	193
Matthieu CONAN	
<i>Fiscalité et droit de l'urgence</i>	200
Ludovic AYRAULT	
<i>Les sanctions civiles dans l'urgence, un droit d'exception ?</i>	204
Xavier LAGARDE	
<i>Droit de l'urgence, justice et émotions – Quelques éléments conclusifs</i>	212
Emmanuel JEULAND	
<i>Le droit à la preuve</i>	218
Gilles GOUBEAUX	

Mondialisation de la RSE et droit des sociétés par actions : deux décennies de construction de la *hard law*

Ivan TCHOTOURIAN*
Loïc GEELHAND DE MERXEM**
Alexis LANGENFELD***
Margaux MORTEO****
Audrey HOULE*****

Summary: *CSR has now become a must for companies. A legal branch long limited to a technical and utilitarian vision, the law of joint stock companies is also evolving and making way for CSR. This law shows that it is driven by a dynamic that is gradually gaining ground: giving substance to the societal role of the company and recognizing the interests of stakeholders and their contribution to its long-term success. The objective of this comparative article is to highlight one of the strategies put in place by States to promote the integration of CSR logic: the use of hard law or standards that increasingly resemble it. In several countries, corporate law no longer hesitates to reform itself or to debate ambitious bills. New legal structures, a redefinition of the social interest, a development of the duty of care and greater non-financial transparency are the key words of 21st century corporate law. CSR is less and less perceived as a voluntary approach and is gradually becoming a legal instrument generating obligations for companies (especially large ones such as multinationals).*

Keywords: *CSR, hard law, comparative law, evolution, best interest of corporation, benefit corporation, duty of care, non-financial reporting.*

* Professeur agrégé, codirecteur du Centre d'études en droit économique (CÉDÉ), Faculté de droit de l'Université Laval ; maître de conférences à l'Université de Nantes (France) ; membre-fondateur du laboratoire interdisciplinaire sur la RSE (LIRSE), Faculté des sciences de l'administration de l'Université Laval (FSA) ; et chercheur régulier à l'Institut Hydro-Québec en environnement, développement et société (EDS).

@ : ivan.Tchotourian@fd.ulaval.ca / ORCID : 0000-0002-9306-0613

** Étudiant titulaire d'une licence et d'un master 1 de l'Université Montpellier, inscrit au doctorat en droit à l'Université Laval et étudiant-chercheur au CÉDÉ et à l'Institut EDS.

@ : loic.geelhand-de-merxem-ecuyer.1@ulaval.ca / ORCID : 0000-0002-3545-6716

*** Étudiant titulaire d'une licence de l'Université Rennes 1 et d'une maîtrise en droit des affaires de l'Université Laval, boursier FRQ-SC inscrit en cotutelle aux Faculté de droit de l'Université Laval (Canada) et Faculté de droit de l'Université de Perpignan (France) et étudiant-chercheur au CÉDÉ et à l'Institut EDS.

@ : alexis.langenfeld.1@ulaval.ca / ORCID : 0000-0003-2531-5765

**** Étudiante titulaire d'une licence et d'un master 1 de l'Université Nice Sophia-Antipolis, inscrite en cotutelle aux Faculté de droit de l'Université Laval et Faculté de droit de Paris 1 Panthéon-Sorbonne et étudiante-chercheuse au CÉDÉ et à l'Institut EDS.

@ : margaux.morteo.1@ulaval.ca / ORCID : 0000-0002-3115-477X

***** Étudiante titulaire d'un master 2 de l'Université Paris-Saclay et d'un DESS en droit des affaires de l'Université Laval.

@ : audrey.houle.2@ulaval.ca / ORCID : 0000-0002-7501-6707

Résumé : La RSE est devenue aujourd’hui incontournable pour les entreprises. Branche juridique longtemps limitée à une vision technique et utilitariste, le droit des sociétés par actions est également en pleine évolution et fait place à la RSE. Ce droit montre qu’il est animé d’une dynamique qui s’impose progressivement : donner corps au rôle sociétal de l’entreprise et reconnaître les intérêts des parties prenantes et leur contribution à sa réussite à long terme. L’objectif de cet article comparatif est de mettre en lumière l’une des stratégies mise en place par les États pour favoriser l’intégration de la logique RSE : l’utilisation du droit dur ou de normes lui ressemblant de plus en plus. Dans plusieurs pays, le droit des sociétés n’hésite plus à se réformer ou à débattre de projets de loi ambitieux. De nouvelles structures juridiques, une redéfinition de l’intérêt social, un développement du devoir de vigilance et une plus grande transparence non financière sont les maîtres mots du droit des sociétés par actions du XXI^e siècle. La RSE est de moins en moins perçue comme une démarche volontaire et devient progressivement un instrument juridique générateur d’obligations pour les entreprises (notamment de grande taille comme les multinationales).

Mots-clés : Responsabilité sociale des entreprises (RSE), droit dur, droit comparé, évolution, intérêt social, entreprise à mission, devoir de vigilance, *reporting* non financier.

Pour citer cet article : Ivan TCHOTOURIAN, Loïc GEELHAND DE MERXEM, Alexis LANGENFELD, Margaux MORTEO, Audrey HOULE, « Mondialisation de la RSE et droit des sociétés par actions : deux décennies de construction de la *hard law* », *Revue Juridique de la Sorbonne*, n° 2, décembre 2020, p. 47 - 96.

URL : [https://irjs.pantheonsorbonne.fr/sites/default/files/inline-files/Mondialisation de la RSE et droit des sociétés par actions.pdf](https://irjs.pantheonsorbonne.fr/sites/default/files/inline-files/Mondialisation%20de%20la%20RSE%20et%20droit%20des%20sociétés%20par%20actions.pdf)

Nous sommes à l’évidence dans un entre-deux. La recherche du « tout-profit » et de la maximisation de la valeur actionnariale est en train de passer de mode. [...] [L]es textes se multiplient qui font le plus souvent peser une réglementation tatillonne, ponctuelle et sectorielle, sur les entreprises, sans que l’on ait réellement consacré un nouveau paradigme. La responsabilité sociétale progresse, mais dans le désordre¹.

Introduction

1. La responsabilité sociale des entreprises (ci-après « RSE ») s’est imposée au fil des années dans le monde de l’entreprise. La question de la RSE est loin d’être nouvelle : « *The desirability for corporations to engage in socially responsible behavior has long been hotly debated among economists, lawyers, and business experts* »². Alors que la RSE a été

¹ COMMISSION AD HOC, « Le rôle sociétal de l’entreprise : Éléments de réflexion pour une réforme », Rapport, *Le club des juristes*, avril 2018, p. 47.

² A. FERRELL, H. LIANG et L. RENNEBOOG, « Socially Responsible Firms » (2014) Corporate Governance Institute (ECGI), Document de travail n° 432/2014, p. 1.

assimilée un temps comme la responsabilité unique de faire du profit³, cette notion a évolué pour donner à l'entreprise de nouvelles responsabilités de nature environnementale et sociétale. Née dans la culture américaine, la RSE s'inscrit dans une tradition de philanthropie corporative qui répond tout autant à une inspiration religieuse protestante qu'à des enjeux pratiques⁴. Les grands industriels américains ont initié les premières démarches de responsabilité sociale avec un objectif simple : retourner à la société une partie de la fortune que celle-ci leur avait permis d'acquérir⁵. Dès 1930, les discussions entre Adolph Berle et Merrick Dodd ont lancé le débat. Face à Adolph Berle qui défend une vision actionnariale de l'entreprise⁶, Merrick Dodd répond que les dirigeants sont responsables à l'égard de l'ensemble des groupes qui composent l'entreprise⁷. Finalement, Adolph Berle concédera dans un livre publié quelques années plus tard la justesse de la vision de Merrick Dodd⁸. Durant les années 1950, la RSE émerge dans la littérature aux États-Unis sous la plume d'Howard Bowen avec son livre *Corporate Social Responsibility the Businessman*. Bowen définit alors la RSE par la formule suivante : « *It refers to the obligations of businessmen to pursue those policies, to make those decisions, or to follow those lines of action which are desirable in terms of the objectives and values of our society* »⁹. La RSE a évolué et s'est ouverte à de nouveaux modèles, théories et concepts alternatifs comme l'éthique des affaires, la théorie ou le management des *stakeholders*, la *corporate social responsiveness*, les relations publiques¹⁰... En Europe, il a fallu attendre le début du XXI^e siècle pour que la Commission européenne s'intéresse activement à ce concept et décide de lui accorder une place importante dans les stratégies économiques. Ainsi, elle définit la RSE comme l'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes¹¹. Actualisée en 2011, cette définition fait dorénavant place au droit puisque les préoccupations liées à la RSE y sont considérées comme allant au-delà des obligations juridiques qui

³ M. FRIEDMAN, « The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits », *The New York Times*, 13 septembre 1970.

⁴ J.-P. GOND et J. IGALENS, *La responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, PUF, 2012, coll « Que sais-je ? », p. 8.

⁵ La création successive de fondations par les grandes multinationales s'inscrit directement dans cette démarche, voir : J. PASQUERO, « Commentaire : Éthique des affaires, responsabilité sociale et gouvernance sociétale : démêler l'écheveau » (2007) 32:1 *Gestion* 112, § 16.

⁶ A. A. BERLE, « For Whom Corporate Managers are Trustees: A Note » (1932) 45:8 *Harv. L. Rev.* 1365; A. A. BERLE, « Corporate Powers as Powers in Trust », (1931) 44:7 *Harv. L. Rev.* 1049.

⁷ E. M. DODD, « Is Effective Enforcement of the Fiduciary Duties of Corporate Managers Practicable? » (1935) 2 *U. Chicago L. Rev.* 194; E. M. DODD, « For Whom Corporate Managers are Trustees? » (1932) 45:7 *Harv. L. Rev.* 1145.

⁸ A. A. BERLE, *The 20th Century Capitalist Revolution*, New York, Harcourt Brace, 1954.

⁹ (Nous soulignons) H. R. BOWEN, *Social responsibilities of the businessman*, New York, Harper, 1953, p. 6.

¹⁰ A. B. CARROLL, « Corporate Social Responsibility, Evolution of a Definitional Construct » (1999) 38:3 *Business & Society* 268. Sur les origines de la RSE, voir : COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme, Nouveaux enjeux, nouveaux rôles*, Paris, La Documentation française, 2009, p. 37 et s.

¹¹ CE, COMMISSION EUROPÉENNE, *Livre vert : promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, COM(2001) 366 Final, § 20.

incombent aux entreprises à l'égard de la société et de l'environnement¹². Aussi, la RSE a été perçue de différentes manières, comme le professeur Jean Pasquero l'illustre (tableau A).

Tableau A
Perspective historique sur la RSE¹³

La RSE comme...	Origines	Expression actuelle (exemples)
...gestion efficiente	Économie classique	Compétence technique
...philanthropie	Traditionnelle (XIXe siècle)	Dons et mécénat d'entreprise
...sollicitude	Début du XXe siècle	Besoins des employés
...limitation des nuisances	Années 1960	Priorité à l'environnement
...réceptivité sociale	Années 1970	Système de « gestion sociétale »
...rectitude éthique	Années 1990	Codes de bonne conduite
...reddition des comptes	Années 2000	Triple bilan
...participation « citoyenne »	Années 2000	« Engagement proactif »

2. Une philosophie commune a émergé de cette évolution : les États, la communauté internationale dans son ensemble et les acteurs privés ont pris conscience de la nécessité de réconcilier milieu des affaires et société. La RSE est aussi devenue un moyen de réguler un espace dont la dimension ne permet plus aux législations nationales, non harmonisées, de jouer leur rôle de régulateur. La normativité particulière de la RSE¹⁴ et les sanctions de marché de type réputationnel qui l'accompagnent¹⁵ sont un outil

¹² CE, COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, COM(2011), 681.

¹³ J. PASQUERO, « La responsabilité sociale de l'entreprise comme objet des sciences de gestion. Un regard historique », in M.-F. TURCOTTE et A. SALMON (dir.), *Responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2005, 80, p. 119.

¹⁴ R. DE QUENAUDON, *Droit de la responsabilité sociétale des organisations*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 39 et s.

¹⁵ Pour certains, la réputation serait une sanction spécifique à la RSE de type « boomerang » (C. MALECKI, *Responsabilité sociale des entreprises : perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2014, p. 340 et s., § 440 et s.). À propos du risque de réputation, voir : E. M. IACOBUCCI, « On the Interaction between Legal and Reputational Sanctions » (2014) 43 *Journal of Legal Studies* 189 ;

pertinent pour répondre au défi de l'effectivité du droit traditionnel. La RSE regroupe aujourd'hui un large éventail de pratiques classées selon trois types de facteurs : les facteurs environnementaux, sociaux et de gouvernance (critères dits « ESG »). En fin de compte, la RSE peut être perçue comme l'intégration par une entreprise des préoccupations environnementales, sociales et économiques et procède d'un authentique souci d'organiser la relation entre l'entreprise et les parties prenantes afin de lui permettre de continuer à opérer sur le terrain dans la durée¹⁶. La prise en considération des externalités négatives des entreprises et la reconnaissance des intérêts d'autres parties prenantes sont au fondement du concept de RSE, où la production de richesse est considérée avant tout comme une activité sociale¹⁷.

3. La RSE s'est imposée pour les entreprises¹⁸, ne serait-ce qu'en raison de ses effets positifs. Si la littérature sur le sujet est dense et donne lieu à diverses controverses¹⁹, les effets bénéfiques suivants peuvent être notés : l'accessibilité à de meilleures conditions de financement²⁰, l'amélioration du dialogue social et de l'intégration de l'entreprise dans son environnement immédiat, l'accroissement du degré de confiance des parties prenantes dans l'entreprise, la contribution à une meilleure image et communication, l'augmentation de sa notation extra-financière²¹. En parallèle de ces avantages, l'adoption d'un comportement RSE évite aussi plusieurs désagréments aux entreprises liés à l'édiction d'une future réglementation contraignante ou à la réalisation de risques

V. RINDOVA et L. L. MARTINS, « Show Me The Money: A Multidimensional Perspective on Reputation As An Intangible Asset », in M. L. BARNETT et T. G. POLLOCK (par), *The Oxford handbook of corporate reputation*, 1^{re} éd, Oxford, Oxford University Press, 2014, coll. Oxford handbooks ; L. P. K. ADEOSUN et R. A. GANIYU, « Corporate Reputation as a Strategic Asset » (2013) 4 *International Journal of Business and Social Science* 220 ; N. DE MARCELLIS-WARIN et S. TEODORESCO, « Corporate Reputation: Is your Most Strategic Asset at Risk? », CIRANO [en ligne], avril 2012. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet :

<<http://www.cirano.qc.ca/pdf/publication/2012RB-01.pdf>> ; et plus ancien : C. FOMBRUN et C. VAN RIEL, « The Reputational Landscape » (1997) 1:2 5 ; G. BESSE, « À qui profite la responsabilité sociétale des entreprises (RSE) ? La responsabilité sociétale des entreprises peut-elle réguler les effets sociaux de la mondialisation ? » (2005) 11 *Droit social* 991.

¹⁶ P. HERBEL, « La responsabilité sociétale de l'entreprise en tant que vecteur pour faire avancer les droits de l'Homme par l'entreprise » (2013) 23 *Recueil Dalloz* 1570.

¹⁷ S. BENHAMOU, M.-A. DIAYE, avec la collab de P. CRIFO, *Responsabilité sociale des entreprises et compétitivité : Évaluation et approche stratégique*, Paris, France Stratégie, 2016, p. 21.

¹⁸ K. DAVIS, « Can business afford to ignore social responsibilities? » (1960) 2:3 *California Management Review* 70.

¹⁹ Il en va ainsi de la performance de l'entreprise. Il existe plus d'une centaine d'études empiriques sur le lien entre RSE et performance économique. L'une des plus anciennes dates de 1972 : J. H. BRAGDON et J. A. T. MARLIN, « Is pollution profitable? » (1972) 19:4 *Risk Management* 9.

²⁰ Voir notamment : M. BENLEMLIH, « Corporate social responsibility and firm financing decisions: A literature review » (2017) 42 *Journal of Multinational Financial Management* 1 ; B. CHENG, I. IOANNOU et G. SERAFEIM, « Corporate social responsibility and access to finance » (2013) 35:1 *Strategic management journal* 1.

²¹ J.-P. DOM, *Responsabilité sociale des entreprises : Identifier les initiatives et les instruments de niveau européen capables d'améliorer l'efficience juridique dans le champ de la responsabilité sociale des entreprises*, Étude, Bruxelles, Parlement Européen, 2012, p. 27.

(comme le risque judiciaire²²) porteurs de coûts qui pourraient affecter leur croissance, leur compétitivité ou leur rentabilité liés aux condamnations pour dommages environnementaux, pour des comportements sur les marchés (rétention ou défaillance de l'information, corruption...) ou pour des atteintes aux droits de l'Homme. « En clair, l'adoption d'un comportement socialement responsable permettrait d'acquérir des avantages et/ou d'éviter des inconvénients : *doing well by doing good* »²³.

4. L'objectif de cet article est de mettre en lumière l'une des stratégies contemporaines des États pour favoriser la RSE : l'utilisation du droit dur (ou « *hard law* ») ou de normes lui ressemblant de plus en plus²⁴. Si nous ne questionnons pas le point de savoir si les entreprises devraient ou non poursuivre une démarche de long terme, nous démontrons que le droit des sociétés par actions de plusieurs pays se transforme (avec une intensité variable) pour faire place à de nouvelles préoccupations. L'enjeu est de taille : « *From a company law perspective, the key challenge of such efforts is to reconcile considerations of long-termism and social or ecological interests with the fundamental purposes and objectives of companies* »²⁵. Longtemps porté par un objectif de rentabilité et vecteur d'une financiarisation de l'économie, ce droit (loi ou simplement projet) montre qu'il est animé d'une dynamique : donner corps au rôle sociétal de l'entreprise et reconnaître les intérêts des parties prenantes et leur contribution à la réussite à long terme de l'entreprise. Si le droit des sociétés le faisait déjà de manière « indirecte » (aux États-Unis par exemple, aucun tribunal n'a jamais sanctionné une décision d'affaires privilégiant les parties prenantes ou une démarche de RSE²⁶), il le fait aujourd'hui de manière « directe » en n'hésitant plus à se réformer et à faire l'objet de projets de loi ambitieux. Récemment, les professeurs Moslein et Sorensen

²² O. DI IORIO et E. HERBRETEAU, *Responsabilité Sociale d'Entreprise : le coût des sanctions*, Paris, Vigeo-Eiris [en ligne], 2015. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <www.vigeo-eiris.com/wp-content/uploads/2016/10/2015_Related-Sanctions_FR.pdf?x91198>.

²³ I. CORBISIER, « L'innovation au regard des valeurs et finalités de l'entreprise et de sa responsabilité sociale : un regard européen » (2020) 53:1 *Revue juridique Thémis* 171, p. 189.

²⁴ Nous entendons le droit dur (ou « droit qui impose » [R. DE QUENAUDON, *op. cit.*, p. 60]) comme ayant une valeur juridique impérative et coercitive dotée d'une force contraignante forte. En comparaison, le droit souple (« *soft law* » ou « droit qui guide » [R. DE QUENAUDON, *ibid.*]) a une valeur juridique facultative et incitative et a une force contraignante variable (absente ou faible). Toutefois, cette dichotomie répond à une logique binaire qui bien que traditionnelle, peut se révéler artificielle dans le domaine de la RSE. « Les évolutions qu'a connues le concept de RSE depuis le début du millénaire conduisent à mettre en évidence une certaine complexité des relations *hard law/soft law*, plutôt qu'une opposition binaire » (A. DELMAS, *La RSE : une voie pour la transition économique, sociale et environnementale, avis du conseil économique, social et environnemental*, avis du Conseil économique, social et environnemental, 2013, p. 18). « [U]ne obligation de *hard law* n'est pas un pléonasme, une mesure de *soft law* contraignante n'est pas un contresens » (I. CADET, *Responsabilité sociale de l'entreprise (RSE), responsabilité éthique et utopies, Les fondements normatifs de la RSE, Étude de la place du droit dans les organisations*, thèse de gestion et management, Conservatoire national des arts et métiers – CNAM, 2014, 201, p. 65).

²⁵ (Nous soulignons) F. MOSLEIN et K. ENGSIG SORENSEN, « Nudging for Corporate Long-Termism and Sustainability: Regulatory Instruments from a Comparative and Functional Perspective », (2017) 24 *Colum. J. Eur. L.* 391, p. 393.

²⁶ J. E. FISCH, « Measuring Efficiency in Corporate Law: The Role of Shareholder Primacy », (2006) 31 *Journal of Corporate Law* 637, p. 651.

ont relevé que : « *Legislators have increasingly intervened to encourage companies to pursue specific, predefined goals. Their intention has been to cultivate corporate conscience in order to incentivize companies to behave in socially responsible ways and to take long-term considerations into account* »²⁷. Au milieu des années 2000, le professeur Kent Greenfield avait déjà démontré que les parties prenantes faisaient l'objet d'une préoccupation certaine du législateur américain non seulement en droit des sociétés par actions, mais encore dans d'autres disciplines juridiques (tableau B). Mais les choses paraissent s'accélérer aujourd'hui et il y a une réception grandissante dans le droit dur des sociétés par actions lui-même de l'ensemble des préoccupations liées à la RSE.

