Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 139 (2020)

Artikel: Responsabilité sociétale des entreprises en droit de la société anonyme : entre devoir des organes et nouvelle technique de réglementation

Autor: Bahar, Rashid

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-1052945

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 23.08.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Responsabilité sociétale des entreprises en droit de la société anonyme: entre devoir des organes et nouvelle technique de réglementation

Rashid Bahar*

* Professeur associé à l'Université de Genève, docteur en droit, avocat, LL.M.

Table des matières

A. Introduction . . . 272
B. La société anonyme dans le pendule de l'Histoire . . . 275
I. Introduction . . . 275
II. L'intérêt social et la théorie de l'*Unternehmen an sich* . . . 277
1. La controverse entre Rolf Bär et Walter Schluep . . . 277
2. L'intérêt de social dans la jurisprudence du Tribunal fédéral . . . 278
III. Grandeur et décadence de la *shareholder value* . . . 281
IV. Stakeholders . . . 284
V. Synthèse: *Corporate social responsibility* comme juste milieu? . . . 289
C. Responsabilité sociétale des entreprises dans l'intérêt de la société . . . 289
I. Droit au dividende et responsabilité sociétale . . . 289
1. Le but lucratif comme point de départ . . . 289
2. La perspective à long terme: gestion durable . . . 291
3. Doing well by doing good . . . 292
4. Synthèse . . . 293
II. Responsabilité sociétale comme limite au but lucratif . . . 294
1. Devoir de respecter les lois . . . 294
2. Un comportement socialement responsable comme condition de la poursuite du but lucratif . . . 295
3. Un comportement socialement responsable comme limite à la poursuite du but lucratif . . . 298
4. Synthèse . . . 299
III. Rôle du conseil d'administration dans la mise en œuvre de la responsabilité sociétale des entreprises . . . 300
1. Introduction . . . 300
2. But social et pouvoir de représentation . . . 300
3. Business judgment rule, une épée à deux tranchants . . . 302
4. Responsabilité civile des membres du conseil d'administration . . . 305
5. Synthèse . . . 306
IV. Rôle des investisseurs dans la mise en œuvre de la responsabilité sociétale des entreprises . . . 307
1. Les actionnaires irresponsables? . . . 307
2. Investisseurs institutionnels . . . 308
3. Obligation d'exercer le droit de vote des investisseurs institutionnels . . . 311
4. Finance durable et investisseurs institutionnels . . . 313
5. Synthèse . . . 314
V. Transparence comme réponse au pouvoir d'appréciation . . . 314
1. Information volontaire . . . 314
a. Codes de conduite . . . 315
b. Rapports . . . 315
c. Absence de contrôle de l'information . . . 316
d. Sanctions: loi sur la concurrence déloyale et droit pénal . . . 317
2. Transparence obligatoire . . . 318
a. Développements internationaux . . . 318
b. Rapport annuel . . . 320
c. Droit boursier: une solution partielle . . . 320
3. Synthèse . . . 322
VI. Synthèse . . . 323

D. Responsabilité sociétale des entreprises comme instrument d'action de l'Etat . . 325
I. Introduction 325
1. Changement de perspective: l'Etat, promoteur de la responsabilité sociétale des entreprises 325
2. Révolution du gouvernement d'entreprise 327
3. La responsabilité sociétale des entreprises comme moyen d'action 329
II. Transparence sur les matières premières 332
III. Quotas féminins au sein des conseils d'administration et de la direction . . . 335
IV. Respect des droits de l'homme et de l'environnement et Initiative sur les multinationales responsables 337
1. Principes internationaux 337
2. La mise en œuvre en Suisse: Plan d'action du Conseil fédéral de 2015 . . 339
3. L'initiative sur les multinationales responsables 340
4. Contre-projet indirect 344
a. Rapport sur les questions non financières 345
b. Devoir de diligence et transparence en matière de minerais provenant de zone de conflits et de travail des enfants 346
c. Sanction pénale 348
V. Synthèse 348
E. Conclusion 351

A. Introduction

La Suisse compte 590 252 entreprises (en 2017). 99.9 % d'entre elles sont des petites et moyennes entreprises. Cependant, les 1630 grandes entreprises occupent 1 446 350 emplois (en 2017), soit près du tiers des emplois en Suisse.[1] 230 sociétés suisses ont coté leurs titres de participation à la SIX Swiss Exchange AG[2] faisant appel au marché de capitaux afin de se financer. Les cinq plus grandes représentent plus de la moitié de la capitalisation boursière des actions suisses et génèrent un chiffre d'affaires de plusieurs dizaines de milliards de francs par année et emploient des centaines de milliers de personnes à travers le monde.[3] A ce titre, leur importance économique est comparable à

1 Source: Statistique structurelle des entreprises STATENT, 22 août 2019 (‹https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/industrie-services/entreprises-emplois/structure-economie-entreprises/pme.html›).

2 Source: SIX Swiss Exchange AG (‹https://www.six-group.com/exchanges/indices/data_centre/shares/swiss_all_shares_en.html›). A ces sociétés s'ajoutent les sociétés immobilières et les sociétés d'investissement.

3 Par exemple, Nestlé SA, sur une base consolidée, réalise en 2019 un chiffre d'affaires de CHF 92.568 milliards et compte 291 000 employés (Nestlé SA, Rapport annuel 2019, (‹https://www.nestle.com/sites/default/files/2020–03/2019-annual-review-fr.pdf›). Novartis SA, sur une base consolidée, compte 108 775 emplois et réalise un chiffre d'affaires de USD 47.445 milliards (Novartis Annual Report 2019, (‹https://www.novartis.com/sites/www.novartis.com/files/novartis-annual-report-2019.pdf›). Roche Holding SA, sur une base consolidée, compte 97 735 employés et réalise un chiffre d'affaires de CHF 61.5 milliards (Roche Holding SA, Annual Report 2019, (‹https://www.roche.com/investors/annualreport19.htm#rd›). ABB SA réalise sur une base consolidée un chiffre d'affaires de CHF 27.662 milliards et environ 110 000 employés (ABB

celle d'Etats souverains. Elles occupent des ressources humaines à l'échelle de la population d'une ville de taille moyenne en Suisse. Leur impact sur les communautés et l'environnement avec lesquelles elles interagissent est considérable. Elles sont présentes dans le monde entier, ignorant dans une large mesure les frontières nationales. C'est pourquoi se pose la question de savoir quelle est la responsabilité des entreprises à l'égard de la société au sens large.

