

Responsabilité sociale et droit des sociétés : promesses et limites*

Stéphane ROUSSEAU**

Lex Electronica, vol. 13 n°3 (Hiver / Winter 2009)

1. Qu'est-ce que le droit des sociétés?.....	2
2. La réforme du droit des sociétés : promesses et limites	3
2.1 Réformes visant le titulaire de l'autorité décisionnelle	3
2.2 Réformes visant les normes de responsabilisation	4
Observations finales	6

Le droit des sociétés peut-il sauver la planète? Il s'agit certes d'une question toute aussi ambitieuse que le projet qu'elle annonce. C'est pourtant ce que proposait l'année dernière le professeur Greenfield du Boston College Law School¹, également auteur de l'ouvrage *The Failure of Corporate Law*². Greenfield fait partie d'un courant de juristes universitaires qui réfléchissent au rôle du droit des sociétés dans l'encadrement du pouvoir des grandes sociétés, de manière à faire en sorte qu'elles servent le bien commun³.

Cette préoccupation n'est pas nouvelle. Dans les années 1930, les professeurs Berle et Dodd se sont affrontés dans les pages du *Harvard Law Review* dans un débat concernant l'objectif qui devrait guider les administrateurs. L'un favorisant les intérêts des

* Ce texte constitue une version remaniée de la conférence prononcée lors du Colloque *La responsabilité sociale des entreprises et l'environnement*. Il résulte d'un projet de recherche plus vaste sur ce thème financé par le Conseil de recherche en sciences humaines du Canada.

** Professeur agrégé et titulaire de la Chaire en droit des affaires et du commerce international à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

¹ K. Greenfield, "Saving the World with Corporate Law?", *Boston College Law School Research Paper No. 130*, 2007.

² K. Greenfield, *The Failure of Corporate Law: Fundamental Flaws and Progressive Possibilities*, Chicago, University of Chicago Press, 2007.

³ Voir, par exemple, L.E. Mitchell, "The Board as a Path Toward Corporate Social Responsibility", *GWU Legal Studies Research Paper No. 354*, 2007; J.P. Sarra, "Corporate Social Responsibility in the Global Economy: Canadian Domestic Law and Legal Processes as a Vehicle for Creating and Enforcing International Norms" dans P. Hughes et P.A. Molinari, dir., *Participatory Justice in a Global Economy: The New Rule of Law*, Montréal, Éditions Thémis et Canadian Institute for the Administration of Justice, 2004.

actionnaires⁴, l'autre ceux des parties prenantes⁵. Par la suite, dans la littérature, dans la législation et dans la vie des sociétés, cette tension a persisté. La préoccupation quant à la responsabilité sociale des entreprises est non seulement demeurée, mais a pris de l'ampleur.

L'objectif de ce texte est de discuter des promesses et des limites de la réforme du droit des sociétés dans le but de « sauver la planète » ou, plus modestement, de promouvoir la responsabilité sociale.

1. Qu'est-ce que le droit des sociétés?

D'entrée de jeu, il paraît opportun de préciser ce qu'est le droit des sociétés⁶.

Le droit des sociétés a premièrement pour fonction d'établir et de définir la personnalité juridique de l'entreprise. L'octroi de la personnalité juridique distincte est un privilège important. Cet octroi a des effets positifs et négatifs dans une perspective économique. Positifs, parce que la personnalité juridique favorise la prise de risque qui s'avère nécessaire pour la création de richesse. Négatifs par ce qu'en limitant la responsabilité des actionnaires, la personnalité juridique permet l'externalisation des coûts générés par les activités des sociétés.

Deuxièmement, le droit des sociétés encadre la prise de décision.

D'une part, il attribue l'autorité décisionnelle au sein de l'entreprise. Cette autorité décisionnelle est investie primordialement dans le conseil d'administration qui a le pouvoir de gérer les affaires commerciales et internes de la société. De manière résiduelle, elle est investie dans l'assemblée des actionnaires qui dispose du pouvoir d'élire les administrateurs et d'approuver les changements fondamentaux à la structure de la société.

D'autre part, la législation édicte des mécanismes de responsabilisation destinés à assurer l'imputabilité des titulaires de l'autorité décisionnelle. Parmi ces mécanismes, les devoirs des administrateurs occupent une place particulière. La loi impose des devoirs de prudence, de diligence et de loyauté aux administrateurs.