Tableau B
Législation américaine de protection des parties prenantes²⁸

Stakeholders	-----Regulatory Focus-----		
	Results	Actions / Process	Structure
Shareholders	Limited Liability Profit-maximization norm Capital markets (Quasi-legal)	Duty of Care Duty of Loyalty Disclosure Law Anti-Fraud Law (10b-5) Insider trading law	Shareholder voting for directors Right to sue derivatively Right to vote on majeure corporate
Workers	Min wage OSHA	ERISA (limited protection) Tort / Wkrs' Comp Law Anti-discrimination law WARN Act Labor Law (limited)	
Community / Environment	«Command and control» statutes; EPA, CERCLA, CAA, CWA, etc.	Tort law WARN Act NEPA Planning/permitting Processes	
Customers	Contract law Consumer Safety law Regulatory protections (FAA, FDA, NHTSA, etc)	Anti-fraud law Tort law Anti-trust	
Creditors	Contract Law	Good faith in Contract / UCC Anti-fraud law Bankruptcy law	

5. La RSE a intégré le monde juridique depuis un moment déjà²⁹. À ce titre, elle est à l'origine d'une multiplicité d'outils (dont plusieurs sont encore embryonnaires) annonciateurs d'un système régulateur en émergence³⁰. Il en va ainsi du droit souple³¹,

²⁷ (Nous soulignons) F. MOSLEIN et K. ENGSIG SORENSEN, « Nudging for Corporate Long-Termism and Sustainability: Regulatory Instruments from a Comparative and Functional Perspective », *loc. cit.*, p. 394.

²⁸ K. GREENFIELD, « Debate: Saving the World with Corporate Law? », (2007-2008) 57:4 *Emory LJ* 947, p. 972.

²⁹ Sur cette rencontre du droit et de la RSE, voir : J.-Cl. JAVILLIER, « Responsabilité sociétale des entreprises et Droit : des synergies indispensables pour un développement durable » in J.-Cl. JAVILLIER (dir.), *Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, Genève, Institut international d'études sociales, 2007, 24 ; T. F. McINERNEY, « Putting regulation before responsibility: the limits of voluntary corporate social responsibility », (2005) 11-3 *Voices of Development Jurists* 1.

³⁰ C. GENDRON, A. LAPOINTE et M.-F. TURCOTTE, « Responsabilité sociale et régulation de l'entreprise mondialisée », (2004) 59-1 *Relations industrielles/Industrial* 73, p. 92.

³¹ CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple. Étude annuelle du Conseil d'État*, Paris, La documentation française, 2013.

qu'il s'agisse des textes internationaux (OCDE, OIT, normes ISO...), des codes de gouvernance nationaux quand ils existent, des codes de conduite ou des chartes éthiques³² qui compilent des engagements spontanés et volontaires³³ d'entreprises en matière écologique et sociale. Il est intéressant de relever l'évolution du discours de la Commission européenne à cet égard. En 2001, la Commission définissait la RSE comme « [...] un concept qui désigne l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes ». Cette définition révèle le caractère, tout d'abord, volontaire de la démarche RSE. Pour le droit dur, deux mondes se sont longtemps opposés : celui de la RSE, d'un côté, et celui du droit dur, d'un autre côté. Vis-à-vis du droit dur, le mouvement de saisine de la RSE est récent. La professeure Isabelle Corbisier résume bien le passage de la *soft* à la *hard law* : « L'évolution de la "soft" à la "hard law" résulte généralement d'un constat d'ineffectivité ou de la trop grande... mollesse de la contrainte introduite par la *soft law* »³⁴. Aussi, il est faux d'affirmer à l'heure actuelle que la RSE n'est pas du droit : c'est non seulement du droit souple, mais aussi – et de plus en plus – du droit dur.

6. Dans plusieurs pays, la loi combinée à la jurisprudence (auxquelles s'ajoutent des projets de loi) donne de la force à la RSE et démontre un mouvement inarrêtable de mondialisation³⁵. Au-delà de toute tradition juridique, le droit de la RSE devient progressivement plat pour paraphraser Thomas L. Friedman³⁶ :

- De nouvelles structures juridiques, qui portent la RSE dans leur ADN, intègrent le droit des sociétés par actions au travers de réformes législatives (I) ;
- Une redéfinition de l'intérêt social et une intégration grandissante dans les devoirs des administrateurs des préoccupations liées à la RSE et au long terme, ont lieu (II) ;

³² I. RODIC, *Responsabilité sociale des entreprises : le développement du cadre européen*, Mémoire d'études approfondies en études européennes, Institut européen de l'Université de Genève, Genève, 2007, p. 62 ; B. M'ZALI, C. HERVIEUX, M. M'HAMDI, *Un regard croisé d'experts et chercheurs sur la RSE : d'un contexte global de pays émergents*, Montréal, JFD, 2017, p. 80.

³³ I. CADET, « Aspects juridiques de la responsabilité sociale » (2016) 53:1 *I2D – Information, données & documents* 37, p. 37.

³⁴ I. CORBISIER, « L'innovation au regard des valeurs et finalités de l'entreprise et de sa responsabilité sociale : un regard européen » (2020) 53:1 *Revue juridique Thémis* 171, p. 194.

³⁵ À la différence de la globalisation qui renvoie à un processus économique et à la métamorphose d'un capitalisme émancipé du cadre national et financiarisé, la mondialisation concerne davantage les registres social, culturel, environnemental et politique et évoque l'avènement d'un « territoire-monde » et d'une « société-monde » (É. TASSIN, « La mondialisation contre la globalisation : un point de vue cosmopolitique » (2012) 44:1 *Sociologie du cosmopolitisme* 143, § 2 et 4 et s). Les événements et les décisions survenant en un lieu de la planète retentissent plus ou moins intensément sur les individus et les collectivités vivant en d'autres lieux (H. BARTOLI cité dans : « Globalisation versus mondialisation » 112 *Sciences humaines* [en ligne], 2001. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <https://www.scienceshumaines.com/globalisation-versus-mondialisation_fr_1044.html>).

³⁶ T. L. FRIEDMAN, *The World is Flat*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2005.

- Un nouveau devoir à la charge des entreprises émerge qui entend responsabiliser ces dernières. Même si elle est encore inégale selon les pays, la judiciarisation de la RSE³⁷ progresse et montre parallèlement le durcissement du droit (III) ;
- La transparence est de plus en plus en questionnée pour faire une place croissante aux données non financières et assurer leur crédibilité et comparabilité (IV).

I. Structure juridique : l'avènement de l'entreprise à mission³⁸

7. Les évolutions du droit dur de part et d'autre de l'Atlantique consacrent une organisation qui pousse les entreprises vers un idéal qui répond d'une manière équilibrée aux besoins financiers et sociaux : l'entreprise hybride ou à mission. Si les États-Unis (1), plusieurs pays européens et l'UE (2) ont avancé sur ce sujet (à des rythmes différents), le Canada paraît accuser du retard (3)³⁹. Loin d'un effet de mode, l'entreprise à mission est là pour rester d'autant que la pandémie mondiale constitue un puissant incitatif à son développement⁴⁰. Or, cette évolution juridique est d'importance, tant certains doutent que les entreprises lucratives traditionnelles puissent donner à la RSE toute sa portée en l'absence d'une consécration de l'entreprise à mission : « [...] *path*

³⁷ G. MARAIN, *La juridicisation de la responsabilité sociétale des entreprises*, Aix-en-Provence, PUAM, 2016, coll. « Institut Droit des affaires ».

³⁸ Cette partie ne détaille pas les formes juridiques spécifiques qui ont adopté le modèle de la coopérative, de la mutuelle, de l'association ou de la fondation et qui sont présentes depuis longtemps dans les États servant à l'analyse.

³⁹ Pour une comparaison des positions étatiques, voir : THOMSON REUTERS FOUNDATION, ORRICK et UNLTD, *Balancing purpose and profit. Legal mechanism to lock in social mission for "profit with purpose" businesses across the G8* [en ligne], 2014. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.trust.org/publications/i/?id=1d3b4f99-2a65-49f9-9bco-39585bc52cac>> ; et la mise à jour effectuée en juin 2016 : THOMSON REUTERS FOUNDATION, ORRICK et UNLTD, *Balancing purpose and profit. Legal mechanism to lock in social mission for "profit with purpose" businesses across the G8. Addendum: Review of legal and policy developments since 2014* [en ligne], 2016. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.trust.org/publications/i/?id=2435372d-3e6d-42d7-a726-aife21c8a400>>.

⁴⁰ J. M. SAIZ-ÁLVAREZ, A. VEGA, A. E. ACEVEDO DUQUE et D. CASTILLO, « B Corps: A Socioeconomic Approach for the COVID-19 Post-crisis » (2020) 11 *Frontiers in Psychology* 1 ; M. MOORE, « B Corps: A Socioeconomic Approach for the COVID-19 Post-crisis », *Fortune* [en ligne], 7 juillet 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://fortune.com/2020/07/07/danone-emmanuel-faber-b-corp-movement/>> ; S. MORRISON, « In an Economy Ravaged By COVID-19, B Corps Open a Door for Change », *Poole College of Management News* [en ligne], 1 juin 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://poole.ncsu.edu/news/2020/06/01/need-to-know-in-an-economy-ravaged-by-covid-19-b-corps-open-a-door-for-change/>> ; J. GALANG, « Do B Corps Treat Their Employees Better During Times Of Crisis? », *Future of Good* [en ligne], 14 avril 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://futureofgood.co/lessons-from-b-corps-about-supporting-employees-through-covid-19/>> ; E. CHHABRA, « How This Pandemic Could Help Fix Capitalism », *Forbes* [en ligne], 30 avril 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.forbes.com/sites/eshachhabra/2020/04/30/how-this-pandemic-could-help-fix-capitalism/#2cod34a02d56>> ; A. PETERS, « How businesses could emerge better after COVID-19, according to B Lab », *Fast Company* [en ligne], 31 mars 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.fastcompany.com/90483730/how-businesses-could-emerge-better-after-covid-19-according-to-b-lab>>.

dependence almost assures the continued dominance of shareholder primacy for the foreseeable future »⁴¹.

1. États-Unis : des lois à l'écho mondial

8. Alors que la certification *B Corp* délivrée par l'organisme à but non lucratif *B Lab* est apparue en 2006 aux États-Unis, il a fallu attendre 2010 pour que le législateur américain donne naissance aux premières formes sociales spécifiques. Celles-ci sont apparues dans les États du Maryland (avec la *Benefit Corporation*⁴²) et de la Californie (avec la *Flexible purpose corporation*⁴³ qui a changé de nom par la suite). Adoptée dans plus d'une trentaine d'États américains et en processus d'adoption dans d'autres, la *Benefit Corporation* a été la forme la plus médiatisée d'entreprise à mission. En 2013, c'est l'important État du Delaware lui-même qui a modifié son droit des sociétés par actions pour y inclure la *Public Benefit Corporation*⁴⁴.

9. Entreprise à finalité lucrative⁴⁵ à laquelle est adjointe une finalité sociale, la *Public Benefit Corporation* modifie la mission traditionnelle des sociétés commerciales. La *Public Benefit Corporation* a un double objectif : réaliser des profits et engendrer un bénéfice public général (et, possiblement, un ou plusieurs bénéfices sociaux spécifiques tels que la préservation de l'environnement, l'amélioration de la santé, la promotion des arts et des sciences...) en administrant l'entreprise de façon durable et responsable⁴⁶. Pour qu'une entreprise puisse se constituer en *Public Benefit Corporation*, elle doit inclure dans ses statuts au moins un apport positif ou une réduction d'effets négatifs sur une certaine catégorie de personnes, entités, communautés ou intérêts⁴⁷.

10. La *Public Benefit Corporation* remodèle le fonctionnement de l'entreprise :

- Les devoirs fiduciaires des administrateurs et des dirigeants sont assouplis. Les administrateurs doivent adopter un processus de décision organisationnelle qui évalue l'intérêt financier des actionnaires, l'intérêt des parties prenantes touchées et les considérations sociétales indiquées dans les statuts⁴⁸. Le non-respect de la prise en compte des effets de leurs décisions sur les actionnaires, les salariés, les clients, les tiers, l'environnement tant local que global, etc. ou de la réalisation du but d'intérêt public poursuivi par la société peut donner lieu à un recours judiciaire. Depuis la loi n° 341 du

⁴¹ C. LIAO, « Limits to Corporate Reform and Alternative Legal Structures », in B. SJAFJELL et B. J. RICHARDSON (dir.), *Company Law and Sustainability. Legal Barriers and Opportunities*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 274, p. 276.

⁴² *Senate Bill 690*, ch. 97 (Maryland).

⁴³ *Senate Bill 201*, ch. 740 (Californie) [en ligne], 2011. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <http://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201120120SB201>.

⁴⁴ *Senate Bill n° 47* (Delaware), 147th General Assembly, 17 juillet 2013.

⁴⁵ Del. Code. Ann. Tit. 8, § 362 (a).

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Del. Code. Ann. Tit. 8, § 362 (a)(1)-(2).

⁴⁸ Del. Code. Ann. Tit. 8, § 362 (a) et § 365 (a).

16 juillet 2020⁴⁹, un tel recours doit être intenté par des plaignants qui « [...] *own individually or collectively, as of the date of instituting such action, at least 2 % of the corporation's outstanding shares or, in the case of a corporation with shares listed on a national securities exchange, the lesser of such percentage or shares of the corporation with a market value of at least \$2,000,000 as of the date the action is instituted* »⁵⁰. La loi du 16 juillet 2020⁵¹ renforce aussi la protection des administrateurs, puisque ces derniers ne sont plus considérés comme « intéressés » en raison de leur détention d'actions de la société, sauf si une telle propriété créait un conflit d'intérêts au cas où la société ne serait pas une *Public Benefit Corporation*. En l'absence de conflit d'intérêts, le non-respect de l'exigence d'équilibrage des intérêts ne constitue pas un acte de mauvaise foi ou une violation du devoir de loyauté, sauf si les statuts le prévoient.

- En matière de gouvernance, le dispositif réglementaire de la *Public Benefit Corporation* comporte une règle de majorité renforcée pour la prise de certaines décisions. Il en va ainsi en cas de changement des bénéfices spécifiques prévus dans les statuts ou de modifications relativement à la fréquence, à la publicité et à l'évaluation du rapport sur les bénéfices. Depuis la loi n° 341 du 16 juillet 2020⁵², la conversion en *Public Benefit Corporation* d'une société par actions traditionnelle⁵³ (et réciproquement) et la fusion convertissant les actions d'une société par actions traditionnelle en actions d'une *Public Benefit Corporation* (et réciproquement) ne sont plus soumises à une majorité des deux tiers⁵⁴.

- Les exigences de transparence sont renforcées. En complément du rapport annuel classique, les administrateurs doivent produire un rapport au moins une fois tous les deux ans. Ce rapport détaille les actions prises pour respecter les engagements inscrits dans les statuts, le résultat des actions menées et d'autres informations indiquées dans la législation. Ce rapport doit respecter le standard de référence choisi par l'entreprise et contenir une évaluation de l'effet sur les intérêts de ceux qui sont affectés, de manière importante, par la conduite de la société et tout avantage public spécifique. À travers une indication expresse figurant dans les statuts, il est toutefois possible d'exiger la publication du rapport sur une base plus fréquente⁵⁵, de le rendre public⁵⁶, ou encore de prévoir une évaluation par une tierce partie⁵⁷.

⁴⁹ *House Bill n° 341* (Delaware), 150th General Assembly [en ligne], 16 juillet 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://legiscan.com/DE/text/HB341/2019>>. Voir : C. POSNER, « Will there be a renewed interest in IPOs of public benefit corporations? », *Colley PubCo* [en ligne], 22 juin 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://cooleypubco.com/2020/06/22/ipos-public-benefit-corporations/>>.

⁵⁰ Del. Code. Ann. Tit. 8, § 367.

⁵¹ *House Bill n° 341* (Delaware), *loc. cit.*

⁵² *Ibid.*

⁵³ La réforme de juillet 2020 élimine les droits d'évaluation dans cette hypothèse.

⁵⁴ Del. Code. Ann. Tit. 8, § 363.

⁵⁵ Del. Code. Ann. Tit. 8, § 366 (c)(1).

⁵⁶ Del. Code. Ann. Tit. 8, § 366 (c)(2).

⁵⁷ Del. Code. Ann. Tit. 8, § 366.

2. Union européenne : un monde en mouvement

11. Plusieurs pays européens ont fait également place à de nouvelles organisations alliant objectif lucratif et sociétal. Ces pays ont tantôt consacré une forme sociale à part entière (Angleterre, Italie⁵⁸), tantôt intégré l'idée de l'entreprise à mission sans recourir à une structure juridique particulière (France⁵⁹). Ce dernier choix est celui des instances de l'Union européenne.

12. Historiquement, le plus ancien modèle – et le plus robuste d'Europe⁶⁰ – est celui de la Grande-Bretagne avec la *Community Interest Company* (ci-après « CIC »). La CIC est une forme juridique spécifique du droit des sociétés à visée lucrative au Royaume-Uni. Elle « [...] est une structure pensée pour les besoins du secteur de l'économie sociale et des organisations à but social souhaitant fonctionner comme des sociétés »⁶¹. Le statut de CIC a trois conséquences :

- Les actifs détenus par la société afin d'assurer qu'ils soient destinés au bien-être de la communauté ;
- Des restrictions s'appliquent aux paiements de dividendes et d'intérêts versés aux actionnaires et aux bailleurs de fonds pour s'assurer que le principal objectif demeure la réalisation d'avantages pour la collectivité. En dépit de ces conséquences, la distribution de dividendes est possible. Toutefois, la CIC doit respecter un plafonnement de 35 % du total des bénéfices totaux de la société ;
- Les CIC sont placées sous le contrôle d'une autorité de régulation indépendante : l'*Office of the Regulator of Community Interest Companies*.

Jusqu'à récemment, l'Italie avait uniquement adopté un régime spécial sur l'entreprise sociale entré en vigueur avec les mesures d'application prises le 24 mars 2006 sans consacrer toutefois un statut particulier. Mais avec la loi n° 28 du

⁵⁸ Dans un contexte en effervescence, la Belgique, qui est le premier pays européen à avoir légiféré dans le domaine avec une loi du 13 avril 1995 créant la société à finalité sociale (article 661 du Code belge des sociétés), a fait étonnement disparaître cette forme de société dans sa plus récente réforme récente du droit des sociétés (*Loi n° 2019/040586 du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses*, M. B., 4 avril 2019, 33239).

⁵⁹ En plus de la France présentée ci-dessous, peuvent être signalés l'Allemagne ou le Luxembourg avec sa « société d'impact sociétal » entrée en vigueur en décembre 2016 (*Loi du 12 décembre 2016 portant création des sociétés d'impact sociétal* [en ligne], 2016. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2016/12/12/n1/jo>>).

⁶⁰ R. T. ESPOSITO, « The Social Enterprise Revolution in Corporate Law: A Primer on Emerging Corporate Entities in Europe and the United States and the Case for the Benefit Corporation », (2013) 4:2 *William & Mary Business Law Review* 639, p. 674.

⁶¹ COMMISSION AD HOC, « Le rôle sociétal de l'entreprise : Éléments de réflexion pour une réforme », *loc. cit.*, p. 116 et s.

28 décembre 2015 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016⁶², l'Italie a fait place à une entreprise à mission dotée de règles particulières s'inspirant largement de la *Benefit corporation* américaine : la *società benefit*⁶³. Les entreprises qui adoptent cette forme doivent mentionner dans leurs statuts un ou plusieurs buts de bénéfice commun ayant un ou plusieurs effets positifs, ou la réduction d'effets négatifs, sur une ou plusieurs des catégories suivantes : personnes, communautés, territoires et environnement, biens et activités culturelles et sociales, organisations, associations et autres porteurs d'intérêts. Elles doivent opérer « de manière responsable, durable et transparente ». La qualité d'entreprise à mission de la *società benefit* fait l'objet d'une déclaration au registre. De plus, la gestion de la *società benefit* doit permettre d'équilibrer l'intérêt des actionnaires, des parties prenantes et les finalités sociales. Une ou des personnes (« gestionnaire d'impact ») se voient alors confier la mission de poursuivre les objectifs de bénéfice commun et d'assurer un *reporting* complet et transparent des activités. À défaut de poursuivre leur mission ou de gérer l'entreprise de manière équilibrée, les dispositions du Code civil italien sur la responsabilité des dirigeants s'appliquent. De plus, l'entreprise à mission peut être sanctionnée sur le fondement de la publicité mensongère ou des règles de droit de la consommation. Chaque année, la *società benefit* doit produire un rapport d'impact certifié par un tiers indépendant qui est disponible en ligne et qui est joint au rapport financier.

13. En dépit de plusieurs évolutions législatives depuis le début des années 2000⁶⁴, la France a franchi une étape en adoptant la loi PACTE et en donnant naissance à la « société à mission ». D'une part, il est désormais possible pour toute société d'énoncer une raison d'être⁶⁵. L'entreprise à mission est alors facultative. L'article 169 de la loi PACTE modifie en ce sens l'article 1835 du Code civil en prévoyant 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 ». L'exposé des motifs de la loi PACTE reprenant *in extenso* les termes du rapport

⁶² *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato* (Legge di stabilità 2016). Pour une présentation en anglais de la loi sur la *società benefit*, voir : *Società Benefit* [en ligne], 2016. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <www.societabenefit.net/wp-content/uploads/2017/03/Italian-benefit-corporation-legislation-courtesy-translation-final.pdf>.

⁶³ G. CASTELLANI, D. DE ROSSI, L. MAGRASSI et A. RAMPÀ, « Le Società Benefit (Parte II) », *Fondazione Nazionale Commercialisti* [en ligne], 29 juillet 2016. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.fondazionenazionalecommercialisti.it/node/1078>> ; C. BAUCO, G. CASTELLANI, D. DE ROSSI et L. MAGRASSI, « Società Benefit (Parte III) », *Fondazione Nazionale Commercialisti* [en ligne], 30 janvier 2017. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.fondazionenazionalecommercialisti.it/node/1194>>.

⁶⁴ I. TCHOTOURIAN et M. MORTEO, avec la collab de K. MORIN, *L'entreprise à mission sociétale : Analyse critique et comparative du modèle*, Cowansville, Yvon Blais, 2019, p. 54 et s, § 33 et s.

⁶⁵ I. URBAIN-PARLEANI, « L'article 1835 et la raison d'être » (2019) 10 *Revue des sociétés* 575. Le Conseil d'État a fait remarquer à ce propos que ce n'était pas aussi nouveau que les porteurs du projet de loi voulaient le faire entendre : Conseil d'État, *Avis sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises* [en ligne], 14 juin 2018, p. 39, § 106. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.conseil-etat.fr/ressources/avis-aux-pouvoirs-publics/derniers-avis-publies/projet-de-loi-relatif-a-la-croissance-et-la-transformation-des-entreprises>>.