Dans cette optique, la *corporate social responsability* ou la responsabilité sociétale des entreprises constitue l'ensemble des normes non contraignante visant à régir les devoirs des entreprises de contribuer à la protection de l'environnement et au bien-être de leurs employés ainsi que de veiller au bon fonctionnement de l'Etat, notamment en luttant contre la pollution, les fameux critères environnementaux, sociaux et de gouvernance (ESG). Ces principes font partie de la problématique plus large du développement durable:[4] la responsabilité sociétale de l'entreprise vise à mettre les sociétés commerciales à contribution afin qu'elles s'engagent en vue d'une gestion durable et participent activement à la vie de la communauté à laquelle elles appartiennent.[5] Toutefois et c'est là que réside leur caractéristique fondamentale, ces responsabilités vont au-delà du respect des obligations juridiques contraignantes,[6] et font appel à l'éthique et à la morale.[7] Elles sont aussi fondées sur des normes juridiques non contraignantes, la *soft law*.[8]

SA, ABB Group Annual 2019, (‹https://new.abb.com/investorrelations/calendar-events-and-publications/financial-results-and-presentations/quarterly-results-and-annual-reports›).

4 La responsabilité sociétale des entreprises: Position et plan d'action du Conseil fédéral concernant la responsabilité des entreprises à l'égard de la société et de l'environnement, Berne, le 1er avril 2015 (‹https://www.seco.admin.ch/dam/seco/fr/dokumente/Aussenwirtschaft/Wirtschaftsbeziehungen/CSR/Weitere_Informationen/CSR-Positionspapier.pdf.download.pdf/03%20Beilage_CSR-Positionspapier-f_1_4_2015.pdf›), p. 5: *«La RSE vise les effets des activités des entreprises sur la société et l'environnement, tout en tenant compte des intérêts des parties prenantes (actionnaires, employés, consommateurs, communautés locales, organisations non gouvernementales, etc.). La Confédération comprend la RSE comme une contribution des entreprises au développement durable. La RSE doit se déployer dans toutes leurs activités, en Suisse et à l'étranger.»* Voir aussi Giulia Neri-Castracane, Les règles de gouvernance comme moyen de promotion de la responsabilité sociale de l'entreprise – réflexions sur le droit suisse dans une perspective internationale, Genève 2016, p. 55–57.

5 Andreas Bohrer, Corporate Social Responsibility: Chances, success factors, and new challenges of CSR, GesKR 2016, p. 273 ss, p. 273.

6 La responsabilité sociétale des entreprises: Position et plan d'action du Conseil fédéral concernant la responsabilité des entreprises à l'égard de la société et de l'environnement, Berne, le 1er avril 2015 (‹https://www.seco.admin.ch/dam/seco/fr/dokumente/Aussenwirtschaft/Wirtschaftsbeziehungen/CSR/Weitere_Informationen/CSR-Positionspapier.pdf.download.pdf/03%20Beilage_CSR-Positionspapier-f_1_4_2015.pdf›), p. 6; voir aussi Karin Müller, Corporate Social Responsibility: Politisches Engagement von Unternehmen, ZSR Beiheft 54, Bâle 2017, p. 4; Rolf Watter/Till Spillmann, Corporate Social Responsibility – Leitplanken für den Verwaltungsrat Schweizerischer Aktiengesellschaften, GesKR 2006, p. 94 ss, p. 96.

7 Voir Bohrer (note 5), p. 273; Howard R. Bowen, Social Responsibilities of Businessmen, New York 1953, 6; Urs Schenker, Corporate Social Responsibility, RSDA 2017, p. 635 ss, p. 636; Watter/Spillmann (note 6), p. 100 s.

8 Voir Bohrer (note 5), p. 273; Neri-Castracane (note 4), p. 18; Bowen (note 7), Anne Mirjam Schneuwly, Corporate Social Responsibility an der Schnittstelle von Wirtschaft, Recht

Ce phénomène est complexe, car il se situe à la croisée de nombreux domaines. Il relève en partie du droit international: les Nations Unies[9] et l'OCDE[10] ont cherché à coordonner par ce biais la réglementation des entreprises multinationales et les organisations non gouvernementales sont aussi intervenues afin de promouvoir leurs objectifs à l'échelle globale.[11] Il appartient aussi au droit national. La responsabilité sociétale des entreprises relève du droit des sociétés, vu qu'il s'agit de définir les devoirs des personnes morales et leurs organes, mais aussi des différents domaines du droit qu'elle vient compléter, le droit du travail, le droit de l'environnement ou encore le droit pénal.

Ce phénomène est juridique en ce sens qu'il cherche à imposer une obligation aux entreprises de respecter les intérêts des parties prenantes dans l'exercice de leur activité. En même temps, il transcende le droit, vu qu'il s'agit de créer un cadre afin d'assurer la mise en œuvre volontaire des principes non contraignants, tout en effaçant les frontières entre ces domaines.[12] Parfois, ces principes sont adoptés par des organisations internationales qui font appel à la bienveillance des Etats ou du secteur privé. Tantôt les initiatives émanent des Etats; tantôt, elles sont promues par des organisations non gouvernementales.[13] Parfois encore, ce sont les entreprises elles-mêmes qui se soumettent à des codes de conduites formalisés.[14] Le phénomène relève ainsi aussi du management ou de l'éthique puisque souvent la responsabilité sociétale des entreprises vient prendre le relai là où les obligations juridiques s'arrêtent,[15] mais parfois le droit intervient afin d'attribuer une valeur normative à des pratiques, voire cherche à rendre contraignant ce qui n'est qu'une expectative éthique.

---

und Politik, Transnationales CSR-soft law im globalen Kontext, thèse Fribourg 2012, p. 100 ss.

9 Nations Unies, Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, 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, A/HRC/17/31 (‹https://undocs.org/fr/A/HRC/17/31›); Nations Unies, Corporate Citizenship in The World Economy: UN Global Compact, January 2014, (‹https://www.unglobalcompact.org/docs/news_events/8.1/GC_brochure_FINAL.pdf.›).

10 Voir OCDE, Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, 2011 (‹https://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/2011102-fr.pdf›).

11 Voir généralement Anne-Marie Slaughter, A New World Order, Princeton N.J. 2004, p. 6 et Anne-Marie Slaughter, The Chessboard and the Web: Strategies of Connection in a Networked World, New Haven 2017, *passim* et en particulier p. 167 ss.

12 Marc Amstutz, The Evolution of Corporate Social Responsibility: Reflections on the Constitution of a Global Law for Multinational Enterprises, RSDA 2015, p. 189 ss, p. 190–191.

13 Bohrer (note 5), p. 274; Peter Forstmoser, Corporate Social Responsibility, eine (neue) Rechtspflicht für Publikumsgesellschaften?, in: Robert Waldburger/Peter Sester/Christoph Peter/Charlotte M. Baer (éds), Law & Economics, Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Berne 2015, p. 157 ss, p. 168; Schenker (note 7), p. 641.

14 Bohrer (note 5), p. 274. Voir plus généralement Schneuwly (note 8), p. 43 ss pour une taxonomie et une revue de l'écologie des standards applicables dans le domaine.