⁴ A. A. Berle, *Corporate Powers as Powers in Trust*, (1931) 44 HARV. L. REV. 1049.

⁵ E. Merrick Dodd, *For Whom Are Corporate Managers Trustees?*, (1932) 45 HARV. L. REV. 1145.

⁶ Voir, en general, R. Crête et S. Rousseau, *Droit des sociétés par actions*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2008.

Dans le modèle anglo-américain, la conjonction des normes attribuant l'autorité décisionnelle et assurant l'imputabilité a favorisé les intérêts des actionnaires. Le processus électoral est entre les mains des actionnaires. De plus, les devoirs des administrateurs ont été interprétés traditionnellement comme étant destinés à protéger les intérêts des actionnaires.

2. La réforme du droit des sociétés : promesses et limites

Les critiques formulées à l'endroit des sociétés ont amené des nombreux commentateurs à favoriser une réforme du droit des sociétés pour favoriser une plus grande responsabilité sociale. Tout en reconnaissant la pluralité des normes juridiques et périjuridiques qui infléchissent la conduite des sociétés, les commentateurs insistent sur l'importance du droit des sociétés, ne serait-ce que par sa valeur expressive. Bien qu'elles soient variées, les propositions de réforme peuvent se regrouper sous deux volets.

2.1 Réformes visant le titulaire de l'autorité décisionnelle

La première piste de réformes concerne le conseil d'administration en tant que titulaire de l'autorité décisionnelle. Les critiques ne remettent pas en cause l'opportunité pour une grande société d'avoir un conseil d'administration. Elles s'attaquent plutôt à la composition du conseil.

Fondamentalement, les critiques remettent en cause le modèle du conseil d'administration constitué par l'assemblée des actionnaires. Ils proposent un modèle où le conseil serait composé d'administrateurs représentant toutes les parties prenantes. Un modèle propose, par exemple, un conseil composé de représentant des actionnaires, des employés et du public⁷. Les administrateurs « publics » auraient pour mandat de veiller au bien commun – à l'intérêt public. Cette proposition n'est pas nouvelle en Amérique du Nord, pouvant être retracée au début des années 1970 du côté de Ralph Nader.

Cette proposition, si certains la trouvent attrayante en théorie, recèle de nombreuses difficultés opérationnelles en limitant la portée. À mon avis, plus prometteur comme

⁷ A.C. Hutchinson, *The Companies We Keep: Corporate Governance for a Democratic Society*, Toronto, Irwin Law, 2006.

source de rééquilibrage au sein du conseil est l'adhésion des actionnaires eux-mêmes aux préoccupations de la responsabilité sociale – incluant du développement durable.

Au cours des dernières années, nous avons assisté à la croissance spectaculaire de fonds d'investissement et d'autres investisseurs institutionnels se préoccupant des questions de responsabilité sociale⁸. Ces investisseurs utilisent divers filtres ou s'appuient sur des systèmes de notation pour orienter leurs investissements.

Aux cotés de ces investisseurs, nous retrouvons aussi des institutions favorisant une vision à long-terme de la croissance de l'entreprise qui rejoint à bien des égards les préoccupations sociales et environnementales. Les firmes de courtage et les analystes financiers développent également des instruments d'analyse qui permettent une meilleure compréhension des liens entre la performance et les dimensions sociales et environnementales.

Ces investisseurs peuvent exercer une influence sur l'élection des administrateurs de manière à ce que leurs préoccupations relatives au long-terme, de même qu'aux dimensions sociales et environnementales soient prises en compte.

À cet égard, il est intéressant de signaler le développement du mouvement du *majority voting* aux États-Unis qui accroît le poids des actionnaires dans l'élection des administrateurs. Selon ce mouvement qui a été implanté dans diverses grandes entreprises américaines (Pfizer, Intel), tout administrateur doit recevoir plus de la majorité des voix (incluant les abstentions) lors de son élection. À défaut, il doit remettre sa démission au conseil.

Bien sûr, ces investisseurs « éclairés » se confronteront aux investisseurs plus agressifs, tels que les fonds de couverture, cherchant des rendements à très court terme. Mais l'influence de ces fonds de couverture soulève peut être une question relative à leur encadrement (presque inexistant).