Notat-Sénard définit la raison d'être comme « l'expression de ce qui est indispensable pour remplir l'objet social ». Elle est le projet d'entreprise sur le long terme imprégné de valeurs qui renvoient à des préoccupations d'intérêt général⁶⁶. La méconnaissance de la raison d'être constitue une violation des statuts de nature à engager la responsabilité des administrateurs ou des dirigeants à l'égard de la société et des associés⁶⁷. D'autre part, les entreprises – de quelque forme commerciale qu'elles soient⁶⁸ – ont aujourd'hui la possibilité de se transformer en société à mission⁶⁹, « [...] en jouant la logique de la "raison d'être" jusqu'au bout »⁷⁰. L'article 176 de la loi PACTE a introduit trois nouveaux articles dans le Code de commerce qui viennent encadrer le contrôle de ce nouveau statut de société à mission⁷¹ qui ne constitue pas une forme sociale à part entière. Les articles L. 210-10 à L. 210-12 du Code de commerce prévoient ainsi qu'une société peut faire publiquement état de sa qualité de société à mission si ses statuts prévoient une raison d'être ; précisent un ou des objectifs environnementaux et/ou sociaux à atteindre ; indiquent les modalités du suivi de l'exécution des missions ; et si la qualité de société à mission fait l'objet d'une déclaration au greffe du tribunal de commerce qui la publie au registre du commerce et des sociétés (RCS)⁷². La loi PACTE instaure deux mécanismes pour garantir la poursuite des objectifs environnementaux et/ou sociaux et l'effectivité du dispositif⁷³ (un contrôle interne et un contrôle externe) :

- Le contrôle interne se fait au travers du suivi des objectifs environnementaux et/ou sociaux par un comité de mission composé d'au moins un salarié (ou, pour les entreprises de moins de 50 salariés, un référent de mission qui peut être un salarié) qui établit un document de suivi de l'exécution des missions qui est joint au rapport de gestion annuel et présenté en assemblée. Ce comité procède à toute vérification qu'il

⁶⁶ I. URBAIN-PARLEANI, « La raison d'être des sociétés dans le projet de loi pacte du 19 juin 2018 » (2018) 11 *Revue des sociétés* 623, p. 626, § 16.

⁶⁷ Art. L. 223-22 et L. 225-251 C. com. Pour les tiers, une telle action est plus difficile en raison de la condition de la faute détachable des fonctions qu'impose la jurisprudence. Voir : F.-D. POITRINAL, avec la collab. de B. BRIGNON, *La révolution contractuelle du droit des sociétés. Acte 2 : vers l'entreprise citoyenne*, Paris, RB Édition, 2019, p. 265, § 260.

⁶⁸ F.-D. POITRINAL, avec la collab. de B. BRIGNON, *op. cit.*, p. 267, § 260 bis.

⁶⁹ BPI FRANCE, « La qualité de "société à mission" » [en ligne], février 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://bpifrance-creation.fr/encyclopedie/structures-juridiques/choix-du-statut-generalites/qualite-societe-a-mission>>.

⁷⁰ E. DAOUD, « Loi Pacte, raison d'être, et société à mission : comment passer à la pratique ? », *Éditions législatives* [en ligne], 23 janvier 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.editions-legislatives.fr/actualite/loi-pacte-raison-d%E2%80%99etre-et-societe-a-mission-comment-passer-a-la-pratique>>.

⁷¹ R. MORTIER, « La société à mission en France et dans le monde » (2019) 172 *Journal des sociétés* 17 ; F. LARONZE, « Introduction » Conférence "L'entreprise à mission" : Réflexions sur le projet de loi PACTE, 2 mai 2019, *France Stratégie*, 2019, p. 15 ; E. MASSET, « Vers la société à mission ? » (2018) 11 *Revue des sociétés* 635.

⁷² Art. L. 210-10 5° C. com.

⁷³ Sur la base de l'article L. 210-11 du Code de commerce, une entreprise peut perdre son statut d'entreprise à mission.

juge opportune et se fait communiquer tout document nécessaire au suivi de l'exécution de la mission⁷⁴ ;

- Le contrôle externe se fait au travers du suivi des objectifs environnementaux et/ou sociaux par un organisme tiers indépendant. Ce contrôle externe a été précisé dans le décret n° 2020-1 du 2 janvier 2020⁷⁵. Tout d'abord, l'organisme tiers indépendant doit être accrédité par le COFRAC⁷⁶. Il est désigné au sein de la société à mission par son organe en charge de la gestion, pour une durée initiale qui ne peut excéder six exercices⁷⁷. La désignation est renouvelable dans la limite d'une durée totale de douze exercices. L'organisme tiers indépendant réalise les diligences suivantes. Il procède, **tous les deux ans, à la vérification de l'exécution des objectifs sociaux et environnementaux** que la société se donne pour mission de poursuivre dans le cadre de son activité. La première vérification doit avoir lieu dans les 18 mois suivant la publication de la déclaration de la qualité de société à mission au RCS⁷⁸. Pour les entreprises de moins de 50 salariés permanents ne comportant pas de comité de mission, la première vérification a lieu dans les **24 mois** suivant cette publication⁷⁹. Après avoir procédé à toutes les vérifications utiles⁸⁰, sur place ou sur pièces, l'organisme tiers rend **un avis motivé** qui retrace les diligences qu'il a mises en œuvre et indiquera si la société respecte ou non les objectifs fixés⁸¹. Le cas échéant, il mentionne les raisons pour lesquelles, selon lui, les objectifs n'ont pas été atteints ou pour lesquelles il lui a été impossible de parvenir à une conclusion. L'avis de l'organisme tiers indépendant est joint au rapport établi par le comité de mission et publié sur le site internet de la société⁸². Il demeure ensuite accessible publiquement au moins pendant cinq ans⁸³.

14. Au niveau européen, le Parlement a publié une résolution le 5 juillet 2018 qui recommande de créer un « label européen de l'économie sociale » – indépendant de la forme juridique choisie dans le cadre de leur législation nationale – qui devrait être attribué aux entreprises qui remplissent de manière cumulative les critères suivants :

« a) l'organisation devrait être une entité de droit privé, établie sous l'une des formes juridiques existant dans les États membres et relevant du droit de l'Union, et devrait être indépendante de l'État et des autorités publiques ;

⁷⁴ Art. L. 210-10 3° C. com.

⁷⁵ Ce décret s'intéresse aussi aux modalités de publicité de la qualité de société à mission. La mention « société à mission » apparaît au RCS ou au répertoire SIRENE (articles R. 123-53 et R. 123-222 C. com.). Les nouvelles sociétés ou les sociétés existantes qui souhaiteraient faire état de la qualité de société à mission devront le préciser dans leur demande d'immatriculation ou d'inscription modificative.

⁷⁶ Art. R. 210-21 I C. com.

⁷⁷ Art. R. 210-21 II C. com.

⁷⁸ Art. R. 210-21 II al. 2 C. com.

⁷⁹ Art. R. 210-21 II al. 3 C. com.

⁸⁰ Art. R. 210-21 III al. 1 C. com.

⁸¹ Art. R. 210-21 III al. 3 C. com.

⁸² Art. L. 210-10 4° et R. 210-21 C. com.

⁸³ Art. R. 210-21 IV C. com.

b) elle doit avoir un *but essentiellement tourné vers l'intérêt général ou l'utilité publique* ;

c) elle devrait *mener essentiellement une activité d'utilité sociale et solidaire*, c'est-à-dire avoir pour objectif, à travers ses activités, d'apporter un soutien à des personnes en situation vulnérable, de lutter contre les exclusions sociales, les inégalités et les violations des droits fondamentaux, y compris à l'échelle internationale, ou de concourir à la protection de l'environnement, de la biodiversité, du climat et des ressources naturelles ;

d) elle devrait être soumise à des *restrictions au moins partielles en matière de distribution de ses bénéfices*, ainsi qu'à des *règles particulières de répartition de ses bénéfices et de ses actifs durant toute sa vie*, y compris au moment de sa dissolution ; dans tous les cas, la majeure partie des bénéfices réalisés par l'entreprise devraient être réinvestis ou utilisés d'une autre manière pour la réalisation de sa finalité sociale ;

e) elle devrait être *dirigée conformément à un modèle de gouvernance démocratique*, qui associe ses employés, ses clients et les parties prenantes concernées par ses activités ; le poids et les compétences de ses membres dans la prise de décisions ne peuvent reposer sur les capitaux qu'ils pourraient éventuellement détenir »⁸⁴.

Si la Commission n'a pas bougé depuis, cette résolution est en droite ligne de plusieurs autres positions⁸⁵ cherchant à avancer vers une meilleure reconnaissance de la notion d'« entreprise de l'économie sociale et solidaire » par la création d'une définition juridique de base.

3. *Canada : l'innovation d'une province*⁸⁶

15. Le Canada est peu avancé sur le thème de l'entreprise à mission, du moins en vait-il ainsi de l'échelon fédéral. À part deux comités qui ont fait allusion en 2009 à cette entreprise⁸⁷, seule une consultation d'Industrie Canada lancée en 2013 est à signaler. Dans ce document, Industrie Canada a consacré un des dix chapitres de son document spécifiquement à la structure de constitution en société pour les entreprises socialement

⁸⁴ (Nous soulignons) CE, PARLEMENT EUROPÉEN, *Résolution du Parlement européen du 5 juillet 2018 contenant des recommandations à la Commission relatives à un statut pour les entreprises de l'économie sociale et solidaire*, 2016/2237(INL), recommandation 1, Annexe.

⁸⁵ Voir par exemple : CE, PARLEMENT EUROPÉEN, *Résolution du Parlement européen du 10 septembre 2015 sur l'entrepreneuriat social et l'innovation sociale dans la lutte contre le chômage*, 2014/2236(INI) ; CE, PARLEMENT EUROPÉEN, *Résolution du Parlement européen du 20 novembre 2012 relatif à l'Initiative pour l'entrepreneuriat social – Construire un écosystème pour promouvoir les entreprises sociales au cœur de l'économie et de l'innovation sociales*, 2012/2004(INI) ; CE, PARLEMENT EUROPÉEN, *Résolution du Parlement européen du 19 février 2009 sur l'économie sociale*, 2008/2250(INI).

⁸⁶ Pour plus de détails, voir : I. TCHOTOURIAN, « Légiférer sur l'article 1832 du Code civil : une avenue pertinente pour la RSE ? Expérience canadienne » (2018) 4 *Revue des sociétés* 211.

⁸⁷ I. TCHOTOURIAN et M. MORTEO, avec la collab. de K. MORIN, *op. cit.*, p. 73, § 51.

responsables⁸⁸. À cette occasion, Industrie Canada a cherché à savoir si les dispositions de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (ci-après « LCSA ») devaient être modifiées pour permettre la création d'entreprises socialement responsables ou pour appuyer le développement de ces entreprises. Dans ce cadre, le Comité a recommandé de tenir des consultations au sujet des entreprises socialement responsables et notamment de pousser la réflexion sur la constitution d'entreprises hybrides (entités à but lucratif et sans but lucratif) conformément à la LCSA⁸⁹.

16. L'entreprise à mission est à chercher du côté de deux provinces : la Nouvelle-Écosse et, surtout, la Colombie-Britannique⁹⁰. Avec son projet de loi 153 (*Nova Scotia's Bill 153*) aussi connu sous le nom de *Community Interest Companies Act* de 2012 entré en vigueur le 15 juin 2016⁹¹, la Nouvelle-Écosse a adopté la *Community Interest Company* qu'elle a soumis à un organisme de réglementation gouvernemental qui a le pouvoir de déterminer si une société est admissible à la désignation de *Community Interest Company* au moment de sa constitution et de surveiller le respect permanent des obligations auxquelles elle est tenue. De son côté, la Colombie-Britannique a adopté deux lois en quelques années pour modifier son *Business Corporation Act* (ci-après « BCA »). Elle propose aujourd'hui deux structures juridiques spécifiques. D'une part, elle offre aux entrepreneurs une forme originale depuis le 29 juillet 2013 avec la *Community Contribution Company* (société à contribution communautaire ou « C3 »)⁹². Ce sont les articles 51.91 à 51.99 (partie 2.2 du BCA) qui prévoient les règles pour l'incorporation de la C3. La C3 a plusieurs caractéristiques majeures :

⁸⁸ Canada, DIRECTION DE L'ENTREPRISE, DE LA CONCURRENCE ET DE L'INSOLVABILITÉ, « Consultation sur la Loi canadienne sur les sociétés par actions », Ottawa, Industrie Canada, 2013.

⁸⁹ Dans sa contribution à la consultation, le Barreau canadien a demandé au gouvernement canadien de changer la loi pour permettre l'adoption d'une *Benefit Corporation* (CHARITIES AND NOT-FOR-PROFIT LAW, BUSINESS LAW, INTERNATIONAL LAW SECTIONS, EQUALITY COMMITTEE AND CANADIAN CORPORATE COUNSEL ASSOCIATION OF THE CANADIAN BAR ASSOCIATION, *Canada Business Corporations Act*, Association du Barreau canadien [en ligne], 2014. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <[https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/vwapj/Canadian_Bar_Association.pdf/\\$FILE/Canadian_Bar_Association.pdf](https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/vwapj/Canadian_Bar_Association.pdf/$FILE/Canadian_Bar_Association.pdf)>).

⁹⁰ C. LIAO, « A Critical Canadian Perspective on the Benefit Corporation » (2017) 40 *Seattle U.L. Rev.* 683 ; A. DROST, S. CONSEDINE et I. CESCUTTI, « Comprendre les *benefit corporations* et leur potentiel au Québec » in S.F.C.B.Q., vol. 435, *Développements récents en droit des affaires*, Montréal, Yvon Blais, 2017, 185, p. 13 (PDF) (EYB2017DEV2531).

⁹¹ *Community Interest Companies Act*, Bill 153 (sanctionné – 6 décembre 2012), 4^e sess., 61^e légis. (N.- É.)

⁹² D. C. K. TANG, « Community Contribution Companies: Canada's First Purpose-Built Social Enterprise or Social Entrepreneurship Organizational Structure », *Lexology* [en ligne], 15 mars 2013. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=617db581-566d-4e73-866f-ade94c7ea1ed>>.

- L'importance d'un objectif communautaire⁹³ ;
- La restriction au versement de dividendes à hauteur de 40 % de ses profits pour l'exercice et de tout montant de dividendes non utilisés au cours d'un exercice précédent⁹⁴ ;
- Le verrouillage des actifs au moment de la dissolution⁹⁵ ;
- L'obligation d'avoir trois administrateurs⁹⁶ ;
- La publication d'un rapport annuel accessible au public sur l'apport à la collectivité qui décrit ses activités⁹⁷.

D'autre part, depuis le 30 juin 2020, la *Benefit Company* (ou « société d'intérêt social ») a été introduite en Colombie-Britannique⁹⁸. Elle ne constitue ni plus ni moins qu'une *Benefit Corporation* étatsunienne. À la différence de la C3, aucune restriction au versement des dividendes et aucun verrouillage des actifs ne sont prévus. Une *Benefit Company* est une société à but lucratif qui s'engage, au moyen d'une déclaration d'intérêt social (« *benefit statement* ») et d'une disposition relative à l'intérêt social (« *benefit provision* ») à exercer ses activités de manière responsable et durable, et à promouvoir un ou plusieurs intérêts publics. Le BCA prévoit qu'une société d'intérêt public exerce ses activités de « façon responsable et durable » si elle tient compte du bien-être des personnes touchées par les activités de la société d'intérêt public et si elle s'efforce d'utiliser une part équitable et proportionnée des ressources et capacités environnementales, sociales et économiques disponibles. Toute société peut devenir une *Benefit Company* en incorporant la déclaration d'intérêt social et la disposition relative à l'intérêt social dans ses statuts, auxquels les actionnaires consentent par résolution spéciale. À l'inverse, une *Benefit Company* peut cesser de l'être en retirant la déclaration d'intérêt social et la disposition relative à l'intérêt social de ses statuts, avec une résolution spéciale des actionnaires. Les actionnaires qui s'opposeraient pourraient exercer leur droit à la dissidence et, en cas d'adoption de la mesure, faire racheter leurs actions à leur juste valeur. En plus d'être tenus à une obligation fiduciaire au titre de laquelle ils doivent agir avec intégrité et de bonne foi, au mieux des intérêts de la société⁹⁹, les administrateurs et les dirigeants doivent agir honnêtement et de bonne foi

⁹³ *Business Corporations Act*, S.B.C. 2002, c 57, art. 51.91 et 51.92.

⁹⁴ *Business Corporations Act*, S.B.C. 2002, c 57, art. 51.94.

⁹⁵ *Business Corporations Act*, S.B.C. 2002, c 57, art. 51.931.

⁹⁶ *Business Corporations Act*, S.B.C. 2002, c 57, art. 51.93(1).

⁹⁷ *Business Corporations Act*, S.B.C. 2002, c 57, art. 51.96.

⁹⁸ T. R. SCOTT et A. MACDOUGALL, « La Colombie-Britannique introduit la "société d'intérêt social" (*benefit company*) dans sa législation », *CAIJ* [en ligne], 17 juin 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://edoctrine.caij.qc.ca/publications-cabinets/osler/2020/a121867/fr/id39959fi-98e9-4116-97d8-18a98adc960c/>>.

⁹⁹ *Business Corporations Act*, S.B.C. 2002, c 57, art. 142(1)a).

de sorte que l'entreprise exerce ses activités de manière responsable et durable et fasse la promotion des intérêts publics inscrits aux statuts de la société ; et maintenir l'équilibre entre cette obligation et l'obligation fiduciaire¹⁰⁰. Les administrateurs et les dirigeants se voient accorder une protection :

- Dès lors qu'ils agissent conformément aux obligations de la *Benefit Company*, ils sont censés respecter leurs obligations d'agir dans l'intérêt supérieur de la société ;

- Ils n'ont aucune obligation vis-à-vis des personnes dont le bien-être pourrait être affecté par les activités de la société ou qui ont un intérêt public énoncé dans ses statuts, et aucun recours ne peut être intenté contre eux. Seul un actionnaire détenant, au total, au moins 2 % des actions émises de la société ou, dans le cas d'une société cotée, 2 % des actions émises ou des actions émises dont la juste valeur marchande se chiffre à 2 000 000 \$ au moins, si ce montant est moins élevé peut intenter un tel recours¹⁰¹.

Enfin, la *Benefit Company* doit produire un rapport annuel des avantages qui comporte une évaluation des résultats en matière d'intérêts publics de la société selon une norme établie par une tierce partie. Les normes tierces peuvent notamment comprendre celles de la certification *B Corp*, de la *Global Reporting Initiative* et du *Sustainability Accounting Standards Board*. Les *Benefit company* conservent leurs rapports des avantages à leur siège social et doivent les publier sur leur site Web (si elles en ont un).

II. Intérêt social : le long chemin de son ouverture

17. Pour ouvrir l'intérêt social et les devoirs des administrateurs aux préoccupations de RSE¹⁰², certains pays ont fait évoluer leur loi des sociétés par actions (Angleterre,

¹⁰⁰ *Business Corporations Act*, S.B.C. 2002, c 57, art. 51.993(1)a).

¹⁰¹ *Business Corporations Act*, S.B.C. 2002, c 57, art. 51.993(4).

¹⁰² Ils en sont des vecteurs : Y. DE CORDT, *L'intérêt social comme vecteur de la responsabilité sociale*, Louvain-La-Neuve, Bruylant, 2008.

France¹⁰³, Canada)¹⁰⁴ et d'autres s'appuient sur les juges (notamment aux États-Unis¹⁰⁵). Le droit souple est d'ailleurs en droite ligne, ce que confirme une étude montrant que les enjeux de RSE sont de plus en plus intégrés dans les missions et responsabilités du conseil d'administration énoncées dans les codes européens de gouvernance¹⁰⁶ et les prises de position récentes du *Business Roundtable* ou du Forum économique mondial.

1. Angleterre : la divulgation renforcée autour de l'article 172

18. Le *Companies Act de 2006* est entré en vigueur en 2009 et a mis en place de nouvelles dispositions imprégnées de principes de *common law* concernant les devoirs

¹⁰³ Au niveau européen, la signification de l'intérêt social est source de discussions. Dès 2003, une communication de la Commission européenne sur la modernisation du droit des sociétés a affirmé que le rôle des administrateurs indépendants n'était pas uniquement de privilégier la valeur actionnariale, et qu'il importait d'assurer une protection adéquate des tiers afin de protéger les intérêts des actionnaires et des parties prenantes (CE, COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission européenne au Conseil et au Parlement européen. Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne : Un plan pour avancer*, COM (2003)/0264 final, 2003). Par la suite, une partie des États membres a progressivement intégré la prise en compte de parties prenantes dans leur droit national. Un guide publié en 2015 le souligne : « The role of stakeholders (employees, financiers, suppliers, local communities, and government) varies considerably across companies, sectors, and countries. In some European countries, the rights of stakeholders are enshrined in company law or other related legislation, such as codetermination and employment-protection legislation. By contrast, companies in other countries have a tradition of focusing more narrowly on the interests of shareholders » ([nous soulignons] IFC et ECODA, *A Guide to Corporate Governance Practices in the European Union*, International Finance Corporation, Washington DC, 2015, p. xii).

¹⁰⁴ L'Inde peut être ajoutée à cette liste (M. NANIWADKAR et U. VAROTTIL, « The Stakeholder Approach Towards Directors' Duties Under Indian Company Law: A Comparative Analysis » (2016) NUS Document de travail n° 2016/006, NUS Centre for Law & Business Document de travail n° 16/03). Modifié en 2013, son droit des sociétés par actions prévoit dans l'article 166(2) que : « A director of a company shall act in good faith in order to promote the objects of the company for the benefit of its members as a whole, and in the best interests of the company, its employees, the shareholders, the community and for the protection of environment » (nous soulignons). La justification de cette rédaction et son lien avec la RSE a été explicitée par le *Parliamentary Standing Committee on Finance* comme suit : « The Committee welcome the proposed changes with regard to the duties of a director to promote the objects of the company in the best interests of its employees, the community and the environment as well, particularly in the backdrop of Corporate Social Responsibility, which is proposed to be included in this statute... » (STANDING COMMITTEE ON FINANCE (2009-2010) (Fifteenth Lok Sabha), *Twenty-first Report, The Companies Bill, 2009* (Ministry of Corporate Affairs), Lok Sabha Secretariat, New Delhi [en ligne], 31 août 2010, § 11.80. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<http://www.prsindia.org/uploads/media/Companies%20Bill%202009.pdf>>).