15 Voir, à ce propos, Amstutz (note 12), p. 189 ss.

Dans le cadre du présent rapport, je me concentre sur la place de la *corporate social responsibility* dans le droit des sociétés (anonymes) suisses Je ne m'intéresse dès lors pas aux développements sur le plan international ou leur réception en droit national. Ainsi, je ne me penche pas généralement sur la responsabilité civile pour les violations des droits de l'homme. De même, je n'approfondirai pas les questions plus sectorielles des standards applicables en droit du travail ou en droit de l'environnement. Enfin, il ne s'agira pas pour moi de déterminer si la *corporate social responsibility* s'impose sur le plan de l'éthique ou de sa mise en œuvre dans le cadre de la gestion d'entreprises.

En lieu et place je me propose de développer une réflexion autour de deux questions: Premièrement, je commencerai par me pencher sur la question de savoir dans quelle mesure les sociétés commerciales doivent prendre en compte une dimension sociale et environnementale dans leur activité. Dans un second temps, je renverserai la question et me pencherai sur le recours à la responsabilité sociétale des entreprises en tant que mécanisme de mise en œuvre des politiques publiques, en illustrant la réflexion par trois questions: la transparence sur les versements aux gouvernements par les entreprises extractives, la question de la représentation des genres et enfin la question des droits de l'homme. Toutefois, avant d'approfondir ce sujet, il me semble important de lever un malentendu: la problématique de la responsabilité sociétale des entreprises n'est pas nouvelle.[16] Au contraire, la société anonyme s'inscrit dans les vacillements de l'histoire.

B. La société anonyme dans le pendule de l'Histoire

I. Introduction

La société anonyme est une créature fascinante:[17] comme toute société de droit privé, elle est le produit d'un contrat par lequel une ou plusieurs personnes, les actionnaires fondateurs, unissent leur effort dans un but commun.[18] Dès sa fondation, elle bénéficie, cependant, de la personnalité morale et, à ce titre, jouit de

16 A titre anecdotique, la Compagnie des Indes orientales, une des premières sociétés anonymes, avait un caractère multinational et avait à sa disposition des forces navales et militaires considérables. Ce sont ses excès (et le désir de s'assurer une manne fiscale) qui ont justifié l'intervention du Royaume-Uni en Inde et ainsi joué un rôle déterminant dans l'avènement de l'Empire britannique. Voir notamment NIALL FERGUSON, Empire: How Britain Made the Modern World, New York 2003, p. 40–41; JOHN KEAY, The Honorable Company: History of the English East India Company, London 1991, p. 378–391.

17 Voir généralement JOHN MICKLETHWAIT/ADRIAN WOOLRDIGE, The Company: a Short History of a Revolutionnary Idea, New York 2003. Voir aussi COLLIN MAYER, Firm Commitment, Oxford 2013, p. 21–23.

18 Art. 530 al. 1 CO. Dans ce sens également, HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Berne 2014, § 1 N 19.

tous les droits civils qui ne sont pas inséparables de la condition humaine.[19] Cette personne morale s'émancipe de ses actionnaires pour plusieurs raisons:[20] elle est, sauf disposition contraire, fondée pour une durée indéterminée[21] et, donc, en principe immortelle, tant que sa situation financière le lui permet[22] et que ses actionnaires le souhaitent.[23] Ses liens avec ses actionnaires, en revanche, sont éphémères: ces derniers peuvent librement céder leurs actions[24] pour autant qu'ils trouvent un acheteur. Les actionnaires ne sont pas, juridiquement parlant, des propriétaires de la société anonyme; ils en sont les membres, les associés qui la forment, tout en étant distincts de celle-ci. Toutefois, contrairement aux associés d'autres sociétés, ils ne doivent rien à la société anonyme une fois qu'ils ont libéré le capital et versé le prix d'acquisition.[25] En particulier, ils ne lui doivent pas fidélité.[26] Par conséquent, la dichotomie entre la société anonyme et ses membres a pour corollaire que la société anonyme dispose d'un intérêt propre, distinct de celui de ses actionnaires.[27]

---

19 Art. 53 CC.

20 Voir von der Crone (note 18), § 1 N 19–20.

21 Art. 627 ch. 4 CO *a contrario*.

22 Voir l'art. 725 al. 2 CO et l'art. 736 ch. 2 CO

23 Voir l'art. 736 ch. 2 CO. Les actionnaires peuvent aussi demander la dissolution pour justes motifs art. 736 ch. 4 CO. Rappelons dans ce cadre que selon la jurisprudence, le manque de profitabilité d'une société constitue, si elle est durable, un motif justifiant la dissolution. ATF 126 III 260, c. 1c, 270.

24 Voir art. 683 CO sur les actions au porteur et l'art. 684 al. 1 CO pour les actions nominatives.

25 Art. 680 al. 1 CO.

26 Voir ATF 105 II 114, c. 7b, 128, ATF 91 II 298, c. 6a, 305; Arrêt du Tribunal fédéral 4C.143/2003 du 14 octobre, c. 6; ZK-Bahar/Peyer, in: Lukas Handschin (éd.), Zürcher Kommentar: Obligationenrecht, Art. 660–697m OR, 2e éd., Zurich 2020, art. 680 N 38 et les références citées; Peter Böckli,, Schweizer Aktienrecht: mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung: unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, 4e éd., Zurich, § 1 N 19 s.; Peter Forstmoser, Der Aktionärbindungsvertrag an der Schnittstelle zwischen Vertragsrecht und Körperschaftsrecht, in: Heinrich Honsell/Wolfgang Portmann/Roger Zäch/Dieter Zobl (éds), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, p. 375 ss, p. 380; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 42 N 10 ss; BSK OR II-Hans-Ueli Vogt, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (éds), Basler Kommentar – Obligationenrecht II, 5e éd., Bâle 2016, commentaire *ad* art.. 680 N 7, 9b; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser/Rolf Sethe, Gesellschaftsrecht, 12e éd., Berne 2018, § 3 N 25 s., § 16 N 208; CR CO II-Jean Luc Chenaux/Alexandre Gachet, in: Pierre Tercier/Rita Trigo Trindade/Marc Amstutz (éds), Commentaire romand – Code des obligations II, 2e éd., Bâle 2017, commentaire de l'art. 680 N 13.

27 Voir, p.ex., CR CO II-Henry Peter/Francesca Cavadini, in: Pierre Tercier/Rita Trigo Trindade/Marc Amstutz (éds), Commentaire romand – Code des obligations II, 2e éd., Bâle 2017, commentaire de l'art. 717 N 4. Voir aussi Rashid Bahar, Le rôle du conseil d'administration lors des fusions et acquisitions, thèse, Genève/Zurich 2004, p. 102; von der Crone (note 18), § 4 N 242.

L'intérêt social se conçoit généralement à la lumière du but social. Or, la plupart des sociétés anonymes sont fondées dans un but lucratif,[28] c'est-à-dire utiliser à profit les ressources mises à disposition par les actionnaires et, en fin de compte, générer un bénéfice, qu'elles distribueront tôt ou tard aux actionnaires sous forme d'un dividende ou d'une part de liquidation.[29] Pour parvenir à ce but, elles exercent, en général, une activité commerciale décrite dans les statuts.[30] Jusqu'ici tout est clair. Cependant, dès qu'il s'agit de concrétiser la notion de l'intérêt social, les différences apparaissent et se multiplient. Cette controverse se comprend mieux dans une perspective historique.