2.2 Réformes visant les normes de responsabilisation

Le second axe concerne l'objectif guidant les administrateurs devant agir dans l'intérêt de la société. Tel que mentionné, traditionnellement, cet objectif a été conceptualisé comme

⁸ Voir C. de Brito et al., *L'investissement socialement responsable*, Paris, Economica, 2005.

étant d'agir dans l'intérêt des actionnaires. Selon les critiques, il est temps de modifier cette conception pour la diriger vers l'intérêt de l'ensemble des parties prenantes.

Il paraît important de tempérer quelque peu l'impact de cette norme sur la gouvernance des sociétés et la production des externalités. Autrement dit, il ne faut pas surestimer l'influence de cette norme, même interprétée en faveur des actionnaires, pour les raisons suivantes.

En droit anglo-américain, les tribunaux font montre d'une grande déférence relativement aux décisions d'affaires prises par les administrateurs⁹. Dans la mesure où ils suivent un processus décisionnel raisonnablement prudent et diligent et que leur décision n'est pas irrationnelle, les tribunaux ne se substituent pas à l'appréciation faite. Cela fait en sorte que la norme de la primauté des actionnaires a toujours été très malléable pour les administrateurs. Le risque de poursuite quant à une décision intégrant d'autres considérations que les profits purs et à court terme plutôt faible, sauf dans des cas bien spécifiques.

Un domaine où l'influence de la norme de la primauté des actionnaires a souvent été mise en relief est les prises de contrôle. Or, une lecture de la jurisprudence, en particulier celle du Delaware, indique que les tribunaux ont toujours été soucieux de préserver un équilibre entre la maximisation à court terme et l'autorité des administrateurs¹⁰. Ainsi, sous la norme *Unocal*, les tribunaux ont reconnu le droit des administrateurs de bloquer une prise de contrôle pour protéger l'entreprise, concept incluant ses parties prenantes.

En droit canadien, les administrateurs ont toujours dû prendre leurs décisions d'affaires en tenant compte des parties prenantes en raison des régimes statutaires de responsabilité civile et pénale qui peuvent leur imputer une responsabilité personnelle lorsque la société cause un préjudice aux parties prenantes. Même en droit commun, en droit civil et en common law, les administrateurs ont été tenus responsables des préjudices causés aux tiers par la société lorsqu'ils avaient commis une faute.

Enfin, il faut reconnaître que beaucoup de chemin a été parcouru sur le plan de la définition plus large de l'intérêt de la société. Au Canada, dans l'arrêt *Peoples*¹¹, la Cour suprême a reconnu sans équivoque cette conception plus large en soulignant que l'intérêt

⁹ S. Rousseau, « Le rôle des tribunaux et du conseil d'administration dans la gouvernance des sociétés ouvertes : réflexions sur la règle du jugement d'affaires », (2004) 45 *Cahiers de droit* 469

¹⁰ Voir S. Rousseau et P. Desalliers, *Les devoirs des administrateurs lors d'une prise de contrôle : étude comparative du droit du Delaware et du droit canadien*, Montréal, Éditions Thémis, 2007.

¹¹ *Magasins à rayons Peoples Inc. c. Wise*, 2004 SCC 68.

de la société ne se limitait pas à celui des actionnaires. De plus, elle a signalé qu'il pouvait être légitime pour les administrateurs dans la détermination de l'intérêt de la société de considérer les intérêts des parties prenantes. Bien sûr dans l'attente des motifs de la Cour dans l'affaire *BCE* qui opposait les intérêts des obligataires à ceux des actionnaires, on ne peut que spéculer sur l'évolution de cette nouvelle définition proposée dans *Peoples*.

Observations finales

Ce qui paraît crucial maintenant est de s'assurer que la redéfinition de l'intérêt de la société ne se traduise pas uniquement par un accroissement de l'espace discrétionnaire des dirigeants. Autrement dit, il faut développer des moyens afin de s'assurer de l'imputabilité des administrateurs au regard de cet objectif. Cela passe, d'une part, par l'élaboration de critère d'évaluation de la maximisation de la valeur et, d'autre part, par une divulgation d'information plus complète sur les dimensions sociales et environnementales. Ces exigences impliquent une révision des obligations de divulgation, une normalisation permettant de standardiser cette divulgation et un contrôle de la qualité. Il y a quelque temps, la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario effectuait une première analyse de la qualité de la divulgation environnementale¹². Cela annonce peut-être des changements à venir au Canada.

¹² 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) *Revue de droit bancaire et financier* (sous presse).