¹⁰⁵ Pour la jurisprudence australienne, voir les décisions suivantes considérant que le devoir de loyauté des administrateurs s'adresse à l'ensemble de la société : *The Bell Group Ltd. (in liq) v. Westpac Banking Corporation*, [2008] WASC 239 au para 4394, conf. par [2012] WASCA 157 ; *Yukong Line Ltd. v. Rendsburg Investments Corporation*, [1998] 1 W.L.R. 294 ; *Darvall v. North Sydney Brick & Tile Co. Ltd.*, (1987) 16 NSWLR 212, 12 ACLR 537, 6 ACLC 154, p. 239 et s. ; *Kinsela v. Russell Kinsela PTY Ltd.*, [1986] 4 N.S.W.L.R. 722, p. 732 (Aus. F.C.) ; *Nicholson v. Permakraft (NZ) Ltd.*, [1985] 1 N.Z.L.R. 242, p. 249 et s. (N.Z.C.A.) ; *Walker v. Wimborne*, (1976) 137 CL.R 1 (HCA), p. 6 et s. En Belgique, dans l'affaire dite « Fortis », alors que la décision d'appel consacre la primauté des actionnaires sur tout autre intérêt, la décision de première instance se montrait plus ouverte pour prendre en compte les différents intérêts en présence quant à la décision de bloquer la vente de la participation de l'État dans la banque *Fortis* à la *BNP Paribas* (déposants, fournisseurs...) (Comm. Brux. (réf.), 18 novembre 2018, R.K., 212/2008, n° 124).

¹⁰⁶ AMF, *Rapport 2019 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées*, Paris, p. 9.

des administrateurs et des dirigeants. L'article 172 a introduit dans le droit anglais des sociétés la valeur actionnariale éclairée (« *enlightened shareholder value* »¹⁰⁷), soit le devoir des administrateurs de promouvoir le succès de leur entreprise (un objectif de maximisation des bénéfices) dans l'intérêt de ses actionnaires en prenant en considération l'ensemble des parties prenantes (dont les actionnaires)¹⁰⁸. À l'époque, il a été avancé qu'il s'agissait de la meilleure méthode pour assurer la durabilité, la prospérité et le bien-être de l'entreprise¹⁰⁹. L'objectif de cette disposition a été de définir « *[a] framework of company law, which is up-to-date, competitive and designed for the [new] century, a framework that facilitates enterprise and promotes transparency and fair dealing* »¹¹⁰.

19. Si l'article 172 du *Company Act* a soulevé des réserves¹¹¹, le droit anglais a été réformé en 2018 pour renforcer la transparence le concernant et intensifier la prise en compte des parties prenantes¹¹². « *The Companies (Miscellaneous Reporting) Regulations 2018 require directors to explain how they have had regard to various matters in performing their duty to promote the success of the company in section 172 of the Companies Act 2006* »¹¹³. Il en va ainsi de la Déclaration du paragraphe 172(1) figurant

¹⁰⁷ V. E. HARPER HO, « Enlightened Shareholder Value: Corporate Governance – Beyond the Shareholder-Stakeholder Divide » (2010) 36:1 *J. Corp. L.* 59.

¹⁰⁸ Soulignant la place historique des parties prenantes dans la gouvernance d'entreprise en Angleterre, voir : J. ARMOUR, S. DEAKIN et S. J. KONZELMANN, « Shareholder Primacy and the Trajectory of UK Corporate Governance » (2003) 41 *Brit. J. Industrial Relations* 531, p. 533.

¹⁰⁹ R. C. TATE, « Section 172 CA 2006: the ticket to stakeholder value or simply tokenism? » (2012) 3 *Aberdeen Student Law Review* 112.

¹¹⁰ J. LOWRY, « The duty of loyalty of company directors: bridging the accountability gap through efficient disclosure » (2009) 68:3 *The Cambridge Law Journal* 607.

¹¹¹ Les parties prenantes ne peuvent exercer de recours à l'encontre des administrateurs : « [...] *if a stakeholder believes that directors have breached s172, can they bring legal action to enforce this duty? Put simply, the answer is no* » (R. C. TATE, « Section 172 CA 2006: the ticket to stakeholder value or simply tokenism? », *loc. cit.*, p. 115). De plus, le succès de la société se résume dans les intérêts des parties prenantes qui sont uniquement déterminantes pour assurer la rentabilité de l'entreprise, qui est elle-même liée aux intérêts des actionnaires (P. GOPAL, « A Critical Examination of the Impact of Section 172 of the Companies Act 2006 », *The Student Journal of Law* [en ligne] [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://sites.google.com/site/349924e64e68fo35/issue-4/a-critical-examination-of-the-impact-of-section-172-of-the-companies-act-2006>>). Enfin, l'une des seules décisions judiciaires qui s'est prononcée sur l'article 172 (*R (on the application of People & Planet) v. HM Treasury*, [2009] EWHC 3020 Admin) a reconnu que le recours à cet article par les actionnaires était recommandé dans le contexte où ils cherchaient à influencer le conseil d'administration dans son processus décisionnel, mais non dans celui de l'obliger à prendre en compte les facteurs énoncés (G. TSAGAS, « Section 172 of the UK Companies Act 2006: Desperate Times Call for Soft Law Measures » *Oxford Business Law Blog* [blog en ligne], 1^{er} septembre 2017. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/09/section-172-uk-companies-act-2006-desperate-times-call-soft-law>>).

¹¹² Pour un résumé, voir : M. KEPA, M. MURRAY, S. CHEW et E. GRANT, *Deconstructing the Section 172(1) statement*, EY [en ligne], 2019. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/en_uk/topics/assurance/ey-deconstructing-the-section-172-1-statement.pdf>.

¹¹³ FINANCIAL REPORTING COUNCIL, *The UK Corporate Governance Code* [en ligne], juin 2018, p. 5, note 2. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet :

dans le rapport stratégique contenu dans le rapport annuel produit par les grandes entreprises¹¹⁴. Disponible sur internet, cette déclaration inclut un niveau de détail « approprié » suffisant pour montrer quelles parties prenantes ont participé à la prise de décision du conseil et comment leurs intérêts ont été traités lors des délibérations du conseil d'administration. Il en va également ainsi de la Déclaration de gouvernance d'entreprise résultant du code du *Financial Reporting Council* qui énonce au principe 1 *Board Leadership and company purpose* que : « *The board should understand the views of the company's other key stakeholders and describe in the annual report how their interests and the matters set out in section 172 of the Companies Act 2006 have been considered in board discussions and decision-making* »¹¹⁵. Enfin, la législation nouvellement adoptée comporte une Déclaration d'engagement des salariés contenue dans le rapport des administrateurs résumant la manière dont ces derniers se sont engagés avec eux, comment ils ont eu égard à leur intérêt et l'effet de cette considération, y compris sur les principales décisions prises par l'entreprise au cours de l'exercice.

2. France : la « fameuse » loi PACTE

20. Si les juges ont rendu quelques décisions isolées¹¹⁶ comme l'arrêt *Fruehauf* de 1965¹¹⁷, le débat français sur l'intérêt social ne rejette pas d'emblée une conception élargie¹¹⁸. À titre d'illustration, le professeur Jean-Jacques Daigre voit dans l'intérêt social « [...] l'intérêt supérieur de l'entreprise dépassant les intérêts catégoriels de tous ses membres »¹¹⁹. Comme le précise François-Guy Trébulle : « [...] valeur actionnariale contre responsabilité sociale de l'entreprise, le choc est frontal et assumé, mais certains dessinent les contours d'une voie médiane accordant une place centrale à la société prise dans la richesse de sa personnalité morale »¹²⁰. Avec son *Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises* (dit « PACTE ») dévoilé le 22 octobre 2017¹²¹, la

<https://www.frc.org.uk/getattachment/88bd8c45-50ea-4841-95b0-d2f4f48069a2/2018-UK-Corporate-Governance-Code-FINAL.pdf>.

¹¹⁴ DEPARTEMENT FOR BUSINESS, ENERGY AND INDUSTRIAL STRATEGY, *Corporate governance, the companies regulations 2018 q&a, miscellaneous reporting*, 2018.

¹¹⁵ FINANCIAL REPORTING COUNCIL, *The UK Corporate Governance Code* [en ligne], juin 2018, provision 5, *loc. cit.*

¹¹⁶ P. BISSARA, « Le gouvernement d'entreprise en France : faut-il légiférer encore et de quelle manière ? » (2003) 1 *Revue des sociétés* 51.

¹¹⁷ Cour d'Appel de Paris, 22 mai 1965, (1968) D. Jurisp. 147, note R. CONTIN. Voir aussi : C.A. Reims, 24 avril 1989, (1990) J.C.P. éd. E. II 2 15 677, note A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; (1989) Gaz. Pal. II Som. 431, note P. DE FONTBRESSIN ; (1989) RTD Com. 683, note Y. REINHARD ; (1990) R.S. Som. 77, note Y. GUYON.

¹¹⁸ I. TCHOTOURIAN et J.-Ch. BERNIER, *Devoir de prudence et de diligence des administrateurs et RSE : Approche comparative et prospective*, Cowansville, Yvon Blais, 2014, p. 154, § 103.

¹¹⁹ J.-J. DAIGRE, « Le gouvernement d'entreprise : feu de paille ou mouvement de fond ? » (1996) 40 *Droit et patrimoine* 22, p. 24.

¹²⁰ F.-G. TRÉBULLE, « Stakeholder Theory et droit des sociétés (deuxième partie) » (2007) 1 *Bulletin Joly Bourse* 7, p. 7.

¹²¹ *Loi n° 2019-486 relative à la croissance et la transformation des entreprises*, JO, 23 mai 2019, 2-152. Voir : I. URBAIN-PARLEANI, K. DECKERT, E. MASSET, A. COURET, P. BERLIOZ et J. MESTRE, « La réécriture des articles 1833 et 1835 du Code civil : révolution ou constat ? » 11 *Revue des sociétés* 625.

France a envoyé un message encore plus clair¹²². Le droit des sociétés par actions est régi par le Code de commerce, mais aussi par le Code civil. Or, le législateur français n'a pas hésité à réformer le Code civil pour réécrire son article 1833 dans le but de « [...] neutraliser ou sanctionner des actes préjudiciables à la société, voire susceptibles de compromettre son existence même »¹²³. L'article 1833 précise dorénavant que : « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. La société est gérée dans son intérêt social, *en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* »¹²⁴.

21. En projetant de modifier les articles 1832¹²⁵, 1833 et 1835 du Code civil, le ministre de l'Économie et des Finances et le Premier ministre entendaient consacrer la RSE comme une obligation commune à toutes les entreprises lucratives par le biais de la prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux dans leur gestion. Bien que le projet présenté à l'Assemblée nationale en octobre 2018 ne fasse référence qu'aux articles 1833 et 1835, l'idée demeure la même : consacrer la jurisprudence rendue par la Cour de cassation qui entend préserver l'intérêt fondamental de la société considérée comme personne morale à part entière, indépendamment de l'intérêt des associés¹²⁶. En effet, il s'agit de montrer que l'entreprise n'est pas la propriété des actionnaires¹²⁷, elle existe en tant que personne morale et sa croissance ne doit en aucun cas dépendre des personnes qui la dirigent ou de celles qui y investissent. Comme l'écrit le professeur Jean Paillusseau, avec la loi PACTE, « [...] le cap de l'intérêt social, c'est l'existence de la

¹²² S. MICHALAK, « De la prise en compte à la prise en charge de l'intérêt général par l'entreprise Quelques réflexions en marge de la loi PACTE » (2019) 3 *Revue du droit public* 551.

¹²³ France, Assemblée nationale, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, sur la proposition de loi Entreprise nouvelle et nouvelles gouvernances, n° 476 (2^e rect.)*, par D. POTIER, rapport n° 544 (10 janvier 2018), p. 25. Voir aussi : P. H. CONAC, « L'article 1833 et l'intégration de l'intérêt social et de la responsabilité sociale de l'entreprise » (2019) 10 *Revue des sociétés* 570.

¹²⁴ Étant donné que les modifications s'appliquent aux sociétés par actions, une référence identique a été ajoutée aux articles L. 225-35 et L. 225-64 du Code de commerce, textes relatifs à la société anonyme. La version préliminaire était plus ambitieuse et mentionnait que : « Toute société doit avoir un projet d'entreprise licite et être gérée dans l'intérêt commun des associés et des tiers prenant part, en qualité de salariés, de collaborateurs, de donneurs de crédit, de fournisseurs, de clients, ou autrement, au développement de l'entreprise qui doit être réalisée dans des conditions compatibles avec l'accroissement ou la préservation des biens communs ».

¹²⁵ Le projet de modification de l'article 1832 était le suivant : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent d'affecter des actifs, sous la forme d'apports en numéraire, en nature ou en industrie, à une entreprise commune en vue de développer un projet d'entreprise et de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie susceptible d'en résulter ».

¹²⁶ CONSEIL D'ÉTAT, *Avis sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises* [en ligne], 14 juin 2018, p. 36, § 97. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.conseil-etat.fr/ressources/avis-aux-pouvoirs-publics/derniers-avis-publies/projet-de-loi-relatif-a-la-croissance-et-la-transformation-des-entreprises>>.

¹²⁷ V. MERCIER, « Le rôle des parties prenantes dans l'évolution du droit des sociétés » (2019) 11 *Bulletin Joly Sociétés* 44 ; J.-Ph. ROBÉ, « À qui appartiennent les entreprises ? » (2009) 155-3 *Le Débat* 32, p. 34 ; et plus ancien : J.-M. DARROIS et A. VIANDIER, « L'intérêt social prime l'intérêt des actionnaires », *Les Échos*, 27- 28 juin 2003.

société, c'est l'existence et la pérennité de l'entreprise pour les sociétés qui exercent des activités économiques »¹²⁸.

3. Canada : la traduction législative de *Peoples*

22. Le Canada a développé une attitude proche de celle prévalant aux États-Unis¹²⁹. « *Until recently, Canadian corporate law has remained relatively passive about promoting CSR* »¹³⁰. Toutefois, sa position a peu à peu évolué et s'est retrouvée traduite dans une loi (*Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 19 mars 2019 et mettant en œuvre d'autres mesures*, adoptée le 21 juin 2019¹³¹) qui a modifié à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (ci-après « LCSA »). L'article 122 LCSA prévoit maintenant qu'en accomplissant leur devoir d'agir au mieux des intérêts de la société, les administrateurs et les dirigeants de celle-ci peuvent tenir compte de ce qui suit, sans y être limités :

- Les intérêts des actionnaires, des employés, des retraités, des pensionnés, des créanciers, des consommateurs et des gouvernements ;
- L'environnement ;
- Les intérêts à long terme de la société.

Ainsi, toute décision d'affaires qui occasionnerait des dommages aux parties prenantes peut être sanctionnée sur le fondement d'une violation au devoir de loyauté des administrateurs¹³². Mais des lacunes persistent. Parmi celles-ci, les parties prenantes ne se voient pas protégées par l'existence de recours spécifiques qui leur seraient ouverts¹³³.

¹²⁸ J. PAILLUSSEAU, « La mutation de la notion de société et l'intérêt social » (2020) 10 *Revue des Sociétés* 523, p. 529, § 27.

¹²⁹ *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) c. Wise*, [2003] J.Q. n° 505 (C.A.) ; *Palmer v. Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd.*, (1989) 67 O.R. (2d) 161 (H.C.) ; *Re Olympia & York Enterprises and Hiram Walker Resources Ltd.*, (1986) 59 O.R. (2d) (Gen.Div.). En doctrine, voir : E. E. PALMER, « Directors' Powers and Duties », in J. S. ZIEGEL, *Studies in Canadian Company Law, Études sur le droit canadien des compagnies*, vol. 2 « Corporation and Securities Law in the Seventies' », Toronto, Butterworths, 1967, 365, p. 371.

¹³⁰ E. PARAMONOVA, « Steering Toward "True North": Canadian Corporate Law, Corporate Social Responsibility, and Creating Shared Value » (2015) 12:1 *MJSDL* 27, p. 30.

¹³¹ *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 19 mars 2019 et mettant en œuvre d'autres mesures*, L.C. 2019, c 29.

¹³² R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, *Droit des sociétés par actions*, 3^e éd, Montréal, Thémis, 2011, p. 421.

¹³³ P. M. VASUDEV, « Corporate Stakeholders in Canada – An Overview and a Proposal » (2015) 45:1 *Ottawa Law Review* 135, p. 142 : « [...] the formal recognition of the stakeholder model of governance has not translated into an effective legal regime that can protect the interests of non-shareholder groups, and identifies the business judgment rule as a major impediment » (nous soulignons). Voir aussi : S. ROUSSEAU et I. TCHOTOURIAN, « La gouvernance d'entreprise, autrement », in C. GENDRON et B. GIRARD (dir.), *Repenser la responsabilité sociale de l'entreprise : l'école de Montréal*, Paris, Armand Colin, 2013, coll. « Recherches », 91, p. 101.

23. Il ne faut pas oublier que cette loi codifie les éléments clés d'une décision marquante de la Cour suprême rendue en 2004 concernant les devoirs des administrateurs et des dirigeants¹³⁴. Dans sa décision *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*¹³⁵, le plus haut tribunal du pays a considéré que : « [...] il est évident qu'il ne faut pas interpréter l'expression "au mieux des intérêts de la société" comme si elle signifiait simplement "au mieux des intérêts des actionnaires". D'un point de vue économique, l'expression "au mieux des intérêts de la société" s'entend de la maximisation de la valeur de l'entreprise » ; et que « [...] pour déterminer s'il agit au mieux des intérêts de la société, il peut être légitime pour le conseil d'administration, vu l'ensemble des circonstances dans un cas donné, de tenir compte notamment des intérêts des actionnaires, des employés, des fournisseurs, des créanciers, des consommateurs, des gouvernements et de l'environnement ». Il convient de noter que les retraités et les pensionnés ne sont pas expressément désignés comme parties prenantes dans la décision *Peoples*. Toutefois, la référence explicite aux retraités et aux pensionnés dans la LCSA est conforme à la politique du gouvernement fédéral axée sur la protection des travailleurs et des pensionnés.

24. Le droit canadien connaît en parallèle de nombreuses dispositions statutaires qui conduisent à sanctionner les comportements qui occasionnent des dommages aux parties prenantes¹³⁶ et a été, à ce titre, pionnier « [...] among the common law jurisdictions to include non-shareholder groups in the framework of corporate law »¹³⁷.

4. États-Unis : l'incertitude prétorienne

25. Aux États-Unis, une place importante est reconnue aux actionnaires¹³⁸ en raison d'une lecture contractualiste de l'entreprise¹³⁹. L'actualité législative est moins présente

¹³⁴ Elle est aussi en droite ligne d'une position de l'Association du Barreau canadien exprimée en 2014 : THE CANADIAN BAR ASSOCIATION, *Submissions on the Canada Business Corporations Act, Public Statement*, 2014, p. 23. Voir aussi les propositions de : C. PAQUETTE, « Promoting The Long-Term Management of Public Corporations Through A Reform of Canadian Corporate Law » (2019) 24 *Appeal* 19, p. 38 ; E. PARAMONOVA, « Steering Toward "True North": Canadian Corporate Law, Corporate Social Responsibility, and Creating Shared Value », *loc. cit.*, p. 46.

¹³⁵ *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, 2004 CSC 68, [2004] 3 RCS 461. Cette position jurisprudentielle a été réaffirmée et renforcée par la décision *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976* de 2008 ([2008] 3 RCS 560, 2008 CSC 69).

¹³⁶ R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 421, § 921, note 132.

¹³⁷ (Nous soulignons) P. M. VASUDEV, « Corporate Stakeholders in Canada – An Overview and a Proposal » *loc. cit.*, p. 139.

¹³⁸ J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « La légitimation de l'avarice dans la théorisation nord-américaine du droit des sociétés par actions », in V. FORTIN, M. JÉZÉQUEL et N. KASIRER (dir.), *Les sept péchés capitaux et le droit privé*, Montréal, Thémis, 2007, 209. Voir aussi : I. TCHOTOURIAN, « L'art de la juste équivalence en droit : Discussion autour du mot "corporate" de l'expression corporate governance » (2015) XL:157 *Revue de Recherche Juridique Droit prospectif* 455, p. 482 et s., § 15.

¹³⁹ M. C. JENSEN et W. H. MECKLING, « Theory of Firm: Management Behavior, Agency Costs and Ownership Structure » (1976) 3:4 *Journal of Financial Economics* 305.

concernant la notion d'intérêt social ou de parties prenantes¹⁴⁰ et c'est vers la jurisprudence qu'il faut se tourner. Une observation se dégage : l'orientation pro actionnariale de la jurisprudence américaine n'est pas aussi affirmée.

26. Si plusieurs décisions judiciaires démontrent une prépondérance en faveur des actionnaires¹⁴¹, c'est le procès opposant les frères Dodge à *Ford Motor* en 1919 qui est à marquer d'une pierre blanche¹⁴². À propos d'une décision d'Henri Ford refusant de distribuer d'importants profits aux actionnaires afin de diminuer le prix de vente des véhicules et d'embaucher de nouvelles personnes, la Cour suprême du Michigan a indiqué que les seuls ayant droits de l'entreprise étaient les actionnaires. L'entreprise est organisée d'abord pour le profit des actionnaires et la latitude discrétionnaire des dirigeants ne doit être mobilisée que dans cet unique but. Mais depuis, bien d'autres arrêts ont été rendus dans le cadre du devoir de loyauté des administrateurs qui rejettent cette position trop favorable aux actionnaires¹⁴³. Dans la récente décision *eBay v. Newmark*, l'ancien chancelier du Delaware (William Chandler) a néanmoins rappelé que : « *Having chosen a for-profit corporate form, the craigslist directors are bound by the fiduciary duties and standards that accompany that form. Those standards include acting to promote the value of the corporation for the benefit of its stockholders* »¹⁴⁴.