II. L'intérêt social et la théorie de l'*Unternehmen an sich*

1. La controverse entre Rolf Bär et Walter Schluep

En doctrine suisse de droit des sociétés,[31]il est de bon ton de remonter à la controverse qui a opposé Rolf Bär et Walter Schluep à la fin des années 1950 et au début des années 1960.[32] Le premier proposait de concrétiser la définition de l'intérêt social à la lumière de la volonté d'un actionnaire typique, le caractère anonyme voire labile de l'actionnariat de la société excluant toute référence à la volonté des actionnaires actuels. Il était nécessaire de définir normativement la volonté des membres de la société anonyme pour en déduire celle de la société elle-même.[33] L'actionnaire typique de Rolf Bär était ainsi en quelque sorte le «bon actionnaire», qui n'était pas un spéculateur agissant à court terme, mais plutôt un investisseur qui cherchait à réaliser un profit à son investissement sur la durée.[34]

En revanche, Walter Schluep rejeta ce point de vue au motif que l'actionnaire typique n'existait pas.[35] Walter Schluep avait adopté une autre conception se rattachant de plus près à l'activité de la société, en général, exploiter une

28 Art. 620 al. 3 CO. C'est à dessein que je n'examine pas la problématique des sociétés anonymes à but non lucratif ou à but hybride.

29 Art. 660/661 CO. Voir Bahar (note 27), p. 100.

30 Art. 620 al. 3 et art. 626 ch. 2 CO.

31 Aux Etats-Unis, une controverse similaire opposa Adolf A. Berle à E. Merrick Dodd. Voir Adolf A. Berle, Corporate Powers as Powers in Trust, 44 Harvard Law Review 1049 (1931) et E. Merrick Dodd, For whom are Corporate Managers Trustee, 45 Harvard Law Review 1145 (1932). En fin de compte, le point de vue de Dodd considérant que les dirigeants doivent agir dans l'intérêt commun des actionnaires l'emporta.

32 Voir sur cette controverse notamment Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (note 26), § 3, N 16–18; ZK-Homburger, Zürcher Kommentar, Bd. V/5b, Der Verwaltungsrat, Art. 707–726 OR, 2e éd., 1997, art. 717 N 774–778; Herbert Wohlmann, «Typischer Aktionär» und «Shareholder Value», in von Büren, Roland (éd.), Festschrift für Rolf Bär, Berne 1998, p. 415 ss.

33 Rolf Bär, Aktuelle Fragen des Aktienrechtes, RDS 1966 II p. 322 ss, p. 514–515; *id.*, Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft, RJB 1959 p. 369 ss.

34 Bär (note 33), p. 515.

35 Walther Schluep, Schutz des Aktionäres auf neuen Wegen, SAS 1960/1961, p. 137 ss.

entreprise.[36] Il s'inscrivait ainsi dans la tradition du droit allemand qui se fondait sur les idées du chef d'entreprise et politicien allemand Walter Rathenau.[37] Walter Schluep développa ainsi une théorie de l'intérêt social centrée sur l'entreprise, sans aller aussi loin que la doctrine de l'*Unternehmen an sich* du droit allemand, qui revient à couper les liens entre les actionnaires et la société anonyme et ainsi nier la nature sociale et corporative de la personne morale.[38] Il conceptualisa la société anonyme comme une personne morale dont l'intérêt résulte de la balance des intérêts divers qui composent l'entreprise: ceux des actionnaires, mais aussi ceux des créanciers, des travailleurs voire de la communauté et, plus largement, de l'économie nationale.[39] Ce point de vue se faisait l'écho d'une partie importante de la doctrine dont Weiss pour qui l'intérêt de la société correspond à l'intérêt de la grande communauté des actionnaires, des créanciers, dans une certaine mesure des travailleurs et employés et l'entreprise en tant qu'entité économique.[40]

Cette seconde approche fut largement acceptée et reconnue en Suisse: le Tribunal fédéral en particulier refusa expressément le point de vue de Rolf Bär, pour considérer:

> «Abzulehnen ist sodann die Auffassung BÄR's (…), das Interesse des Unternehmens dürfe bei der Lösung gesellschaftsinterner Interessengegensätze nicht berücksichtigt werden (…). Das Gesetz ermächtigt die Mehrheit ausdrücklich, das Unternehmensinteresse gegen die widerstrebende Minderheit zu berücksichtigen (…). Hingegen kennt es keinen typischen Aktionär im Sinne BÄR's, weil es die Motive der Kapitalbeteiligung nicht normieren kann.»[41]

2. *L'intérêt de social dans la jurisprudence du Tribunal fédéral*

En réalité, comme le note Forstmoser,[42] cette jurisprudence n'était pas surprenante. Elle s'inscrivait au contraire dans une longue tradition en droit des sociétés: en 1933, le Tribunal fédéral, se basant sur un arrêt rendu sous le droit de 1881 notait déjà:

---

36 Voir WALTHER SCHLUEP, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweiz. Recht, thèse St-Gall 1955, p. 400 ss.

37 WALTHER RATHENAU, Vom Aktienwesen – eine geschäftliche Betrachtung, Leipzig 1917, p. 38.

38 Voir aussi FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 26), § 3, N 27, pour qui une société anonyme coupée de ses actionnaires revient à la faillite de la notion de la société anonyme en tant que société.

39 SCHLUEP (note 36), p. 401–402.

40 GOTTFRIED WEISS, Zum Schweizerischen Aktienrecht, Berne 1968, N 153. Voir aussi ZK-SIEGWART, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, vol. V. 5, Zurich 1945, Einleitung, N 215.

41 ATF 95 II 157, c. 9b, 164 (citations omises).

42 PETER FORSTMOSER, Profit – das Mass aller Dinge, in: Roger Zäch/Christine Breining-Kaufmann/Peter Breitschmid/Wolfgang Portmann (éds), Individuum und Verband, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zurich 2006, p. 55 ss. Voir aussi FORSTMOSER, Gewinnmaximierung oder soziale Verantwortung?, in: Rainer Maria Kiesow/Regina Ogorek/Spiro Simitis (éds), Summa Dieter Simon zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 2005, p. 207 ss, p. 226.

> «la tendance qui se manifeste actuellement dans l'évolution du droit en matière de sociétés anonymes: on vise à protéger non seulement les intérêts des créanciers et des actionnaires, mais encore, et surtout, ceux des entreprises elles-mêmes (…); toutes choses inspirées par l'idée que la prospérité de l'entreprise est la meilleure sauvegarde des intérêts des sociétaires eux-mêmes.»[43]

Cette jurisprudence n'est pas restée isolée: en 1974, le Tribunal fédéral a ainsi aussi reconnu s'agissant du droit à la poursuite d'un but lucratif que:

> «Nach Art. 646 und 660 OR hat der Aktionär ein wohlerworbenes Recht auf Anteil am Reingewinn. Er hat demnach Anspruch darauf, dass die Gesellschaft sich bestrebt, mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln Gewinne zu erzielen. Dieses Recht des Aktionärs wird indessen durch das weitgehende Ermessen der Gesellschaft, welche neben der Gewinnerzielung auch andere Interessen (z.B. Existenzsicherung der Arbeitnehmer, Investitionen) wahrzunehmen hat, eingeschränkt. Der einzelne Aktionär muss sich demnach damit abfinden, dass die Gesellschaft (nach dem Willen der Mehrheit der Aktionäre) aus sachlichen Gründen eine Gesellschaftspolitik betreibt, die nur auf lange Sicht gewinnbringend ist.»[44]

Il est intéressant de voir cependant l'évolution de l'interprétation de cette notion. Dans un premier temps, les parties prenantes sont avant tout les créanciers, puis viennent s'y ajouter les travailleurs. Leurs intérêts doivent aussi être pris en compte dans la balance qui conduit à la détermination de l'intérêt social.

Dans un l'arrêt *Togal AG contre Schmitdt*, le Tribunal fédéral nota que l'intérêt des actionnaires minoritaires à la protection par une action en dissolution pour justes motifs devait être mis en balance avec l'intérêt à la poursuite de l'exploitation et que dans ce contexte les conséquences économiques et sociales d'une dissolution, y compris sur les intérêts de tiers et en particulier des travailleurs devraient être pris en compte, avec pour conséquence que la dissolution d'une grande société publique devrait être exclue en pratique.[45]

Cette priorité sur l'intérêt de l'entreprise et des parties prenantes atteint son paroxysme dans l'arrêt du 24 avril 1990, *Schmid AG Gattikon contre WSI Wollspinnerei Interlaken AG und Kammgarnspinnerei Interlaken AG* où le Tribunal fédéral considéra, s'agissant d'une société proche de la faillite, que même la poursuite du but social atteint ses limites:

---

43 ATF 59 II 44, 48. Voir aussi ATF 51 II 412, c. 3, 427 «Er folgt damit der Entwicklungstendenz des modernen Aktienrechts, die nicht einseitig nur auf Schutz der Interessen der Aktionäre und Gläubiger, sondern vor allem auch auf Schutz der Aktienunternehmung selber geht, im Sinne der Erleichterung ihrer Bildung, Sicherung ihres Bestandes, Gewährleistung ihrer Bewegungsfreiheit und Existenz in schweren Zeiten, indem Mittel und Wege zur Erhaltung oder Wiedergewinnung der Leistungsfähigkeit zur Verfügung gestellt werden, was alles mit auf dem Gedanken beruht, dass mit dem Gedeihen der Unternehmung auch die Interessen der Mitglieder am besten gewahrt sind.»

44 ATF 100 II 384, c. 4, 393.

45 ATF 105 II 114, c. 7c, 128–129.

> «Besondere Umstände können jedoch eine andere Betrachtungsweise rechtfertigen. Die Beschränkung der Vertretungsmacht auf Rechtshandlungen, die der Verfolgung des Gesellschaftszwecks dienen können, kann dann nicht mehr massgebend sein, wenn dieser zufolge Konkursreife der Gesellschaft ohnehin nicht mehr zu erreichen ist. Diesfalls muss es zulässig sein, die Vertretungsmacht an anderen Kriterien zu orientieren, insbesondere an den Interessen der Beschäftigten und der übrigen Gläubiger sowie am Allgemeinwohl.»[46]

Nous voyons ainsi que non seulement l'intérêt des employés, mais aussi ceux des autres créanciers et même l'intérêt commun doivent être considérés, dans ces conditions certes extrêmes.

En 2000, le Tribunal fédéral plaça toutefois les actionnaires au centre du droit des sociétés, sans remettre en compte l'importance de la pesée d'intérêts:

> «Le critère décisif réside bien plutôt dans le point de savoir si le maintien de la société peut être imposé, objectivement et raisonnablement, aux actionnaires minoritaires. Tel ne sera pas le cas, suivant les circonstances, lorsque le but de la société – qu'il s'agisse de l'activité commerciale en tant que telle ou de la réalisation de bénéfices – ne peut plus être atteint (…). Il pourra en aller de même dans le cas d'une mauvaise gestion durable, entraînant progressivement la ruine de la société.»[47]

Plus récemment, en 2012, dans le cadre de l'action en dissolution pour défaut d'organisation de l'art. 731*b* CO, il considéra que le fait que les intérêts de *stakeholders* et du public plus généralement soient en jeu a pour effet de retirer la procédure de la disposition des parties et de la transformer en une procédure que le juge doit mener d'office:

> «Die Behebung von Organisationsmängeln steht im Interesse eines funktionierenden Rechtsverkehrs und kann die Interessen von Anspruchsgruppen (Stakeholder) berühren, die sich am Verfahren nach Art. 731b OR nicht beteiligen (Arbeitnehmer, Gläubiger, Aktionäre). Aufgrund der Interessen Dritter sowie der Öffentlichkeit ist der Richter an spezifizierte Anträge der Parteien nicht gebunden.»[48]

Il y a dans cette tradition jurisprudentielle une certaine constante: l'intérêt de la société est certes compris comme l'intérêt à long terme de ses membres, les actionnaires, mais il passe nécessairement par l'entreprise comprise dans sa globalité: d'abord, une communauté d'actionnaires et de créanciers, puis s'y ajouteront les travailleurs reconnus comme catégorie particulière, et enfin même la communauté. Il faut toutefois souligner que cette jurisprudence se penche sur les conflits entre actionnaires majoritaires et minoritaires ou encore entre organes dirigeants et actionnaires: les actionnaires minoritaires passent ainsi au

46 ATF 116 II 320, c. 3, 323.
47 ATF 126 III 266, c. 1c), 270.
48 ATF 138 III 407, c. 2.3, 408–409.

second rang si les intérêts de l'entreprise, qui peut comprendre ceux des autres parties prenantes, le justifient.[49]

III. Grandeur et décadence de la *shareholder value*

Si la jurisprudence suisse a fait preuve de constance, il n'en va pas de même de la doctrine. La lecture sociologique de la société anonyme fondée sur l'entreprise, qui constitue une communauté sociale, a été remise en question par une vision plus économique du phénomène qui a pris son essor dès le début des années 1970 avant d'être intégrée dans l'interprétation du droit des sociétés au cours des deux décennies suivantes.

Outre-Atlantique, Milton Friedman avait esquissé dans un article du New York Times une vision de la société anonyme centrée sur les actionnaires.[50] Selon l'économiste américain, le but d'une société anonyme et, plus généralement, son rôle social est de maximiser ses bénéfices afin de les distribuer tôt ou tard aux actionnaires. L'intérêt des autres parties prenantes ne devrait ainsi pas être pris en compte par la société anonyme et ses organes, mais par le législateur ou des instruments contractuels.