27. L'affaire *Smith Manufacturing Co v. Barlow*¹⁴⁵ démontre pourtant que les juges américains dès 1953 ont une compréhension à long terme du but de l'entreprise et qu'en ce sens, les actionnaires doivent prendre en compte cette réalité. Cette vision a été réaffirmée par les juges de la Cour du Delaware au début des années 90 dans *Crédit Lyonnais Bank Nederland N.V. v. Pathé Communications Corp.* Cet arrêt a considéré que les devoirs des dirigeants imposaient une obligation envers la communauté d'intérêts

¹⁴⁰ Il faut remonter au milieu des années 80 avec l'adoption par une trentaine d'États de statuts visant à protéger les parties prenantes (dénommées « *Constituency Statutes* ») pour faire face aux vagues d'achats hostiles d'entreprises qui se sont développées à cette époque. Voir : D. K. MILLON, « Redefining Corporate Law » (1991) 24:2 *Indiana Law Review* 223, p. 277.

¹⁴¹ *Granada Invs. Inc. v. DWG Corp.*, 823 F. Supp. 448, 459 (N.D. Ohio 1993) ; *Katz v. Oak Indus. Inc.*, 508 A.2d 873, 878 (Del. Ch. 1986) ; *Long v. Norwood Hills Corp.*, 380 S.W.2d 451, 476 (Mo. Ct. App. 1964). Citant la référence de l'affaire *Katz* à la maximisation de la valeur, voir : *Gans v. MDR Liquidating Corp.*, n° 9630, 1998 WL 294006, 3, par. 8 (Del. Ch. May 22, 1998) ; *Pittelman v. Pearce*, 8 Cal. Rptr. 2d 359, 361 (Cal. Ct. App. 1992) ; *Cont'l Ill. Nat'l Bank & Trust Co. v. Hunt Int'l Res. Corp.*, n° 7888, 7844, 1987 WL 55826, 4 (Del. Ch. 1987).

¹⁴² *Dodge c. Ford Moto Co.*, 170, N.W., 668, 684 : Mich. 1919. Pour des critiques, voir : L. A. STOUT, « Why We Should Stop Teaching Dodge v. Ford » (2008) 3:1 *Virginia Law & Business Review* 163, p. 166 et s. ; E. ELHAUGE, « Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest » (2005) 80:3 *New York University Law Review* 733, p. 772 et s.

¹⁴³ Il en est par exemple de *Murray v. Conesco, Inc.* (795 NE2d 454, 458-59 [Ind. 2003]), de *Thompson v. Cent. Ohio Cellular, Inc.* (639 NE2d 462, 469 [Ohio 1994]), de *Georgia-Pacific Corp. v. Great N. Nekoosa Corp.* (727 F Supp 31, 33 [D Me 1989]), de *Keyser v. Commonwealth Nat'l Fin. Corp.* (675 F Supp 238, 241, 265 [MD Pa 1987]) et de *Baron v. Strawbridge & Clothier* (646 F Supp 690, 697 [ED Pa 1986]).

¹⁴⁴ (Nous soulignons) *eBay Domestic Holdings Inc. v. Newmark*, 16 A.3d 1, 34 (Del. Ch. 2010).

¹⁴⁵ *Smith Manufacturing v. Barlow*, (1953) cité in T. L. BEAUCHAMP et N. E. BOWIE, *Ethical Theory and Business*, New Jersey, Pearson Prentice Hall, 2003, p. 85. Voir aussi : *Schlensky v. Wrigley*, 237 NE2d 776 (III App Ct 1968).

qui soutient l'entreprise¹⁴⁶. De plus, les juges, au-delà du fait de ne jamais avoir sanctionné une décision faisant primer les parties prenantes sur les actionnaires, admettent que des objectifs de long terme puissent s'imposer face à des décisions court-termistes hasardeuses¹⁴⁷. En matière de changement de contrôle, la Cour suprême du Delaware a d'ailleurs rendu une décision au milieu des années 80 où il peut être lu que : « [A] board of directors [...] is not under any per se duty to maximize shareholder value »¹⁴⁸.

III. Devoir de vigilance : le renforcement de la protection des droits de l'Homme

28. De part et d'autre de l'Atlantique, le droit dur intègre de plus en plus le devoir de vigilance des entreprises en matière de droits de l'Homme. Dans le cadre du domaine de la responsabilité des sociétés mères, le devoir de vigilance peut être défini comme une obligation positive enjoignant la société mère à identifier, prévenir et atténuer les effets négatifs sociaux, environnementaux et économiques qui résultent des activités de son groupe¹⁴⁹. Ce devoir est intégré dans de nombreux textes internationaux et standards relatifs à la conduite responsable des affaires dont l'application par les entreprises est volontaire¹⁵⁰. L'ONU¹⁵¹, l'OCDE¹⁵², l'OIT¹⁵³ ou encore l'ISO¹⁵⁴ affirment que les entreprises doivent faire preuve de vigilance dans le cadre de leurs activités pour prévenir les violations des droits de l'Homme. Force est de constater que l'intégration de la vigilance dans la loi ou la jurisprudence est un phénomène récent. Il y a moins de 10 ans, à l'exception des États-Unis, aucun État ne permettait une responsabilisation effective des multinationales pour les violations des droits de l'Homme dans les pays en

¹⁴⁶ *Crédit Lyonnais Bank Nederland N.V. c. Pathé Communications Corp.*, n° 12150, 1991 Del. Ch. LEXIS, 215 108, 30 déc. 1991.

¹⁴⁷ J. E. FISCH, « Measuring Efficiency in Corporate Law: The Role of Shareholder Primacy » *loc. cit.*, p. 651 ; E. N. VEASEY et Ch. T. DI GUGLIELMO, « What Happened in Delaware Corporative Law and Governance from 1992-2004? A Retrospective on Some Key Developments » (2005) 153:5 *University of Pennsylvania Law Review* 1399, p. 1429-1430.

¹⁴⁸ *Paramount Commc'ns, Inc. v. Time Inc.*, 571 A2d 1140, 1150 (Del 1989).

¹⁴⁹ Définition inspirée de : Y. QUEINNEC et S. BRABANT, « De l'art et du devoir d'être vigilant » (2013) 88 *RLDA* 49.

¹⁵⁰ J. FOURNIER et L. HECKENDORN URSCHELER, « International Standards in the Domain of Corporate Social Responsibility », in L. HECKENDORN URSCHELER et J. FOURNIER (dir.), *Regulating Human Rights Due Diligence for Corporations: A Comparative View*, Genève/Zurich, Schulthess Éditions Romandes, 2017, 17, p. 18.

¹⁵¹ J. RUGGIE, *Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'Homme et des sociétés transnationales et autres entreprises. Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies*, Doc. N.U. A/HRC/17/31, 2011.

¹⁵² OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2011 ; OCDE, *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*, 2018.

¹⁵³ CONSEIL D'ADMINISTRATION DU BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, Genève, OIT, 2017.

¹⁵⁴ ISO, *ISO 26000. Guidance on social responsibility*, 2010.

voies de développement¹⁵⁵. Depuis, plusieurs innovations ont eu lieu en la matière en Europe autant en matière législative que jurisprudentielle (1). De plus, au Canada, les positions novatrices des juges compensent la timidité du législateur (2). Toutefois, les États-Unis ont régressé en la matière (3). En parallèle, plusieurs initiatives récentes d'organisations internationales et suprarégionales témoignent de l'actualité de la question de la responsabilisation des grandes entreprises. Par exemple, le 24 juin 2014, le Conseil des droits de l'Homme de l'ONU a chargé un groupe de travail d'explorer la possibilité d'élaborer un instrument juridiquement contraignant pour réglementer, dans le cadre du droit international, les activités des entreprises multinationales. Trois versions successives du projet ont été publiées dont la dernière date du 6 août 2020¹⁵⁶. Ces évolutions normatives montrent que la gouvernance d'entreprise doit intégrer un risque de sanction attaché à la RSE de manière sérieuse.

1. *Union européenne : un temps d'avance*

1.1. *France et Pays-Bas : la vigilance par la loi*

29. La France a adopté en 2017 la *loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*¹⁵⁷. Ses dispositions sont codifiées aux articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 du Code de commerce et sont en vigueur depuis 2018. Cette loi contraint les sociétés mères françaises à « [...] identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement »¹⁵⁸. Trois conditions cumulatives sont prévues pour déterminer si une société est soumise au devoir de vigilance : elle doit avoir son siège social en France, avoir au moins 5 000 salariés en France ou 10 000 salariés

¹⁵⁵ Voir l'état des lieux dressés dans : J. ZERK, *Corporate liability for gross human rights abuses: Towards a fairer and more effective system of domestic law remedies*, rapport préparé pour le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, 2014.

¹⁵⁶ *Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*, Zero Draft, 16 juillet 2018 ; *Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*, OEIGWG Chairmanship Revised Draft, 16 juillet 2019 ; *Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*, OEIGWG Chairmanship second revised draft, 6 août 2020.

¹⁵⁷ *Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, JO, 28 mars 2017, texte n° 1. Sur cette loi, voir notamment : S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, Paris, LexisNexis, 2019 ; M.-C. CAILLET, « Du devoir de vigilance aux plans de vigilance ; quelle mise en œuvre ? » (2017) *Revue du droit social* 819 ; A. DANIS-FATÔME et G. VINEY, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre » (2017) *Recueil Dalloz* 1610 ; Ch. HANNOUN, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017 » (2017) *Revue du droit social* 806 ; D. KADAR et P.-L. PÉRIN, « Compliance et transparence en 2018. Nouvelles obligations de vigilance, d'anti-corruption et d'information extra-financière » (2018) 157 *Actes pratiques et ingénierie sociétariaire* 3 ; G. MARAIN, « Nature des devoirs issus de la proposition de loi relative à la vigilance » (2016) 68 *Les Petites Affiches* 6 ; A. LANGENFELD, *Devoir de vigilance des multinationales : Comparaison des choix de politique législative*, essai de maîtrise en droit, Université Laval, 2018, p. 67 et s.

¹⁵⁸ Art. L. 225-102-4 al. 3 C. com.

dans le monde et être une société par actions. Par conséquent, seules les plus grandes entreprises françaises sont concernées. Leur nombre n'est pas connu avec certitude, mais il semble osciller autour de 150. Les atteintes qu'elles sont tenues de prévenir sont celles ayant lieu dans le cadre de leurs propres activités, des sociétés qu'elle contrôle directement ou indirectement¹⁵⁹, ainsi que dans celles de leurs partenaires commerciaux avec lesquels elles ont une relation commerciale établie, car régulière, significative et stable¹⁶⁰. La détection et la prévention des risques relèvent cependant d'une obligation de moyens¹⁶¹. Les entreprises doivent établir un plan de vigilance dans lequel elles consignent les mesures adoptées qu'elles sont tenues d'implémenter effectivement. La publication du plan de vigilance est obligatoire¹⁶². Les entreprises sont invitées à associer leurs parties prenantes à l'élaboration du plan de vigilance¹⁶³.

30. Non contente de contraindre les multinationales françaises à faire preuve d'une vigilance « raisonnable », la loi française ouvre la voie à une judiciarisation des violations graves des droits de l'Homme et démontre la saisine par le droit dur de cette problématique. La loi prévoit en effet deux voies de recours différentes. Un premier recours permet d'obtenir l'émission d'une injonction enjoignant à une entreprise de se mettre en conformité avec son devoir de vigilance¹⁶⁴. Ce recours contraint une entreprise qui manquerait à ses obligations d'adopter les mesures de vigilance raisonnables nécessaires à la prévention des risques qu'elle génère. Un second recours permet aux victimes d'obtenir réparation pour les préjudices causés par des activités incluses dans le périmètre de la vigilance d'une société débitrice. Ce recours repose sur la responsabilité civile extracontractuelle de droit commun prévue par les articles 1240 et 1241 du Code civil français¹⁶⁵. À première vue, une telle position a de quoi séduire. Une analyse plus fine permet cependant de conclure que le succès d'un tel recours est plus qu'incertain. Les difficultés soulevées par la preuve de la faute et du lien de causalité peuvent s'avérer dirimantes. Ainsi, « *c'est donc bien à un vrai "parcours du combattant" qu'il faut s'attendre ici pour les plaignants* : de la saisine du "bon" tribunal à la preuve du préjudice, toutes les étapes (intérêt à agir, preuve, lien de causalité) devraient se révéler particulièrement ardues, pour un résultat judiciaire très incertain et sans doute limité »¹⁶⁶.

¹⁵⁹ Le contrôle visé ici est celui prévu par l'article L. 233-16 C. com.

¹⁶⁰ Com. 15 septembre 2009, *Bull. civ.*, IV, n° 110.

¹⁶¹ Ch. HANNOUN, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017 », *loc. cit.*, p. 5 (PDF) (Dalloz) ; G. MARAIN, « Nature des devoirs issus de la proposition de loi relative à la vigilance », *loc. cit.*, p. 2 (PDF) (Lextenso).

¹⁶² Art. L. 225-102-4 al. 10 C. com.

¹⁶³ (Nous soulignons) Art. L. 225-102-4 al. 4 C. com.

¹⁶⁴ Art. L. 225-102-4 al. 12 C. com.

¹⁶⁵ Art. L. 225-102-5 al. 1 C. com ; Cons. Const. 23 mars 2017, n° 2017-750, § 28. Tout régime de responsabilité du fait d'autrui est exclu (Cons. Const. 23 mars 2017, n° 2017-750, § 27).

¹⁶⁶ (Nous soulignons) D. KADAR et P.-L. PÉRIN, « Compliance et transparence en 2018. Nouvelles obligations de vigilance, d'anti-corruption et d'information extra-financière », *loc. cit.*, 52.

31. En pratique, deux ans après son entrée en vigueur, le bilan de la loi française sur le devoir de vigilance est plutôt contrasté. Les quelques études empiriques qui ont pu être publiées témoignent d'une mise en conformité disparate des entreprises avec leur nouveau devoir de vigilance¹⁶⁷. De plus, il y a des progrès, mais ceux-ci sont insuffisants. Un petit nombre d'actions en justice a été introduit pour discipliner les entreprises¹⁶⁸. À l'heure actuelle, aucune n'a abouti à une décision sur le fond. Toujours est-il qu'en matière de vigilance des grandes entreprises, la loi française est le texte législatif en vigueur le plus abouti à l'échelle mondiale. Les Pays-Bas offrent cependant un cadre législatif intéressant.

32. Les Pays-Bas ont adopté en 2019 une loi créant un devoir de vigilance portant uniquement sur le travail des enfants¹⁶⁹. Sont concernées toutes les entreprises, néerlandaises ou non, qui vendent des biens et services aux Pays-Bas, peu importe leur taille. En vertu de cette loi, les entreprises concernées doivent s'assurer que l'ensemble de leur chaîne d'approvisionnement n'utilise pas le travail des enfants. Cette loi inclut

¹⁶⁷ B. HÉRAUD, « Devoir de vigilance : Les premiers plans, publiés par les entreprises, doivent être améliorés », *Novethic* [en ligne], 2 mai 2018. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.novethic.fr/actualite/entreprise-responsable/isr-rse/devoir-de-vigilance-a-quoi-ressemblent-les-premiers-plans-publies-par-les-entreprises-145772.html>>; J. RENAUD et al., *Loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre. Année 1 : Les entreprises doivent mieux faire*, Actionaid et al. [en ligne], 2019. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <https://ethique-sur-etiquette.org/IMG/pdf/etude_devoir_de_vigilance_annee_1-2.pdf>; EDH ENTREPRISES POUR LES DROITS DE L'HOMME, *Application de la loi sur le devoir de vigilance : Plans de vigilance 2018-2019* [en ligne], 2019. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://e-dh.org/userfiles/EDH%20-%20Etude%20plans%20de%20vigilance%202019.pdf>>; SHIFT, *Human rights reporting in France: Two Years In: Has the Duty of Vigilance Law led to more Meaningful Disclosure?* [en ligne], 2019. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.shiftproject.org/resources/publications/vigilance2019/>>.

¹⁶⁸ Voir notamment : M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « L'entreprise Total assignée pour non-respect du devoir de vigilance : vers un premier procès climatique », *Le club des juristes* [en ligne], 28 février 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible en ligne : <<https://blog.leclubdesjuristes.com/lentreprise-total-assignee-pour-non-respect-du-devoir-de-vigilance-vers-un-premier-proces-climatique/>>; L. CAMEL, « “Devoir de vigilance” : Total devant la justice française pour les actes de sa filiale en Ouganda », *Le Monde* [en ligne], 12 décembre 2019. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <https://www.lemonde.fr/economie/article/2019/12/11/devoir-de-vigilance-total-devant-la-justice-pour-les-actes-de-sa-filiale-en-ouganda_6022480_3234.html>.

¹⁶⁹ *Wet zorgplicht kinderarbeid* [en ligne], 2019. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <https://www.eerstekamer.nl/behandeling/20170207/gewijzigd_vorstel_van_wet>. Sur cette loi, voir : A. HOFF, « Dutch child labour due diligence law: a step towards mandatory human rights due diligence », *Oxford Human Rights Hub* [en ligne], 10 juin 2019. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<http://ohrh.law.ox.ac.uk/dutch-child-labour-due-diligence-law-a-step-towards-mandatory-human-rights-due-diligence/#>>; A. MARCELIS, « Dutch take the lead on child labour with new due diligence law », *Ergon* [en ligne], 17 mai 2019. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://ergonassociates.net/dutch-take-the-lead-on-child-labour-with-new-due-diligence-law/>>; A. LANGENFELD, « La loi sur la diligence raisonnable contre le travail des enfants adoptée par les Pays-Bas », *Droit de l'entreprise, Gouvernance comparée et responsabilité sociétale* [blog en ligne], 14 juin 2019. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.gouvernance-rse.ca/?p=7565>>.

des sanctions pénales¹⁷⁰, une solution que le législateur français n'a pas jugé bon de retenir. Bien qu'elle puisse être bénéfique pour les enfants victimes d'exploitation, la loi néerlandaise ne leur ouvre aucune voie de recours¹⁷¹. Cette solution, critiquable, est néanmoins cohérente avec l'objectif premier de la loi : la protection des consommateurs nationaux¹⁷².

1.2. Angleterre : la vigilance par la jurisprudence

33. À partir des années 1990, les juges anglais ont été saisis de litiges interrogeant la responsabilité des sociétés mères à la tête d'entreprises multinationales. À ce titre, la justice anglaise a joué le rôle de tête de proue en matière de responsabilité des structures sociétaires transnationales. Ainsi, les affaires *Connelly v. R.T.Z.*¹⁷³ et *Lubbe v. Cape*¹⁷⁴ ont établi qu'un devoir de vigilance pourrait éventuellement être consacré. Toutefois, aucune de ces deux affaires n'a abouti à une condamnation de la société mère poursuivie pour les préjudices survenus dans le cadre des activités de sa filiale. Ces décisions, couplées à la réticence des juges anglais à se prononcer *forum non conveniens*, n'en ont pas moins ouvert la voie au développement du « *duty of care* » des sociétés mères dans la *common law* anglaise¹⁷⁵.

34. C'est dans l'affaire *Chandler v. Cape*¹⁷⁶ qu'une société mère a été condamnée pour la première fois pour manquement à son devoir de vigilance. En l'espèce, les faits portaient sur l'amiantose d'un travailleur en Angleterre provoquée par une exposition à l'amiante. Ce travailleur était salarié d'une filiale de la société *Cape* et n'avait pas été protégé contre les risques d'exposition à l'amiante pourtant inhérents à son lieu de travail. *Cape* exerçait un niveau de contrôle élevé sur les activités de sa filiale et avait connaissance des risques de maladie liés à l'amiante. *Cape* a été poursuivie en lieu et place de sa filiale, puisque celle-ci n'existait plus au moment de la poursuite. Il a été fait droit à la demande en première instance et en appel. En 2012, la décision d'appel a posé le précédent selon lequel un devoir de vigilance peut être reconnu sur une société mère dès lors qu'elle exerce un niveau de contrôle pertinent (« *relevant control* ») sur les activités de sa filiale¹⁷⁷. La décision développe un faisceau d'indices permettant de déterminer si un contrôle d'une telle nature a été exercé : « *[i]n summary, this case*

¹⁷⁰ A. HOFF, « Dutch child labour due diligence law: a step towards mandatory human rights due diligence », *loc. cit.*

¹⁷¹ CE, L. SMIT et al., *Study on due diligence requirements through the supply chain. Final report*, BIICL/Civic consulting/LES, 2020, p. 211.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ *Connelly v. RTZ Corporation Plc and Others*, [1997] UKHL 30.

¹⁷⁴ *Lubbe and Others and Cape Plc. and Related Appeals*, [2000] UKHL 41.

¹⁷⁵ Sur le devoir de vigilance dans la *common law* anglaise, voir notamment : M. PETRIN, « Assumption of Responsibility in Corporate Groups: *Chandler v. Cape plc* » (2013) 76:3 *The Modern Law Review* 603 ; A. LANGENFELD, *Devoir de vigilance des multinationales : Comparaison des choix de politique législative*, *op. cit.*, p. 21 et s.

¹⁷⁶ *Chandler v. Cape*, [2011] EWHC 951 (QB) ; *Chandler v. Cape*, [2012] EWCA Civ 525.

¹⁷⁷ *Chandler v. Cape*, [2012] EWCA Civ 525, § 46.

demonstrates that in appropriate circumstances the law may impose on a parent company responsibility for the health and safety of its subsidiary's employees. Those circumstances include a situation where, as in the present case, (1) the businesses of the parent and subsidiary are in a relevant respect the same; (2) the parent has, or ought to have, superior knowledge on some relevant aspect of health and safety in the particular industry; (3) the subsidiary's system of work is unsafe as the parent company knew, or ought to have known; and (4) the parent knew or ought to have foreseen that the subsidiary or its employees would rely on its using that superior knowledge for the employees' protection. For the purposes of (4) it is not necessary to show that the parent is in the practice of intervening in the health and safety policies of the subsidiary. The court will look at the relationship between the companies more widely. The court may find that element (4) is established where the evidence shows that the parent has a practice of intervening in the trading operations of the subsidiary, for example production and funding issues »¹⁷⁸.