L'argument de Milton Friedman se fonde sur deux courants de pensée: le premier se fonde sur la logique économique, qui remonte à Adam Smith, selon laquelle l'intérêt public est mieux servi par la poursuite de l'intérêt individuel, par la logique de la main invisible du marché.

> «It is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the baker that we expect our dinner, but from their regard to their own self-interest. We address ourselves not to their humanity but to their self-love, and never talk to them of our own necessities, but of their advantages».[51]

Cette vision n'est pas seulement de nature économique, mais revêt une dimension morale. Adam Smith s'était inspiré de Bernard Mandeville, lequel avait argumenté, dans sa fable des abeilles, que des vices privés contribuaient à la vertu

---

49 Comp. *Dodge v. Ford Motor Company*, 204 Mich. 459, 170 N.W. 668 (Mich. 1919) qui est souvent cité comme l'exemple de la *shareholder value* aux USA: le frères Dodge actionnaires minoritaires de Ford s'étaient plaints que la société ne distribuait pas suffisamment de dividende. Ford argua que le but de l'exercice était de prendre en compte l'intérêt des travailleurs à conserver leur place de travail. Le Tribunal donne tort à ce dernier. Cette jurisprudence n'est de loin pas acceptée unanimement même aux Etats-Unis. Voir *Shlensky v Wrigley*, 237 NE 2d 776 (Ill. Ap. 1968) considérant que le président du Conseil d'administration des *Chicago Cubs* pouvait refuser d'installer un éclairage afin de permettre des matchs de se dérouler en soirée, car c'était contraire à l'esprit du sport et son impact sur le voisinage. Le tribunal lui donna raison et rejeta l'action d'un minoritaire se plaignant que cela réduirait la profitabilité de la société.

50 Milton Friedmann, The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits, New York Times Magazine, 13 septembre 1970, p. 33.

51 Adam Smith, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, 1776, p. 27. Voir Roland Bénabou/Jean Tirole, Individual and Corporate Social Responsibility, Economica (2010) 77, p. 1 ss.

publique.[52] En d'autres termes, poursuivre un but lucratif revient à mettre les ressources à leur meilleure utilisation possible et ainsi indirectement au bien-être de la société au sens large. Dans sa version économique contemporaine, la théorie de la main invisible n'a toutefois pas une valeur normative, mais une portée descriptive: en agrégeant l'offre et la demande d'acteurs individuels cherchant à maximiser leur utilité, le marché permet d'atteindre une allocation optimale des ressources. Cette logique connaît ses limites dans le problème des externalités et des lacunes de marchés, qu'il convient de résoudre par d'autres outils, la règlementation et les normes éthiques.[53]

La seconde, plus intéressante pour le droit des sociétés, se penche sur le rôle du conseil d'administration et des dirigeants d'une société anonyme, en tant que mandataire. Cette approche a une nature fortement prescriptive et s'inscrit dans le cadre théorique de la relation *agent-principal* de Jensen-Meckling. Dans cette optique, la société anonyme n'a pas d'existence propre. Il s'agit d'un réseau de contrats *(nexus of contracts)* entre les différentes parties prenantes auquel le droit par simplification reconnaît la personnalité juridique avec ses attributs typiques, notamment la responsabilité limitée des actionnaires et la capacité civile.[54] Partant de ce fondement théorique, deux conclusions s'imposent: premièrement, aucune partie prenante n'a *a priori* un intérêt prédominant; il existe au contraire une multitude de relations complexes entre cette fiction juridique, les fournisseurs de travail, matériaux et de capital ainsi que des consommateurs des produits. Deuxièmement, la société – simple réseau de contrats – n'a pas d'intérêt propre ni de responsabilité sociétale:[55]

> «The private corporation or firm is simply one form of legal fiction which serves as a nexus for contracting relationships and which is also characterized by the existence of divisible residual claims on the assets and cash flows of the organization which can generally be sold without permission of the other contracting individuals.»

Cependant, la théorie de l'*agent-principal*, tout comme celle de droits de propriété[56] qui l'a suivie, voit une distinction importante entre les créanciers résiduels et les autres parties prenantes: les prétentions des créanciers (volontaires), des travailleurs, des fournisseurs et des clients sont définies par le contrat qui

---

52 Voir généralement Bernard Mandeville, The Fable of Bees: or Private Vices Publick Benefits, 1714. Plus encore, Pierre Nicole, le théologien de l'école de Port-Royal voyait la poursuite de l'amour-propre comme le fondement de la société civile, alors que la condition humaine empêche de percevoir la volonté divine et connaître l'amour de Dieu. Pierre Nicole, Essais de morale (1671–1678), Paris, p. 182.

53 Voir notamment Michael C. Jensen, Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function, Business Ethics Quarterly, 12 (2002), p. 235 ss, p. 239. Voir aussi Watter/Spillmann (note 6), p. 96 ss qui expliquent par ce biais la *corporate social responsibility.*

54 Michael C. Jensen/William H. Meckling, Theory of the firm: Managerial behavior, agency cost and ownership structure, Journal of Financial Economics 3 (1976), p. 305 ss, p. 310–311.

55 *Ibid.* p. 311.

56 Voir Oliver Hart, Firms, Contracts, and Financial Structure, Oxford/New York 1995.

les lie à la société. Les victimes d'actes illicites, l'environnement et le fisc sont protégés par la loi qui définit les attentes de l'Etat nourrit face aux acteurs économiques. Seuls les actionnaires ne sont pas au bénéfice d'une prétention déterminée, mais uniquement de l'expectative de recevoir un dividende si la société réalise des bénéfices et décide de les distribuer.[57] A ce titre, ils ont la qualité de «créancier résiduel» *(residual claimant)*: ils ont le droit de percevoir ce qui reste après que la société se soit acquittée de ses obligations envers les autres parties prenantes[58] et, même là, il ne s'agit pas d'un véritable droit, mais plutôt d'une expectative.

Sur la base de ces deux prémisses, les partisans de cette théorie font un constat important: vu la nature résiduelle de leur prétention, avant de pouvoir répondre aux intérêts des actionnaires, il faut que les créances à l'égard des autres parties prenantes soient satisfaites. Par conséquent, il faut confier le contrôle sur l'entreprise aux actionnaires. Certes, ils poursuivront leur propre intérêt, mais pour ce faire ils devront d'abord s'assurer que toutes les prétentions fixes des autres parties prenantes sont satisfaites.[59] A défaut de pouvoir eux-mêmes diriger l'entreprise (faute de temps ou d'expertise), les actionnaires doivent au moins pouvoir nommer les dirigeants, qui, à leur tour, doivent avoir pour devoir de maximiser l'intérêt des actionnaires. Dès lors, il suffit de maximiser la valeur des prétentions des actionnaires afin de répondre au mieux aux intérêts de toutes les parties prenantes.[60] Attribuer aux dirigeants un objectif clair permet ainsi de leur donner un critère de décision et de vérifier dans quelle mesure leurs actes répondent à leur mission.[61]

Inspirée de la théorie financière, la théorie du *nexus of contracts* a été intégrée dans les théories managériales d'Alfred Rappaport sous le titre de *shareholder value*,[62] qui fut ensuite reçue en Suisse pendant les années 1990 et 2000.[63]

---

57 Voir en droit suisse les art. 660 CO et l'art. 675 CO.

58 Voir Armen A. Alchian/Harold Demsetz, Production, Information Costs, and Economic Organization, American Economic Review, 62 (1972), p. 777, 782–783 et p. 788–789; Eugene F. Fama, Agency Problems and the Theory of the Firm, Journal of Political Economy, 88 (1980), p. 288 ss.

59 Voir Frank H. Easterbrook/Daniel R. Fischel, The Economic Structure of Corporate Law, p. 63 et 67; Frank H. Easterbrook/Daniel R. Fischel, *Voting in Corporate Law*, Journal of Law and Economics 26 (1983), 395.

60 Stephen M. Bainbridge, Corporate Law and Economics, 2002; 419–429; Robert Charles Clark, Corporate Law New York 1986, p. 17–19, 677–81; Kraakman Reinier/Armour John/Davies Paul/Enriques Luca/Hansmann Henry/Hertig Gerard/Hopt Klaus/Kanda Hideki/Pargendler Marianna/Ringe Wolf-Georg/Rock Edward, The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach, 3e éd. Oxford 2017, p. 23–24.

61 Jensen (note 53), p. 238.

62 Voir Alfred Rappaport, Creating Shareholder Value: a Guide for managers and Investors, New York 1986 (réédité en 1997).

63 Voir, p.ex. BSK OR II-Rolf Watter/Katja Roth Pellanda, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter, in: Basler Kommentar – Obligationenrecht II, 5e éd., Bâle 2016, commentaire de l'art. 717 N 16; Wohlmann (note 32), p. 418. Voir aussi, plus nuancé, ZK-Homburger (note 32), art. 717 CO N 782–784.

Dans ce contexte, il faut comprendre que ce mouvement – aux Etats-Unis, en Angleterre et en Suisse du moins – ne visait pas tant à réagir à une prise en compte excessive des intérêts des parties prenantes que marquer une limite au pouvoir des dirigeants sociaux: la montée en puissance de la théorie de la *shareholder value* a en effet accompagné le passage d'un capitalisme managérial à un capitalisme financier où les investisseurs financiers ont commencé à revendiquer une place plus importante face aux *managers* qui dominaient sans opposition les grandes sociétés à l'actionnariat dispersé. La *shareholder value* constituait dans cette approche un moyen simple de mesurer la qualité du management afin d'encourager les dirigeants à faire preuve de plus de dynamisme dans la gestion d'entreprise. Par ce biais, elle est devenue une théorie normative de l'entreprise et de la fonction économique des dirigeants.

Cette vision de l'entreprise fondée sur l'actionnaire et ses intérêts s'est graduellement intégrée dans l'interprétation du droit positif suisse sans toutefois être ancrée dans la loi. C'est ainsi que, en 2002, sans aucun doute à l'apogée de ce mouvement, que le Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise prévoit:

> «Le gouvernement d'entreprise désigne l'ensemble des principes qui, tout en maintenant la capacité de décision et l'efficacité, visent à instaurer au plus haut niveau de l'entreprise, dans l'intérêt des actionnaires, la transparence et un rapport équilibré entre les tâches de direction et de contrôle.»[64]

Les actionnaires et leur intérêt, dès lors, figurent au centre du gouvernement d'entreprise: le but du droit des sociétés consiste à veiller à ce que l'entreprise serve au mieux l'intérêt des actionnaires en conjuguant efficacité dans la prise de décision et contrôle de leur bien fondé. Le problème était ainsi résolu. A la fin du XXe siècle, l'histoire était parvenue à sa fin.[65]

IV. Stakeholders

Cette vision a toutefois été remise en cause au début du nouveau millénaire: la fin de la bulle dot.com, les scandales financiers qui l'ont accompagnée, Enron et WorldCom pour mentionner les deux épisodes les plus marquants de cette époque à l'échelle internationale, puis la crise financière de 2007–2008 – tout comme, à l'échelle nationale, la déconfiture de SAirGroup en 2001 et le sauvetage d'UBS en 2009 – ont mis en évidence les abus commis au nom de la *shareholder value*: les plans de rémunération censés inciter les dirigeants à mieux prendre en compte l'intérêt des actionnaires avaient ainsi souvent créé

64 EconomieSuisse, Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprises, 2002, préambule.

65 Henry Hansmann/Reineer Kraakman, The End of History for Corporate Law, Georgetown University Law Review 89 (2000), p. 439 ss.

de fausses incitations poussant les dirigeants à maximiser le court terme au détriment du long terme, voire à se livrer à des manipulations comptables ou financières.[66] C'est ainsi que l'on a observé graduellement un retour de pendule vers une vision plus centrée sur l'entreprise et les *stakeholders*, que ce soit les employés, les clients, les fournisseurs ou plus généralement l'environnement.

Théoriquement, le modèle du créancier résiduel est incomplet: les actionnaires ne sont pas toujours les créanciers résiduels, même dans une vision purement financière du rapport entre actionnaires et créanciers. Dans une société surendettée, les créanciers ordinaires prennent de fait leur place: les actionnaires ont déjà perdu leur mise et ce sont désormais les créanciers chirographaires de troisième rang qui seront satisfaits dans la mesure où les actifs le permettent. De plus, contrairement aux modèles à deux voire trois temps utilisés pour conceptualiser le fonctionnement du problème de principal-agent,[67] les actionnaires, dans la vraie vie, ne doivent pas attendre la fin du jeu avant de percevoir leur dividende. Ils peuvent retirer un dividende en cours de route, vendre leurs actions le cas échéant à la société elle-même, avant que tous les autres créanciers ne soient désintéressés.[68] Or, si les actionnaires peuvent retirer une partie des avoirs de la société avant que tous les créanciers ne soient désintéressés, ce ne sont plus de «purs» créanciers résiduels. Certes, le droit des sociétés instaure des garde-fous,[69] mais ces instruments sont nécessairement imparfaits.

Enfin, la conception du droit utilisée par les théories financières est trop simplificatrice pour être utile dans le débat concernant les autres parties prenantes.[70] Poussée à l'extrême, elle pousse la société anonyme et ses organes à se comporter comme un psychopathe qui n'a aucune considération sur le bien être d'autrui.[71] Même sous une forme plus nuancée, la *shareholder value* a une valeur prescriptive limitée: d'une part, de nombreuses parties prenantes font un

---

66 Le lecteur attentif notera que l'article 95 al. 3 Cst. adopté en votation populaire le 3 mars 2013 vise à protéger: *«l'économie, la propriété privée et les actionnaires»* et *«assurer une gestion d'entreprise durable»*.