35. Cette décision a confirmé que la judiciarisation de la violation des droits à l'étranger sur le fondement d'une faute de négligence constituant un manquement au devoir de vigilance était une voie de responsabilisation des entreprises anglaises. Toutefois, ses perspectives de succès sont apparues limitées lorsque les activités d'une filiale étrangère étaient concernées. Les affaires *Okpabi v. RDS*¹⁷⁹ et *AAA v. Unilever*¹⁸⁰ ont été renvoyées, en l'absence de telles perspectives sur le fond. Cependant, l'affaire *Lungowe & Ors v. Vedanta Resources Plc & Anor*¹⁸¹ est venue rompre avec cette position. Ce litige a été introduit en Angleterre par des paysans zambiens vivant à proximité d'un site d'extraction de cuivre exploité par une filiale indirecte de *Vedanta*. Ils alléguèrent que *Vedanta* communiquait publiquement autour de sa politique de RSE, laquelle s'appliquait aux activités litigieuses, et qu'elle contrôlait la filiale en question. La Cour suprême a été saisie de la question de savoir si le litige avait des chances raisonnables de succès et devrait être tranchée sur le fond. Le plus haut tribunal du pays a confirmé qu'une société mère anglaise pouvait être tenue d'un devoir de vigilance¹⁸². « *Everything depends on the extent to which, and the way in which, the parent availed itself of the opportunity to take over, intervene in, control, supervise or advise the management of the relevant operations (including land use) of the subsidiary* »¹⁸³. La Cour suprême anglaise a donc changé la donne. Les portes de la judiciarisation sont désormais ouvertes en dépit d'une certaine insécurité juridique.

¹⁷⁸ (Nous soulignons) *Ibid.*, § 80.

¹⁷⁹ *Okpabi & Ors v. Royal Dutch Shell Plc & Anor* (Rev 1), [2018] EWCA Civ 191.

¹⁸⁰ *AAA & Ors v. Unilever Plc & Anor*, [2017] EWHC 371 (QB).

¹⁸¹ *Lungowe & Ors v. Vedanta Resources Plc & Anor*, [2016] EWHC 975 (TCC) ; *Lungowe & Ors v. Vedanta Resources Plc & Anor*, [2017] EWCA Civ. 1528 ; *Vedanta Resources PLC and anor v. Lungowe v and ors*, [2019] UKSC 20.

¹⁸² *Vedanta Resources PLC and anor v. Lungowe v and ors*, [2019] UKSC 20.

¹⁸³ *Ibid.*, § 49.

1.3. De nouvelles réformes en perspective

36. Les choses bougent dans d'autres pays européens. La Suisse pourrait prochainement se doter d'une loi sur le devoir de vigilance. En avril 2016, une vaste coalition d'ONG lance une initiative populaire en ce sens¹⁸⁴. Le Parlement suisse n'est pas parvenu à un accord sur le sujet malgré qu'une de ses chambres ait proposé un contre-projet. Le projet sera donc soumis à la votation populaire le 29 novembre 2020. En Allemagne, un projet de loi-cadre sur le devoir de vigilance a également été présenté en février 2019 par le ministère fédéral de la Coopération économique et du Développement¹⁸⁵. Si ce projet venait à être adopté, il n'aurait pas à pâlir de la comparaison avec la loi française sur le devoir de vigilance¹⁸⁶.

37. Si l'Europe est à la pointe en termes de promotion de la RSE par des dispositifs contraignants grâce aux initiatives de pays qui la composent, elle s'est montrée moins active en termes de production juridique. Cela n'a pas empêché ses organes de se prononcer plus ou moins favorablement sur l'accès des victimes à une forme de réparation¹⁸⁷. Le 25 octobre 2016, le Parlement européen a donné de la voix dans une résolution remarquée sur la « Responsabilité des entreprises dans les violations graves des droits de l'Homme dans les pays tiers »¹⁸⁸. Si le texte n'est pas contraignant, il témoigne d'une volonté politique d'agir. Le Parlement demande ainsi aux États de faire respecter les droits de l'Homme, notamment contre les violations commises par des entreprises, même lorsque celles-ci opèrent dans des pays tiers ; de légiférer de manière contraignante afin de remplir leur obligation de prévenir et de punir les violations des droits de l'Homme ; d'assurer aux victimes l'accès à un recours effectif ; et de s'attaquer aux obstacles juridiques, procéduraux et pratiques empêchant les autorités chargées des poursuites d'enquêter et de poursuivre des entreprises européennes et/ou leurs représentants impliqués dans des crimes liés à des violations des droits de l'Homme. Mais une évolution pourrait avoir lieu. En janvier 2021, le règlement 2017/281 entrera pleinement en vigueur¹⁸⁹. Ce règlement prévoit l'existence d'un devoir de diligence dans la chaîne d'approvisionnement pour les minerais issus de zones de conflit ou à haut

¹⁸⁴ Initiative multinationales responsables [en ligne] [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://initiative-multinationales.ch/>>.

¹⁸⁵ P. SESEKE, « Une loi sur le devoir de vigilance à l'allemande ? » *Les blogs pédagogiques de l'Université Paris Nanterre* [blog en ligne], 11 juin 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://blogs.parisnanterre.fr/article/une-loi-sur-le-devoir-de-vigilance-lallemande>>.

¹⁸⁶ En ce sens : P. SESEKE, « Une loi sur le devoir de vigilance à l'allemande ? », *loc. cit.*

¹⁸⁷ Voir le bilan dressé dans : DIRECTORATE-GENERAL FOR EXTERNAL POLICIES, *Access to legal remedies for victims of corporate human rights abuses in third countries*, étude pour le Parlement européen, février 2019, p. 128-132.

¹⁸⁸ CE, PARLEMENT EUROPÉEN, *Résolution du Parlement européen du 25 octobre 2016 sur la responsabilité des entreprises dans les violations graves des droits de l'Homme dans les pays tiers*, 2015/2315(INI).

¹⁸⁹ CE, *Règlement (UE) 2017/821 du parlement européen et du conseil du 17 mai 2017 fixant des obligations liées au devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'Union qui importent de l'étain, du tantal et du tungstène, leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque*, [2017] JO, L 130/1.

risque. Pour autant, aucun recours n'est ouvert aux victimes, pas plus qu'il ne prévoit l'existence de sanctions juridiques. De son côté, la Commission européenne a publié en janvier 2020 un rapport intitulé *Study on due diligence requirements through the supply chain*¹⁹⁰. Ce rapport dresse un inventaire des dispositions juridiques de droit national touchant de près ou de loin à la responsabilité des entreprises européennes quant à leur chaîne d'approvisionnement¹⁹¹. Pour donner suite à cette publication, la Commission européenne envisage d'introduire une obligation de vigilance pour la chaîne d'approvisionnement relevant du droit dur¹⁹².

2. Canada : le temps de l'indécision

38. En matière de RSE, la situation canadienne est marquée par des progrès jurisprudentiels nuancés par la timidité du législateur.

2.1. La timidité des instances politiques

39. Au Canada, il n'existe pas encore de loi responsabilisant les entreprises par rapport à leurs activités à l'étranger, pas plus qu'il n'existe de base légale d'origine législative permettant la judiciarisation des atteintes aux droits de l'Homme à l'étranger. Plusieurs projets de loi ont été déposés. Il s'agit des projets C-300¹⁹³, C-323¹⁹⁴ et C-584¹⁹⁵. Ces ambitieux projets n'ont pas été adoptés¹⁹⁶. Le principal instrument canadien de RSE est une stratégie intitulée *Stratégie améliorée du Canada relative à la responsabilité sociale des entreprises, visant à renforcer les industries extractives du Canada à l'étranger*¹⁹⁷. Comme son nom l'indique, elle s'adresse à l'industrie extractive. Cette

¹⁹⁰ CE, L. SMIT et al., *op. cit.*

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 170 et s. Cet inventaire observe qu'au-delà des dispositions de droit dur, nombre de dispositions à la texture normative variée incite les entreprises européennes à faire preuve de vigilance.

¹⁹² B. HÉRAUD, « La crise du Covid pousse l'Union européenne à accélérer le déploiement du devoir de vigilance » *Novethic* [en ligne], 19 mai 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.novethic.fr/actualite/entreprise-responsable/isr-rse/devoir-de-vigilance-la-crise-du-covid-19-accelere-son-etendue-a-l-union-europeenne-148542.html>>.

¹⁹³ PL C-300, *Loi sur la responsabilisation des sociétés à l'égard de leurs activités minières, pétrolières ou gazières dans les pays en développement*, 2^e sess, 40^e lég, 2009 (dépôt et première lecture le 9 février 2009).

¹⁹⁴ PL C-323, *Loi modifiant la Loi sur les Cours fédérales (promotion et protection des droits de la personne à l'échelle internationale)*, 1^{re} sess, 41^e lég, 2011 (dépôt et première lecture le 5 octobre 2011).

¹⁹⁵ PL C-584, *Loi concernant la responsabilité sociale d'entreprise inhérente aux activités des sociétés extractives canadiennes dans des pays en développement*, 2^e sess, 41^e lég, 2014 (dépôt et première lecture le 31 mars 2014).

¹⁹⁶ Sur ces projets, voir : I. TCHOTOURIAN, V. DESHAYE et R. MAC FARLANE-DROUIN, « Entreprises et responsabilité sociale : évolution ou révolution du droit canadien des affaires ? » (2016) 57:4 *Les Cahiers de Droit* 635.

¹⁹⁷ AFFAIRES MONDIALES CANADA, « Stratégie améliorée du Canada relative à la responsabilité sociale des entreprises, visant à renforcer les industries extractives du Canada à l'étranger », *Gouvernement du Canada* [en ligne], 31 juillet 2019. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/other-autre/csr-strat-rse.aspx?lang=fra>>. Sur la situation canadienne, voir également : Ch. KAMPHUIS, « Canadian Mining Companies and Domestic Law Reform: A Critical Legal Account » (2012) 13 *German Law Journal* 1459.

stratégie a été initialement adoptée en 2014 et révisée en 2018¹⁹⁸. Elle est structurée autour de quatre axes : favoriser un meilleur rendement des entreprises en matière de RSE ; promouvoir et renforcer les principes de RSE ; favoriser l'établissement de réseaux et de partenariats et encourager le dialogue et les mécanismes non judiciaires en vue du règlement des différends¹⁹⁹. Relevant du droit souple, cette stratégie ne prévoit aucune obligation de faire ou de ne pas faire qui soit contraignante²⁰⁰. Aucune sanction civile ou pénale n'est édictée.

40. En droite ligne de son choix de recourir au droit souple en matière de RSE, le gouvernement canadien s'en remet au règlement non judiciaire des différends en cas de violation des droits de l'Homme à l'étranger par des entreprises canadiennes²⁰¹. Ainsi, la création d'un ombudsman canadien de l'entreprise responsable a été annoncée en janvier 2018 et a été pourvue en avril 2019²⁰². Le mandat de cet ombudsman est déterminé par voie de décret²⁰³. L'ombudsman a pour principale mission de permettre le règlement des différends opposant une entreprise canadienne à ses parties prenantes. À ce titre, il peut agir en tant que médiateur ou rediriger le différend vers une procédure d'arbitrage. Mais il est incertain que l'ombudsman puisse contribuer à l'amélioration des pratiques des entreprises canadiennes à l'étranger²⁰⁴. Ses pouvoirs sont limités puisqu'il ne peut pas enquêter ou contraindre les entreprises à adopter des mesures favorables

¹⁹⁸ AFFAIRES MONDIALES CANADA, « Stratégie améliorée du Canada relative à la responsabilité sociale des entreprises, visant à renforcer les industries extractives du Canada à l'étranger », *loc. cit.*

¹⁹⁹ I. TCHOTOURIAN, *Entreprises et responsabilité sociale : La gouvernance en question*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2019, p. 103-104, n° 142-145.

²⁰⁰ La stratégie « [...] démontre clairement que le gouvernement du Canada s'attend à ce que les entreprises canadiennes fassent la promotion des valeurs canadiennes et qu'elles opèrent selon les plus hauts standards d'éthique. Elle décrit également les initiatives mises de l'avant par le gouvernement pour aider les entreprises canadiennes à améliorer leur rendement en matière de RSE, ainsi qu'à maximiser les avantages qui peuvent découler de leurs investissements dans les pays où elles mènent des activités » (AFFAIRES MONDIALES CANADA, « Stratégie améliorée du Canada relative à la responsabilité sociale des entreprises, visant à renforcer les industries extractives du Canada à l'étranger », *Gouvernement du Canada* [en ligne], 31 juillet 2019. Disponible sur internet : <<https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/other-autre/csr-strat-rse.aspx?lang=fra>>).

²⁰¹ Ch. KAMPHUIS, « Canadian Mining Companies and Domestic Law Reform: A Critical Legal Account », *loc. cit.* ; S. L. SECK, « Canadian Mining Internationally and the *UN Guiding Principles for Business and Human Rights* » (2011) 49 *Canadian Yearbook of International Law* 51, p. 84 ; A. LANGENFELD, « L'Ombudsman Canadien pour la Responsabilité des Entreprises : lecture critique d'une innovation Canadienne » (à paraître), *Les Cahiers de Droit*.

²⁰² *Nomination de SHERI MEYERHOFFER, d'Ottawa (Ontario), conseillère spéciale du ministre du Commerce international, devant porter le titre d'ombudsman canadien pour la responsabilité des entreprises, à titre inamovible pour un mandat de cinq ans, à compter du 1^{er} mai 2019*, CP 2019-0300.

²⁰³ *Ombudsman canadien pour la responsabilité des entreprises : Décret remplaçant l'annexe du décret C.P. 2019-299 du 8 avril 2019*, CP 2019-1323.

²⁰⁴ M.-D. LANGLOIS, « De sérieuses questions sur l'ombudsman canadien », *Le Devoir* [en ligne], 29 juin 2019. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.ledevoir.com/opinion/idees/557726/responsabilite-des-entreprises-extractives-de-serieuses-questions-sur-l-ombudsman-canadien>>.

aux parties prenantes. L'ombudsman remplace le Bureau du Conseiller en RSE²⁰⁵ en reprenant peu ou prou l'essentiel de ses caractéristiques, sachant que ce Conseiller s'était révélé inefficace.

2.2. Des progrès jurisprudentiels

41. Le Canada est peu disert sur le devoir de vigilance, mais une décision rendue en Ontario il y a peu lui offre un avenir prometteur. L'affaire *Hudbay*²⁰⁶ constitue un tournant majeur pour la RSE puisqu'elle ouvre la voie à la reconnaissance d'un devoir de vigilance²⁰⁷. L'affaire portait sur des allégations de violations graves des droits de l'Homme au Guatemala survenues dans le cadre des activités minières d'une filiale contrôlée par une société canadienne *Hudbay Minerals Inc.* (ci-après « Hudbay »)²⁰⁸. En l'espèce, le tribunal devait déterminer s'il était possible de tenir la société mère canadienne directement responsable des violations des droits de l'Homme perpétrées en territoire étranger par sa filiale. Une telle solution constituant un nouveau devoir de vigilance, le test développé dans la jurisprudence anglaise *Anns*²⁰⁹ a été appliqué. Dans cet arrêt, la juge Carole Brown a rejeté les requêtes introduites par l'entreprise torontoise Hudbay à l'encontre de trois requérants guatémaltèques. Le tribunal a conclu qu'il n'était pas manifeste et évident qu'une société mère canadienne ne pourrait pas être tenue d'un tel devoir de vigilance à l'égard des victimes des activités de ses filiales²¹⁰. L'affaire poursuit son cours. Mais, sur la base de ce jugement de *common law*, les engagements de RSE peuvent dorénavant être constitutifs d'une obligation de vigilance et, possiblement, d'une sanction judiciaire par la reconnaissance d'une responsabilité extracontractuelle. Le tribunal ontarien a ouvert la voie à une nouvelle responsabilité pesant sur les sociétés mères. En vertu des règles de responsabilité civile extracontractuelle, dès lors qu'un devoir de vigilance peut être établi, une société mère pourrait être jugée directement responsable (solidairement avec sa filiale) de négligence à condition que les actions directes de chacune de ces sociétés soient source de dommages. Si aucun tribunal canadien n'a fait encore droit à de tels griefs, il n'existe à l'inverse aucune décision qui écarte ce type de réclamation.

²⁰⁵ AFFAIRES MONDIALES CANADA, « Bureau du conseiller en responsabilité sociale des entreprises (RSE) de l'industrie extractive », *Gouvernement du Canada* [en ligne] [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <https://www.international.gc.ca/csr_counsellor-conseiller_rse/index.aspx?lang=fra>.

²⁰⁶ *Choc v. Hudbay Minerals Inc.*, 2013 ONSC 1414. Une autre affaire d'importance concernant l'exécution de jugements rendus à l'étranger est : *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, 2013 ONCA 758.

²⁰⁷ S. C. MIJARES PEÑA, « Human Rights Violations by Canadian Companies Abroad: Choc v. Hudbay Minerals Inc » (2014) 5:1 *Western Journal of Legal Studies* 1 ; S. IMAI, B. MAHEANDIRAN et V. CRYSTAL, « Access to justice and corporate accountability: a legal case study of HudBay in Guatemala » (2014) 35:2 *Revue canadienne d'études du développement* 285.

²⁰⁸ Pour en savoir plus sur les faits de l'espèce, voir : I. TCHOTOURIAN, V. DESHAYE et R. MAC FARLANE-DROUIN, « Entreprises et responsabilité sociale : évolution ou révolution du droit canadien des affaires ? » *loc. cit.*, 665 et s.

²⁰⁹ *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] AC 728.

²¹⁰ *Chevron Corp. c. Yaiguaje*, (2015) 3 RCS 69, § 54 et s.

42. En droit canadien des sociétés, une société mère pourrait donc voir sa responsabilité engagée quand elle participe directement à des activités dommageables ou quand elle les contrôle directement²¹¹. Cependant, il n'est pas certain que ce type de litige prospère. En effet, des incertitudes sur la portée des codes de conduite et sur les obligations existant dans des relations de sous-traitances subsistent. L'affaire *Das*²¹² démontre par son échec les difficultés pour les demandeurs à faire reconnaître une obligation de vigilance qui découlerait de l'adoption d'un code d'éthique. La trame factuelle entourant l'action collective contre l'entreprise *George Weston Limited* tient au fait que sa filiale (*Joe Fresh*) achetait des vêtements à une entreprise bangladaise qui, à son tour, sous-traitait la production de ses vêtements à une entreprise dont les locaux se trouvaient au *Rana Plaza*. Les demandeurs ont allégué que *George Weston Limited* avait manqué à son obligation de vigilance en enfreignant son propre code de conduite. Plus spécifiquement, les demandeurs ont soutenu que *George Weston Limited* s'était engagé dans son code de conduite à protéger la santé et la sécurité des salariés opérant dans les usines où ses biens étaient produits. Cet engagement dénotait l'existence d'une obligation fiduciaire de protéger la santé et la sécurité des salariés. Ils ont prétendu à cet égard que *George Weston Limited* avait fait preuve de négligence puisque les audits sociaux commandés pour vérifier la conformité des activités des fournisseurs au code de conduite étaient insuffisants pour répondre aux risques de santé et de sécurité des salariés. En l'espèce, les juges ont refusé le recours collectif initié par les victimes du *Rana Plaza*²¹³ en estimant que l'entreprise canadienne *George Weston Limited* n'avait pas d'obligation de vigilance ni de devoirs fiduciaires envers les demandeurs, et ce, malgré le code de conduite qu'elle avait adopté à l'égard des salariés étrangers. Dans sa décision, la Cour a pris en compte la capacité limitée de contrôle de *George Weston Limited* sur les fournisseurs indépendants situés à l'étranger. Elle a conclu qu'il serait déraisonnable d'imposer un devoir de telle sorte en raison du manque de proximité entre les demandeurs et les défendeurs. *George Weston Limited* n'était pas personnellement responsable du contexte dangereux dans lequel les salariés se trouvaient et elle n'était pas en mesure de corriger la situation. La reconnaissance du devoir de vigilance *prima facie* impose la prévisibilité du risque et la proximité entre les demandeurs et les défendeurs²¹⁴.

²¹¹ Ch. NWAPI, « Resource Extraction in the Courtroom: The Significance of *Choc v. Hudbay Mineral Inc* for Transnational Justice in Canada », (2014) 14 *Asper Review of International Business and Trade Law* 121, p. 159.

²¹² *Das v. George Weston Limited*, 2017 ONSC 4129 ; *Das v. George Weston Limited*, 2018 ONCA 1053.

²¹³ H. BUZZETI, « Effondrement du Rana Plaza : les frontières de la justice », *Le Devoir* [en ligne], 9 août 2019. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.ledevoir.com/politique/canada/560267/effondrement-du-rana-plaza-la-justice-devra-etre-rendue-au-bangladesh>>.

²¹⁴ *Odhavji Estate c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263, § 52.

3. États-Unis : le recul

43. L'article 1502 du *Dodd-Frank Act*²¹⁵ adopté en 2010 impose aux entreprises de divulguer les mesures de diligence raisonnable qu'elles adoptent quant à leur utilisation des minéraux de conflit. Le législateur fédéral américain n'a cependant pas rendu obligatoire le devoir de vigilance en encourageant simplement la divulgation des mesures qu'elles adoptaient en la matière. En effet, aucune sanction juridique en cas de manquement à un devoir de vigilance n'a été prévue par le législateur. En août 2012, la SEC a concrétisé cette disposition du *Dodd-Frank Act* en adoptant des mesures pour que les entreprises concernées divulguent annuellement les informations prévues par l'article 1502²¹⁶. *In fine*, l'objectif de cette disposition était de faire en sorte que les entreprises n'aient plus recours à ces ressources liées à de nombreuses violations des droits de l'Homme. Si cette disposition du *Dodd-Frank Act* est toujours virtuellement en vigueur aujourd'hui, la SEC a annoncé en 2017 qu'elle suspendait cette obligation de divulgation²¹⁷. Aux États-Unis, l'idée même d'un devoir de vigilance en matière de droits de l'Homme a disparu du paysage législatif²¹⁸. La question de l'adoption de nouveaux mécanismes juridiques par le législateur, à l'image de ceux adoptés en Europe, se posera peut-être dans un avenir proche.

IV. *Transparence* : la priorité aux données non financières

44. Désormais, les entreprises doivent divulguer de l'information non financière (1). Les exigences en matière de transparence de telles données sont à géométrie variable. Mais la construction normative progresse. L'information sociale et environnementale est devenue aujourd'hui « [...] un des aspects de la communication financière obligatoirement réalisée »²¹⁹. Passant par les exigences traditionnelles d'information requise des droits des sociétés par actions et des valeurs mobilières, le *reporting* non financier intègre le droit souple et se durcit dès lors que les sanctions sont évoquées. Cet outil, encore très flexible (3) ou en voie de durcissement (2), montre tout son potentiel en tant qu'outil de responsabilisation des entreprises face aux enjeux sociétaux et environnementaux actuels. Seuls certains pays européens, dont la France, imposent un

²¹⁵ *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, Pub.L. 111-203, 124 Stat. 1376-2223.

²¹⁶ DAVIES, *Governance Insights 2012*, p. 42 ; I. TCHOUTOURIAN, « Divulgation extra-financière des sociétés en Europe : présentation et analyse du projet de la Commission européenne » (2014) *RTD Eur.* 309, p. 333-334.

²¹⁷ J. NADLER, S. D. FISHER et N. SERVATKA, « SEC Statements Relating to Conflict Minerals Decision », *Lexology* [en ligne], 12 avril 2018. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=98b4c157-11a0-451d-ad62-fb43d64085e0>>.

²¹⁸ Au recul législatif en matière de vigilance s'est ajouté un recul jurisprudentiel. La Cour suprême américaine a fortement réduit la portée de l'*Alien Tort Statute* (28 USC § 1350) dans les décisions *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co* (133 S. Ct. 1659 [2013]) et *Jesner v. Arab Bank Plc* (138 S. Ct. 1386 [2018]).

²¹⁹ F.-G. TRÉBULLE, « Responsabilité sociale des entreprises », *Répertoire Sociétés*, Dalloz, 2003, p. 8, § 31.

cadre contraignant à l'information non financière sans que le durcissement ne soit total²²⁰.

1. *La transparence : un outil normatif pour responsabiliser les entreprises*

45. Le « règne de la transparence »²²¹ fait de la divulgation un outil normatif à part entière. Sur le plan normatif, le fait de divulguer permet un déploiement de sanctions (responsabilité de l'auteur d'une fausse information²²², risque de réputation²²³) et de pratiques (évaluation, classement)²²⁴. Le droit se retrouve imbibé de transparence dans plusieurs de ses branches. En droit des sociétés par actions²²⁵, elle est devenue essentielle : où elle « [...] serait le moyen de discipliner le marché, qui serait érigé en juge capable de sanctionner ses membres à partir des informations »²²⁶, affirmation qui n'est pas sans susciter de vives discussions²²⁷.

46. Respect des droits de l'Homme ou des droits des travailleurs, lutte contre le changement climatique ou la corruption, promotion de saines pratiques de gouvernance d'entreprise ou de diversité de genre et de sexe, lutte contre la pollution environnementale : face à ces défis de la RSE, le droit n'est pas resté inactif et s'appuie sur la transparence pour y répondre²²⁸. « L'un des principes fondamentaux de la RSE est celui de la transparence dans les pratiques, qui traduit la parfaite accessibilité de l'information dans les domaines qui regardent l'opinion publique »²²⁹. Droit et

²²⁰ Pour prendre l'exemple de la France, la présentation erronée ou fallacieuse d'informations sociales et environnementales est difficilement sanctionnable. En effet, au contraire d'autres, l'hypothèse d'une information inexacte n'a pas été prévue par la loi NRE et son décret. Cependant, le droit commun s'applique (B. ROLLAND, « Toutes les sociétés doivent rendre des comptes environnementaux ! », *Revue Droit des Sociétés*, novembre 2003, p. 4, p. 7, § 21).

²²¹ B. FRYDMAN, « La transparence, un concept opaque ? » [2007] 6265 *J Trib* 300-301.

²²² En droit des valeurs mobilières, les droits canadiens et québécois sanctionnent l'information fautive ou trompeuse notamment celle attachée à l'information continue. Au Québec, la *Loi sur les valeurs mobilières* prévoit une amende (article 204.1) et/ou une peine d'emprisonnement (article 208.1) en cas d'information fautive ou trompeuse.

²²³ Sur cette notion, voir ci-dessus.

²²⁴ T. BERNIS, « Gouverner sans fin, ou quand le réel nous gouverne », in B. FRYDMAN et A. VAN WAEYENBERGE (dir.), *Gouverner par les standards et les indicateurs : de Hume aux rankings*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 383, coll. « Penser le droit », n° 23, p. 384.

²²⁵ Y. DE CORDT et G. SCHAEKEN WILLEMAERS, *La transparence en droit des sociétés et en droit financier*, Bruxelles, Larcier, 2008, coll. « Droit des sociétés » ; K. SERGAKIS, *La transparence des sociétés cotées en droit européen*, Paris, IRJS Éditions, 2013, coll. « Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne – André Tunc », n° 41 ; X. DIEUX et B. FRYDMAN, « La divulgation d'informations concernant la société anonyme – Principes et sanctions » in *Droit, morale et marché*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 455.

²²⁶ J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit : recherche sur la formation d'une culture juridique*, Paris, Mare & Martin, 2016, coll. « Bibliothèque des thèses », p. 259.

²²⁷ Voir par exemple : M. LAINE, « Le mythe de la transparence imposée » [2003] 45 *Sem Jurid Entrep Aff* 1586.

²²⁸ Voir par exemple : V. MERCIER, « L'obligation de transparence extra-financière ou la pierre angulaire de la responsabilité sociétale des entreprises » in K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON (par), *La RSE saisie par le droit : perspectives interne et internationale*, Paris, Éditions A Pedone, 2016, p. 261.

²²⁹ V. MERCIER, « L'obligation de transparence extra-financière ou la pierre angulaire de la responsabilité sociétale des entreprises », *op. cit.*, p. 261.

transparence font commun accord pour réguler les entreprises avec une recette traditionnelle : la divulgation d'informations (ou « *reporting* »). Cette divulgation donne à la gouvernance les moyens d'être responsable et de répondre aux attentes des parties prenantes. Les professeurs Bonnafous et Reisdorff²³⁰ mettent ainsi en lumière ce rôle de l'information dans la gouvernance avec le tableau ci-dessous (tableau C) :

Tableau C
Information et parties prenantes

Partenaires	Attentes directes des parties prenantes	Informations fournies par les entreprises
Salariés	Rémunération, sécurité de l'emploi, formation.	Rapports de l'entreprise, nouvelles sur l'entreprise, négociations.
Actionnaires	Dividendes et appréciations du cours boursier.	Rapports et comptes annuels, informations sur les fusions et les OPA.
Clients	Qualité, service, sécurité, bon rapport qualité-prix.	Publicité, documentation, entretiens.
Banquiers	Liquidité et solvabilité de l'entreprise, valeur des garanties, production de trésorerie.	Ratios de couverture, nantissement, prévision de trésorerie.
Fournisseurs	Rotation stable et durable.	Paiement dans les délais.
Gouvernement	Respect des lois, de l'emploi, de la compétitivité et données fidèles.	Rapports aux organismes officiels, communiqués de presse.
Public	Sécurité des opérations, contribution à la communauté.	Rapports sur la sécurité, reportages.
Environnement	Substitution des ressources non durables et activités non polluantes.	Rapport sur l'environnement, rapports de conformité.

À l'heure actuelle, la RSE et la théorie des parties prenantes promeuvent une nouvelle catégorie d'information : l'information non financière²³¹. L'avènement d'un droit de la RSE exige une plus grande transparence de la part des entreprises sur leurs

²³⁰ M. BONNAFOUS-BOUCHER et J. D. RENDTORFF, *La théorie des parties prenantes*, Paris, La Découverte, p. 23.

²³¹ En divulguant de l'information non financière, l'entreprise ouvre la porte à un dialogue avec ses parties prenantes et affirme ainsi la prise en compte de son environnement. Voir : I. TCHOTOURIAN, « *“Informing good to do well” : Une approche comparée de la participation (imparfaite) du droit des sociétés par actions à une gestion responsable* » (2008) 233 *La Revue des Sciences de Gestion* 35-42, p. 40.

activités²³² et sur leurs impacts envers la société²³³ ou la communauté²³⁴. Au travers d'un *reporting* traduisant ce type d'information, l'entreprise assure « [une] diffusion régulière [...] d'informations sur les impacts environnementaux et sociaux de leurs activités et sur les politiques déployées pour les prévenir »²³⁵. Or, après le rapport financier traditionnel, le rapport non financier se fait une place dans le paysage juridique²³⁶. Rapport environnemental, déclaration de performance extra-financière, divulgation d'information « ESG » (Environnement, Social, Gouvernance) ou encore rapport intégré, le rapport ou *reporting* non financier agrège de nombreux contenants et contenus différents. Cette hétérogénéité porte d'ailleurs atteinte à sa crédibilité et à son besoin de comparabilité. Néanmoins, l'idée reste la même et à l'instar du rapport financier, le rapport non financier doit présenter une image de l'entreprise quant à ses impacts sur ses parties prenantes et plus généralement la société.

²³² Voir ci-dessous le cas de la France et de sa loi sur la vigilance et aussi : *Observatoire des transitions environnementales et sociétales*, De Gaulle Fleurance & Associés, 2019, p. 19.

²³³ L'entreprise est alors ouverte à d'autres paradigmes comme la théorie des parties prenantes ou la RSE. Elle n'est plus seulement la « chose » des actionnaires, mais un acteur à part entière. Voir par exemple : I. TCHOTOURIAN, « Lorsque le droit nord-américain des sociétés dessine les nouvelles frontières de l'entreprise : les clés pour un autre futur ? » (2010) 3 *La Revue des Sciences de Gestion* 243-244, p. 86.

²³⁴ Certains auteurs avancent l'idée que le *reporting* non financier a principalement comme intérêt de susciter le dialogue entre parties prenantes et de favoriser une « prise de conscience » des actionnaires. Ce serait par ce biais que l'entreprise changerait de comportement. Voir par exemple : A. A. DHIR, « Politics of Knowledge Dissemination: Corporate Reporting, Shareholder Voice, and Human Rights » (2009) 47.1 *Osgoode Hall Law Journal* 47-82, p. 67. Cet auteur explique aussi qu'au Canada, le développement de l'information non financière permet de vérifier le respect des devoirs fiduciaires de la direction. Il est d'ailleurs possible de constater une corrélation entre l'engagement des actionnaires (notamment grâce à une plus grande information) et le changement de comportement des entreprises sur des enjeux environnementaux. Voir : E. M. REID et M. W. TOFFEL, « Responding to public and private politics: corporate disclosure of climate change strategies » (2009) 30 *Strat. Mgmt. J.* 1157-1178, p. 1171.

²³⁵ F. QUAIREL, « Reporting », in N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2016, coll. « Capitalismes – éthique – institutions » [en ligne], 409-415. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : Dictionnaire critique de la RSE <<http://books.openedition.org/septentrion/6733>>.

²³⁶ Malgré le coût que le rapport non financier peut représenter pour les entreprises, celui-ci a de nombreux intérêts : meilleure allocation des ressources, prise en compte pour l'entreprise de certaines problématiques, meilleur engagement des parties prenantes, nouvelle forme de régulation des comportements des entreprises... Pour un résumé des avantages et des inconvénients du *reporting* non financier, voir notamment : B. CHOUDHURY, « Social Disclosure » (2016) 13.1 *Berkeley Bus LJ* 183, p. 195. L'auteur explique que même si cet instrument n'est pas parfait, le *reporting* non financier est une bonne alternative à une régulation traditionnelle. C'est ce qui explique son dynamisme dans le paysage juridique actuel.

2. Union européenne : le durcissement normatif de la RSE²³⁷

47. Dès le début des années 2000, la France a initié un mouvement de divulgation avec la *Loi relative aux nouvelles régulations économiques*²³⁸ (dite « NRE »). Son article 116 a demandé aux grandes entreprises d'expliquer « la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité ». Par la suite, le dispositif français a été enrichi : la loi « Grenelle II » de 2010²³⁹ avec son article 225, la loi dite « Sapin II » contre la corruption de 2016²⁴⁰, la loi relative au devoir de vigilance de 2017²⁴¹ et l'article 173 de la *Loi relative à la transition énergétique*²⁴². Enfin, plus récemment, l'ordonnance de 2017 sur la performance non financière²⁴³ et son décret²⁴⁴ d'application sont venus remplacer l'ancien dispositif du Grenelle II. Toutes ces lois enrichissent la transparence attendue des entreprises. Malgré certains défauts persistants²⁴⁵, le mouvement vers un durcissement normatif des pratiques est définitivement lancé. Cette construction normative a été reprise par l'Union européenne et fait désormais pleinement partie de sa stratégie de finance durable²⁴⁶.

48. Au niveau européen, le *reporting* non financier a dans un premier temps été consacré par la directive 2014/95/UE²⁴⁷. Cette directive oblige les grandes entreprises

²³⁷ Bien avant la directive européenne de 2014, de nombreux pays européens avaient déjà adopté des dispositifs de *reporting* non financier : voir le tableau n° 1 « Les obligations de reporting des données RSE au niveau international », in S. BENHAMOU, M.-A. DIAYE, avec la collab. de P. CRIFO, *op. cit.*, p. 36. Pour un panorama de la transposition de la directive européenne de 2014 dans l'Union européenne : voir l'annexe 4 « Transposition de la Directive 2014/95/UE en Europe » in AMF, « Rapport sur la responsabilité sociale, sociétale et environnementale des sociétés cotées » [en ligne], 2019, p. 116. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <https://www.amf-france.org/sites/default/files/2020-02/rapport-2019-sur-la-responsabilite-sociale-societale-et-environnementale-des-societes-cotees_o.pdf>.

²³⁸ La *Loi n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques*. A. LIENHARD, « Sociétés cotées : information sociale et environnementale » (2002) *Dalloz*, p. 874 ; C. MALECKI, « Informations sociales et environnementales : de nouvelles responsabilités pour les sociétés cotées » (2003) *Dalloz*, p. 818 ; B. ROLLAND, « Informations environnementales, loi NRE et RSE : le regard du juriste » (2005) 3^{ème} Congrès de l'ADERSE, vol. 3, p. 1897 ; B. ROLLAND, « Toutes les sociétés doivent rendre des comptes environnementaux ! », *loc. cit.*, p. 4 ; A. SOB CZAK, « L'obligation de publier des informations sociales et environnementales dans le rapport annuel de gestion : une lecture critique de la loi NRE et de son décret d'application » (2003) *JCP E*, p. 598.

²³⁹ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

²⁴⁰ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

²⁴¹ Loi n° 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre.

²⁴² Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, J.O. 18 août 2015, 14 263.

²⁴³ Ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017, J.O. 21 juil. 2017, p. 169.

²⁴⁴ Décret n° 2017-1265 du 9 août 2017, J.O. 11 août 2017, p. 25.

²⁴⁵ Voir par exemple : N. CUZACQ, « Le nouveau visage du reporting extra-financier français » [2018] 6 *Rev Sociétés* 347.

²⁴⁶ COMMISSION EUROPÉENNE, *Plan d'action : financer la croissance durable*, Bruxelles, 2018, p. 4.

²⁴⁷ CE, Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes, [2014] JO, L 330/1.

européennes à divulguer de l'information non financière dans plusieurs domaines²⁴⁸. Ce dispositif a par la suite été enrichi en 2017 par des lignes directrices non contraignantes²⁴⁹, ainsi que des précisions apportées sur le risque climatique²⁵⁰. Actuellement, la Commission européenne réalise une consultation en vue d'une possible modification de la directive de 2014²⁵¹. Les investisseurs eux-mêmes sont sollicités comme en témoigne le récent règlement européen²⁵² relatif à la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers qui entrera en vigueur le 10 mars 2021. Celui-ci vient expliquer la manière dont les investisseurs doivent intégrer les risques liés à la durabilité dans leurs décisions et mesurer les impacts négatifs sur l'environnement. Il s'agit là en réalité d'une extension de l'article 173 de la loi française sur la transition énergétique de 2015. La Commission européenne a également lancé un autre chantier : celui des standards. « *There is also a need for clear reporting standards for companies to apply [...] the European Commission will support a process to develop European non-financial reporting standards* »²⁵³. Afin d'harmoniser et d'améliorer la comparabilité des entreprises, la Commission souhaite développer ses propres standards. Dans cette prolifération d'initiatives, il faut souligner l'activité de l'Autorité européenne des marchés financiers (ESMA) qui n'hésite pas à prendre position sur le développement de la divulgation non financière des grandes entreprises²⁵⁴. Elle y relève les failles, les bonnes pratiques et fournit des pistes de solution pour aider les législateurs et les autorités nationales de régulation des marchés financiers à réformer leur modèle.

²⁴⁸ I. TCHOTOURIAN, « Divulgation extra-financière des sociétés en Europe : Présentation et analyse du projet de la Commission européenne », *loc. cit.*

²⁴⁹ CE, « Lignes directrices sur l'information non financière (méthodologie pour la communication d'informations non financières), 5 juillet 2017, C 215/01.

²⁵⁰ CE, « Lignes directrices sur l'information non financière : Supplément relatif aux informations en rapport avec le climat », 17 juin 2019, C(2019) 4490 final.

²⁵¹ « Non-financial reporting by large companies (updated rules) » [en ligne], 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12129-Revision-of-Non-Financial-Reporting-Directive/public-consultation>>.

²⁵² CE, « Règlement (UE) 2019/2088 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers », 9 décembre 2019, L 317/1.

²⁵³ (Nous soulignons) V. DROMBROVSKIS, « Remarks by Executive Vice-President Dombrovskis at the Conference on implementing the European Green Deal: Financing the Transition », Speech, 28 janvier 2020.

²⁵⁴ Voir par exemple : EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY, Report, « Enforcement and regulatory activities of European enforcers in 2019 » [en ligne], 2 avril 2020 (ESMA32-63-846). [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet :

<https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma32-63-846_2019_activity_report.pdf> ;

EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY, Public Statement, « European common enforcement priorities for 2019 annual financial reports » [en ligne], 22 octobre 2019 (ESMA32-63-791). [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet :

<https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma32-63-791_esma_european_common_enforcement_priorities_2019.pdf>.

49. L'ensemble de ces initiatives montre la dynamique actuelle entourant la thématique du *reporting* non financier. Même si le droit est encore souple dans sa texture, il y a une densification de la matière et le droit est de plus en plus présent.

3. Amérique du Nord : entre droit souple et inaction

3.1. États-Unis : peu d'avancées mais...

50. Les États-Unis ont été le premier pays à utiliser le concept de transparence²⁵⁵ perçu très tôt comme indispensable dans la protection des investisseurs et de la stabilité du marché²⁵⁶. Dès 1930, l'élaboration du *Securities Act* a amorcé le débat quant à une régulation de la divulgation des entreprises (« *disclosure* »). Avec les travaux d'Eugene Fama²⁵⁷ dans les années 70, l'hypothèse de l'efficacité des marchés a influencé le droit des valeurs mobilières en mettant l'information comme « [...] élément fondamental [du] régime d'encadrement du marché des valeurs mobilières »²⁵⁸. L'objet de l'obligation a été de permettre au marché d'assimiler les nouvelles informations (l'efficacité informationnelle), ce qui, en contrepartie, assure que le prix fixé par le marché reflète la réalité informationnelle (l'efficacité des marchés).

51. Depuis déjà de nombreuses années, la question de la régulation de la divulgation de l'information non financière est source de débats aux États-Unis²⁵⁹. La *Securities Exchange Commission* (ci-après « SEC ») demeure néanmoins ancrée sur ses positions et n'a pas modifié sa position sur la transparence non financière. En avril 2016 pourtant, la SEC a publié un avis de consultation pour obtenir les commentaires du public concernant l'actualisation des obligations d'information sur la durabilité²⁶⁰. Mais les suites de cette consultation sont restées lettre morte et n'ont abouti à aucune action de la part de la SEC. La régulation classique s'applique et son principe de « *materiality* » reste maître : une entreprise doit divulguer de l'information lorsque celle-ci a un effet sur sa santé financière. En dépit de sa prudence, la SEC a tout de même produit en 2010 un rapport intitulé *Commission Guidance Regarding Disclosure Related to Climate*

²⁵⁵ E. ZOLLER, « Transparence et démocratie : généalogie d'un succès », in G. J. GUGLIELMI et E. ZOLLER, *Transparence, démocratie et gouvernance citoyenne : colloque international des 23 et 24 mai 2014*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2014, « Colloques », p. 16.

²⁵⁶ W. M. H. GROVER et J. C. BAILLE, « Exigences en matière de divulgation », in Canada, *Avant-projet d'une loi canadienne sur le marché des valeurs mobilières*, Consommation et corporations Canada, 1979, p. 395.

²⁵⁷ E. FAMA, « Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work » (1970) 25:2 *J Finance* 383-417.

²⁵⁸ E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd, Paris, Dalloz, 2008, coll. « Méthodes du droit », § 1982. Pour une analyse approfondie, voir aussi : R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, *op. cit.*, § 626, 3^e éd.

²⁵⁹ Voir par exemple : C. A. WILLIAMS, « The Securities and Exchange Commission and Corporate Social Transparency » (1999) 112:6 *Harv Law Rev* 1197 ; « Should the SEC Expand Nonfinancial Disclosure Requirements? » (2002) 115:5 *Harv Law Rev* 1433.

²⁶⁰ SEC, « Business and financial disclosure required by regulation S-K », 17 CFR Parts 210, 229, 230, 232, 239, 240 and 249, Release n° 33-10064 ; 34-77599, 13 avril 2016, p. 204 et s.

*Change*²⁶¹. Ce guide interprétatif explique aux entreprises les exigences qui pèsent sur elles en matière de divulgation concernant le changement climatique.

52. Néanmoins, depuis peu, des discussions ont lieu au sein de la SEC quant à la question de savoir si elle devrait modifier le droit en consacrant une divulgation non financière de nature obligatoire. Son Comité consultatif des investisseurs (« *Investor Advisory Committee* ») a exprimé le 21 mai 2020 son désir d'une plus grande prise en compte de la divulgation non financière par la SEC : « *We are recommending that the Commission begin in earnest an effort to update the reporting requirements of Issuers to include material, decision-useful, ESG factors* »²⁶². En droite ligne, une partie de l'exécutif de la SEC a défendu l'idée d'une réforme²⁶³. Comme le souligne la commissionnaire Lee, l'absence d'uniformité (dans les standards et dans l'information) et de contrôle en matière d'information non financière rend complexe la comparabilité des données. L'information est peu utile pour les investisseurs²⁶⁴ et s'avère d'une fiabilité douteuse, alors qu'elle coûte cher à produire²⁶⁵. Toutefois, *certain restent sceptiques*. « *A new SEC disclosure framework for ESG information, however, seems an unnecessary response when our existing securities disclosure framework is very good at handling all types of material information* »²⁶⁶. Ainsi, le président de la SEC ne partage pas l'avis du Comité consultatif des investisseurs et l'a fait savoir. L'usage de la matérialité permettrait aux entreprises américaines de divulguer de l'information non financière de qualité. Le procès avorté contre l'entreprise *ExxonMobil* intenté à l'automne 2019 à la suite de l'enquête du procureur général de l'État de New York sur des déclarations trompeuses qu'elle aurait faites aux investisseurs sur le prix du carbone démontre, s'il le fallait, l'actualité de la question²⁶⁷. Très brièvement, *ExxonMobil* a été accusée d'avoir menti à ses investisseurs en sous-estimant l'impact des réglementations climatiques et donc sur la rentabilité de la société. Dans un jugement rendu le 10 décembre 2019, le juge Barry Ostrager a

²⁶¹ SEC, « Commission Guidance Regarding Disclosure Related to Climate Change », 17 CFR PARTS 211, 231 and 241, Release n° s 33-9106 and 34-61469, 8 février 2010.

²⁶² A. BENNINGTON, SEC Investor-as-Owner Subcommittee, « Recommendation from the Investor-as-Owner Subcommittee of the SEC Investor Advisory Committee Relating to ESG Disclosure » [en ligne], 28 mai 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://corpgov.law.harvard.edu/2020/05/28/recommendation-from-the-investor-as-owner-subcommittee-of-the-sec-investor-advisory-committee-relating-to-esg-disclosure/>>.

²⁶³ A. H. LEE, « “Modernizing” Regulation S-K: Ignoring the Elephant in the Room » [en ligne], 30 janvier 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.sec.gov/news/public-statement/lee-mds-2020-01-30>>.

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ Voir par exemple : S. KOTSANTONIS et G. SERAFEIM, « Four Things No One Will Tell You About ESG Data » (2019) 31:2 *J Appl Corp Finance* 50-58, p. 54.

²⁶⁶ (Nous soulignons) H. PEIRCE, « Remarks by Commissioner Peirce at Meeting of the SEC Investor Advisory Committee », *Harvard Law School Forum on Corporate Governance et Financial Regulation* [en ligne], 22 mai 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://corpgov.law.harvard.edu/2020/05/22/remarks-by-commissioner-peirce-at-meeting-of-the-sec-investor-advisory-committee/>>.

²⁶⁷ J. SCHWARTZ, « Fossil Fuels on Trial: New York's Lawsuit Against Exxon Begins », *The New York Times* [en ligne], 22 octobre 2019. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.nytimes.com/2019/10/22/climate/new-york-lawsuit-exxon.html>>.

débouté la procureure générale au motif que ses allégations n'étaient pas suffisamment étayées pour démontrer une possible fraude²⁶⁸. Fin octobre, une enquête plus large quant aux faits susmentionnés a été lancée par le procureur général du Massachusetts²⁶⁹. Une plainte a été déposée concernant les mêmes faits de tromperie des investisseurs, mais aussi des consommateurs notamment à cause de publicité mensongère²⁷⁰. Cette actualité montre bien l'intérêt de plus en plus prégnant de la divulgation non financière et de ses risques dans le cadre classique de la divulgation financière.

3.2. Canada : un travail des autorités de marché

53. Actuellement, il n'existe pas de réglementation sur le *reporting* non financier. Toutefois, il serait inexact d'affirmer que le droit est absent. Certains textes permettent en effet une divulgation en ce domaine comme celle du risque lié au changement climatique²⁷¹.

54. Dès 2009, la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario s'est intéressée à la question²⁷². Dans un rapport soumis au ministre des Finances, la Commission ontarienne a souligné l'importance d'un *reporting* non financier et de son impact potentiel²⁷³. En 2010, les Autorités canadiennes en Valeurs mobilières (ci-après « ACVM ») ont repris le relais en publiant leur avis 51-333²⁷⁴. Cet avis s'intéresse spécifiquement à la question environnementale et incite les grandes entreprises à publier de l'information dès lors que celle-ci est pertinente. Il s'agit de respecter les règles classiques de divulgation financière, tout en prenant en compte les nouveaux risques liés à l'environnement²⁷⁵. En 2017, les ACVM ont annoncé, dans la continuité, le lancement d'un projet d'examen de l'information fournie sur les risques et les

²⁶⁸ *People of the State of New York v. Exxon Mobil Corporation*, New York Supreme Court 452044/2018 [en ligne], 2019. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2019/20191210_docket-4520442018_decision.pdf>.

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ COMPLAINT, *Commonwealth of Massachusetts v. Exxon Mobil Corporation*, Suffolk Superior Court 19-3333 [en ligne], 2019. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.mass.gov/files/documents/2019/10/24/Complaint%20-%20Comm.%20ov.%20Exxon%20Mobil%20Corporation%20-%202010-24-19.pdf>>.

²⁷¹ Voir par exemple : S. ROUSSEAU et I. TCHOTOURIAN, « Obligation de divulgation des informations environnementales à la charge des sociétés canadiennes : la mise au point de l'Ontario Securities Commission » (2008) 4 *Revue de Droit bancaire et financier* 24, 9.

²⁷² ONTARIO SECURITIES COMMISSION, « OSC Corporate Sustainability Reporting Initiative – Report to Minister of Finance », 18 décembre 2009, p. 96.

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ AUTORITÉS CANADIENNES EN VALEURS MOBILIÈRES, « Avis 51-333 du personnel des ACVM : Indications en matière d'information environnementale » (2010) 41.

²⁷⁵ I. TCHOTOURIAN et L. GEELHAND DE MERXEM, « Divulgation de l'information extra-financière par les entreprises. Changement climatique... et réglementaire en vue au Canada ? » (2019) 2018-4:174 *Rev Rech Jurid*, p. 1755.

répercussions financières associés au changement climatique²⁷⁶. Ce projet a abouti à l'avis 51-354²⁷⁷ portant sur la communication d'information relative au changement climatique. Par la suite, les ACVM ont publié l'avis 51-358²⁷⁸ qui aide les sociétés à cerner les risques importants que pose le changement climatique et à améliorer l'information qu'elles communiquent à cet égard. Au Canada, il existe donc un intérêt pour le *reporting* non financier²⁷⁹ en raison du risque économique important que représente notamment le climat²⁸⁰.

55. Le droit des valeurs mobilières est également un point d'ancrage pour le dispositif du *reporting* non financier, et ce, au travers de l'information continue qu'il impose²⁸¹. Il existe toute une série de textes qui renvoient aux données non financières : le Règlement 51-102 sur les obligations d'information continue²⁸², le Règlement 58-101 sur l'information concernant les pratiques en matière de gouvernance²⁸³, le Règlement 52-110 sur le comité d'audit²⁸⁴, le Règlement 52-109 sur l'attestation de l'information présentée dans les documents annuels et intermédiaires des émetteurs²⁸⁵, ou encore l'Instruction générale 58-201 relative à la gouvernance²⁸⁶. Pour l'essentiel, dès lors qu'une information est importante pour une entreprise (au sens où elle aurait un impact sur sa santé financière), cette dernière doit être divulguée.

Conclusion

56. Le tour d'horizon proposé dans cet article a présenté plusieurs normes juridiques de type *hard law* récemment mises en place ou âprement discutées dans le domaine de la RSE et du droit des sociétés par actions. Branche juridique limitée trop longtemps à

²⁷⁶ ACVM, « Les autorités en valeurs mobilières du Canada annoncent le lancement d'un projet d'examen de l'information fournie sur le changement climatique » [en ligne], 21 mars 2017. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <https://www.autorites-valeurs-mobilieres.ca/presentation_des_ACVM.aspx?ID=1567&LangType=1036>.

²⁷⁷ ACVM, « Avis 51-354 du personnel des ACVM : Rapport relatif au projet concernant l'information fournie sur le changement climatique » 47, p. 51.

²⁷⁸ ACVM, « Avis 51-358 du personnel des ACVM : Information sur les risques liés au changement climatique » 19, p. 51-358.

²⁷⁹ Voir par exemple le guide de la Bourse de Toronto et des comptables agréés du Canada : CPA Canada et TMX, *Informations à fournir sur les questions environnementales et sociales : guide d'introduction*, 2014, p. 27.

²⁸⁰ M. CARNEY, « Letter from Michael R. Bloomberg », 74, p. 3 ; *PI Social environmental value creation Jimmy Greer.pdf*, p. 26.

²⁸¹ *Loi sur les valeurs mobilières*, RLRQ c V-11 [en ligne], 14 juin 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/ShowDoc/cs/V-1.1>>.

²⁸² AMF, « Règlement 51-102 sur les obligations d'information continue » [2018] 213.

²⁸³ AMF, « Règlement 58-101 sur l'information concernant les pratiques en matière de gouvernance » [2015] 13.

²⁸⁴ AMF, « Règlement 52-110 sur le Comité d'audit » [2015] 23.

²⁸⁵ AMF, « Règlement 52-109 sur l'attestation de l'information présentée dans les documents annuels et intermédiaires des émetteurs » [2015] 34.

²⁸⁶ AMF, « Instruction générale 58-201 relative à la gouvernance » [2005] 6.

une vision technique et utilitariste²⁸⁷, le droit des sociétés par actions apparaît comme le fondement même de l'existence du pouvoir de la grande entreprise. Sans le droit (et notamment le droit des sociétés par actions), ses pouvoirs ne pourraient pas exister : « C'est l'ensemble de la *structure légale de la corporation* qui permet de construire les systèmes organisationnels propres à l'entreprise managériale, de fonder et de légitimer le pouvoir et l'autonomie de la direction, dans la gestion des actifs, les choix organisationnels et stratégiques, la gestion du travail »²⁸⁸. La société par actions a initialement concentré des capitaux en accumulant l'épargne au service de la grande entreprise et en ne répartissant pas intégralement les bénéfices pour constituer des réserves, le tout permettant d'organiser la croissance de l'entreprise²⁸⁹. La concentration est un mouvement qui a entraîné la formation d'unités économiques de plus en plus vastes tant par des opérations de croissance des entreprises (fusion...) que par des opérations d'intégration (groupes de sociétés, ententes...)²⁹⁰. Aujourd'hui, le droit des sociétés par actions est en pleine évolution et traduit la RSE dans ses règles. Il existe non seulement des règles dont le contenu est inspiré par la RSE, mais encore la mise en œuvre de certaines règles juridiques est corrigée par la RSE sous la forme d'une opposition ou d'une orientation. De nombreux pays avancent sur le sujet de la RSE : le Canada et plusieurs de ses provinces, les États-Unis, l'Union européenne et certains de ses pays (France, Angleterre, Allemagne, Pays-Bas...), la Chine, ou encore la Suisse. Face à l'ampleur du phénomène et aux conséquences qu'il engendre, il s'agit de participer aux réflexions en cours. Du « non-droit »²⁹¹ au droit (*soft* et *hard*)²⁹², tel est le mouvement de la RSE qui se dégage. Ce mouvement se caractérise par une certaine homogénéité entre les pays en dépit d'histoires politiques, économiques, juridiques ou culturelles différentes. Si ce mouvement crée un environnement juridique incertain²⁹³, la RSE devient progressivement un instrument juridique générateur d'obligations pour les entreprises²⁹⁴. Les entreprises sont *post hoc*, de plus en plus gouvernées par le droit pour

²⁸⁷ Dans le passé, le professeur français Barbiéri a pu déplorer « l'hypertechnicité des règles en droit des sociétés » en soulignant qu'« [...] une spéculation effrénée, une recherche forcenée d'un profit non partagé s'accommodent parfaitement de normes techniques » (J.-F. BARBIÉRI, « Morale et droit des sociétés », in *La morale et le droit des affaires*, Paris, Montchrestien, 1996, p. 103, § 7).

²⁸⁸ (Nous soulignons) O. WEINSTEIN, *Pouvoir, finance et connaissance : Les transformations de l'entreprise capitaliste entre XX^e et XXI^e siècle*, Paris, La Découverte, 2010, p. 46.

²⁸⁹ Cl. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Paris, Sirey, 1962, p. 10.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 3.

²⁹¹ Le non-droit représente l'absence du droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait eu vocation théorique à exister. En tant que donnée sociale, le non-droit se caractérise notamment par l'autolimitation du droit. Voir : J. CARBONNIER, *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd, Paris, LGDJ, 2001, p. 25-28.

²⁹² E. DE CANNARD D'HAMALE, « La responsabilité sociale des entreprises, *soft law* ou *hard law* ? » (2007) 6269 *Le Journal des Tribunaux* 413.

²⁹³ M. A. DELMAS et V. CUEREL BURBANO, « The Drivers of Greenwashing » (2011) 54:1 *California Management Review* 64, p. 65.

²⁹⁴ I. BAUDET, « Quelle place pour les sociétés de capitaux dans l'ESS ? Analyse du choix de leur intégration par le législateur français » *RIODD 2016*, Saint-Étienne [en ligne], juillet 2016, 33, p. 39. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01349950>>.

devenir plus sociales²⁹⁵. À trop vouloir faire de la règle de droit des sociétés par actions une technique excluant le souci de l'autre, on risque de tuer la confiance dans les entreprises et la sécurité nécessaire aux échanges commerciaux²⁹⁶ ; et de mettre en crise le droit des affaires²⁹⁷.

57. Une mondialisation de la RSE prend corps. Une normativité globale responsable est en construction dont il faut saisir les conséquences²⁹⁸. Si l'impasse juridique que représentent les grandes entreprises²⁹⁹ n'est sans doute pas pleinement résolue, leur responsabilisation grandissante est amorcée³⁰⁰. « Au sein d'un espace planétaire globalisé, les différents systèmes juridiques étatiques entrent nécessairement en contact et se placent en position de compétition »³⁰¹. Alors que jusqu'alors une course au moins-disant juridique était particulièrement à craindre en matière de RSE³⁰², la concurrence régulatoire des États à l'échelle mondiale donne une réalité à cette dernière dans le droit dur et confirme son déplacement vers le mieux-disant normatif. L'intervention des législateurs touchant le droit des sociétés par actions est intéressante compte tenu du risque que présente la norme privée d'opprimer certains intérêts particuliers afin d'en servir d'autres et de négliger l'intérêt général que défend la norme étatique³⁰³.

58. Toutefois, le droit des sociétés par actions ne peut être pensé isolément lorsque la RSE est abordée sous l'angle du droit dur. « *Developing a coherent and effective regulatory strategy requires thinking beyond company law, as well as taking into account respective regulatory interactions and correlations. In general, the regulatory instruments of company law can substitute or at least supplement other provisions; conversely, their effectiveness can also depend on this broader framework* »³⁰⁴. Les droits notamment du travail, de la faillite, de la concurrence, de la fiscalité, de l'environnement, des marchés publics, de la consommation sont aussi concernés par cette problématique.

²⁹⁵ N. HUET, « L'entreprise socialement responsable : faut-il plus de droit ? », in M. HAYAT (dir.), *Le droit des affaires d'aujourd'hui à demain. Regards français et étranger en hommage à Yves Chaput*, Paris, LexisNexis, 2014, coll. « Le droit des affaires », p. 155, p. 173.

²⁹⁶ S. DARMAISIN, *Le contrat moral*, Paris, LGDJ, 1999, p. 314, § 490.

²⁹⁷ J. BARTHELEMY, « Turbulences entre droit des sociétés et droit du travail » (1987) *Semaine Juridique, Édition Entreprise II*, 15053.

²⁹⁸ O. THIBOUT, *La Responsabilité Sociale des Entreprises : dynamique normative et enjeux concurrentiels. Une illustration d'un droit en mouvement*, Thèse de doctorat, Université Côte d'Azur, 2018, p. 309 et s., § 586 et s.

²⁹⁹ M. LIZÉE, « Le droit des multinationales : une impasse juridique ? » (1985) 2 *Rev. Québécoise de droit int'l* 271.

³⁰⁰ B. C. STAHL, « The responsible company of the future: reflective responsibility in business » (2005) 37:2/3 *Futures* 117.

³⁰¹ O. THIBOUT, *op. cit.*, p. 316, § 600.

³⁰² F. COCHOY, « La Responsabilité Sociale de l'Entreprise comme « représentation » de l'économie et du droit » (2007) 65 *Droit et société* 91, p. 101.

³⁰³ O. THIBOUT, *op. cit.*, p. 96, § 152 (et les références citées par l'auteure).

³⁰⁴ (Nous soulignons) F. MOSLEIN et K. ENGSIG SORENSEN, « Nudging for Corporate Long-Termism and Sustainability: Regulatory Instruments from a Comparative and Functional Perspective », *loc. cit.*, p. 451.

59. Difficile de rester de marbre face à la COVID-19. Son impact potentiel sur la RSE et sa construction sont évidemment considérables. Cette épreuve qu'est la COVID-19 s'avère être un test pour la RSE³⁰⁵ : cette dernière engage sa crédibilité et les entreprises responsables se trouvent sur le devant de la scène. Face à une situation économique incertaine, la prise en compte de la RSE par les entreprises est considérée comme un atout et un signe de résilience. Ainsi, que ce soit de grands investisseurs comme *Blackrock*³⁰⁶ ou des régulateurs comme l'Autorité européenne des marchés financiers³⁰⁷, les nombreux avantages de la prise en compte de la RSE et de la divulgation accrue d'informations par les entreprises sont soulignés. Dans le contexte de pandémie mondiale, la RSE n'est plus à négliger et les entreprises qui joueront le jeu seront récompensées³⁰⁸. À défaut, le risque que représente la RSE³⁰⁹ peut venir les toucher. Après le blâme de l'opinion publique, la sanction économique du marché qui découle d'une atteinte à la réputation pour une mauvaise divulgation d'information ou une mauvaise gestion de la RSE dans le contexte de la COVID-19 pourrait avoir de graves conséquences. Le législateur n'hésitera plus à s'appuyer sur des mécanismes de réputation afin de rendre plus effectif le droit dur³¹⁰. Dans ce cas, le risque de sanction de réputation peut s'avérer tout aussi dangereux que la COVID-19.

60. En guise de conclusion, les propos du professeur Barbieri pourraient être paraphrasés³¹¹ : « Il n'est pas de véritable droit sans morale » avait-il pu écrire au milieu des années 90. « Il n'est pas de nos jours de véritable droit des sociétés par actions sans RSE » pourrions-nous affirmer.

³⁰⁵ I. TCHOTOURIAN, « La RSE à l'heure de la COVID-19 », *Blogue Contact* [en ligne], 26 mars 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible en ligne :

<http://www.contact.ulaval.ca/article_blogue/la-rse-a-lheure-de-la-covid-19/>.

³⁰⁶ Pour une actualité récente, voir : B. ATKINS, « Demystifying ESG: Its History & Current Status », *Forbes* [en ligne], 8 juin 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible en ligne :

<<https://www.forbes.com/sites/betsyatkins/2020/06/08/demystifying-esgits-history--current-status/#7e90fc6f2cdd>> ; A. MOONEY, « ESG passes the Covid challenge », *Financial Times* [en ligne], 2 juin 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible en ligne :

<<https://www.ft.com/content/50eb893d-98ae-4a8f-8fec-75aa1bb98a48>>.

³⁰⁷ R. MAGUET et T. VERDIN, « L'information ESG balisée pour réduire le risque », *Revue Banque* [en ligne], 26 juin 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible en ligne : <<http://www.revue-banque.fr/risques-reglementations/article/information-esg-balisee-pour-reduire-risque>>.

³⁰⁸ B. ATKINS, « How To Operationalize ESG », *Forbes* [en ligne], 8 mai 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.forbes.com/sites/betsyatkins/2020/05/08/how-to-operationalize-esg/#2b03194b4835>>.

³⁰⁹ D.-A. DELAVOËT, A. DUPUI-CASTÈRES et L. BENATIA, « Valeur de marque et réputation : un enjeu majeur de la nouvelle gouvernance » (2011) 6:2 *Sécurité Strat* 9.

³¹⁰ N. CUZACQ, « Le mécanisme du *Name and Shame* ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises » (2017) *RTD Com* 473.

³¹¹ J.-F. BARBIÈRI, « Morale et droit des sociétés », *op. cit.*, p. 114, § 38.

Revue Juridique de la Sorbonne est une revue gratuite disponible sur <https://irjs.pantheonsorbonne.fr/revue-juridique-sorbonne>, en *open access* et sous licences *Creative Commons*.



- Les propositions d'articles doivent être adressées au format word à : irjs-editions@univ-parisi.fr, avec les résumés et la liste des mots-clés en anglais et en français, ainsi que les identifiants OrcID et/ou idHal de l'auteur.
- La Revue publie des articles originaux, d'actualité mais aussi des textes déjà publiés qui remplissent les conditions prévues par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.