67 Les modèles typiques comptent deux ou trois temps. Au temps t_0, les créanciers et les actionnaires peuvent investir ou non dans la société. Au temps t_1, les actionnaires peuvent déterminer l'intensité de leur effort. Ce choix n'est pas directement observable ou vérifiable. Le caractère en partie aléatoire de la performance d'une entreprise rend impossible de déduire du seul résultat de l'entreprise l'intensité de l'effort. Au temps t_2, les créanciers sont remboursés en principal et intérêt, si la société a les moyens pour le faire et le solde est versé aux actionnaires.

68 Il suffit en droit suisse que la société présente un bilan bénéficiaire pour que ce bénéfice au bilan puisse être, après attribution aux réserves distribuées aux actionnaires sous forme de dividende (art. 675 CO). Dès ce moment, le dividende devient un droit de créance et est retiré de la mainmise des créanciers en cas de faillite subséquente.

69 On pense ainsi à l'obligation de constituer des réserves de l'art. 671 CO ou encore aux obligations en cas de perte de capital et de surendettement de l'art. 725 CO.

70 Voir ZK-Christoph Bühler, in: Lukas Handschin (éd.) Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 698–726, Art. 731b OR, Zurich 2018, vor Art. 707–726, N 68.

71 Voir JOEL BAKAN, The Corporation, 2003.

investissement conséquent propre à la société qui n'est pas protégé par un droit de créance.[72] D'autre part, les créanciers, les travailleurs, l'environnement ne sont pas exclusivement protégés par des règles de droit «dur». Le législateur – si tant est qu'il soit correct de parler du législateur au singulier – ne définit pas les règles du jeu de façon absolue, mais est un acteur comme un autre. Il intervient s'il constate que les particuliers ne peuvent pas résoudre le problème seuls. Si le comportement des sociétés anonymes ne rend pas nécessaire une intervention de l'Etat, ce dernier n'interviendra pas.[73] Par conséquent, en faisant plus que le minimum légal, les entreprises peuvent aussi éviter l'intervention plus invasive du législateur dans le futur.[74] Ainsi, la *shareholder value* est au mieux une approche simplificatrice et au pire – dans le contexte des sociétés en difficultés en particulier – une approche économiquement erronée, puisque dans ces circonstances les créanciers sont les créanciers résiduels.

C'est pourquoi plutôt qu'une approche fondée exclusivement sur les actionnaires, une approche fondée sur la création de valeur par l'entreprise[75] ou une vision qui prendrait en compte aussi l'impact sur les autres *stakeholders* sont venues prendre le relai.[76] Les théoriciens du management vont plus loin et proposent l'approche multifactorielle du *balanced scorecard*,[77] du *triple bottom line*,[78] ou encore de *shared value*.[79]

---

72 Voir dans cette optique, Margaret M. Blair, Ownership and Control: Rethinking Corporate Governance for the Twenty-First Century, Washington D.C. 1995, *passim*. Voir aussi Henry Hansmann, The Ownership of Enterprise, Cambridge 1997, *passim*, qui propose une théorie plus nuancée de l'attribution de droit de propriété en fonction de la nature de l'investissement et de la protection par le marché.

73 Pour deux exemples négatifs de ce phénomène, voir Federica de Rossa Gissimondo/Francesca Cavadini-Birchler, Réflexions sur l'usage stratégique du droit des sociétés et les quotas de genre dans les organes dirigeants, in: Rita Trigo Trindade/Rashid Bahar/Giulia Neri Castracane (éds), Aux sommets du droit: Liber Amicorum Henry Peter Genève/Zurich 2019, p. 345 ss, p. 348 ss.

74 De Rossa Gissimondo/Cavadini-Birchler (note 73), p. 349.

75 Voir Daniel Häusermann, Corporate Social Responsbility (CSR) und Aktienrecht, GesKR 2017, p. 495 ss, p. 498, qui propose d'avoir recours à la *total enterprise value* afin de répondre au problème de conflits entre actionnaires et créanciers et de tensions entre le court et le long terme.

76 Voir Edward R. Freeman, Strategic Management: A Stakeholder Approach, Boston 1984.

77 Voir Robert S. Kaplan/David p. Norton, The Balanced Scorecard—Measures that Drive Performance, Harvard Business Review, January-February 1992 (‹https://hbr.org/1992/01/the-balanced-scorecard-measures-that-drive-performance-2›).

78 Voir John Elkington, Cannibals With Forks – The Triple-Bottom Line of the 21st Century Business, Oxford 1997, p. 2; Triple Bottom line, The Economist, 17 novembre 2009 (‹https://www.economist.com/news/2009/11/17/triple-bottom-line›). Voir aussi John Elkington, 25 Years Ago I Coined the Phrase «Triple Bottom Line.» Here's Why It's Time to Rethink It, Harvard Business Review, 25 juin 2018 (‹https://hbr.org/2018/06/25-years-ago-i-coined-the-phrase-triple-bottom-line-heres-why-im-giving-up-on-it›)

79 Michael E. Porter/Mark R. KRamer, Creating Shared Value, Harvard Business Review, January-February 2011 (‹https://hbr.org/2011/01/the-big-idea-creating-shared-value›).

Aujourd'hui, nous sommes revenus vers une vision de l'intérêt social plus centrée sur l'entreprise et ses parties prenantes.[80] Dans ce contexte, d'autres Etats ont modifié leur législation. Par exemple, au Royaume-Uni, le droit des sociétés précise:[81]

> «A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to—
>
> (a) the likely consequences of any decision in the long term,
> (b) the interests of the company's employees,
> (c) the need to foster the company's business relationships with suppliers, customers and others,
> (d) the impact of the company's operations on the community and the environment,
> (e) the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and
> (f) the need to act fairly as between members of the company. «

En Suisse, le code des obligations n'a pas changé,[82] mais le Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise a été revu en 2014 et considère désormais que le

> «gouvernement d'entreprise désigne l'ensemble des principes axés sur la poursuite d'intérêts durables des entreprises qui, tout en sauvegardant la capacité de décision et l'efficacité, visent à instaurer au plus haut niveau de l'entreprise la transparence et un rapport équilibré entre direction et contrôle.»[83]

Certaines sociétés ont même modifié leurs statuts dans ce sens afin d'y ancrer la notion de durabilité de leur poursuite d'un but lucratif. Les exemples sont rares, mais pas des moindres: il en va ainsi de Nestlé SA, Novartis SA, Alcon SA ou

---

80 Voir FORSTMOSER (note 13), Corporate Social Responsibility, eine (neue) Rechtspflicht für Publikumsgesellschaften?, in: Robert Waldburger/Peter Sester/Christoph Peter/Charlotte M. Baer (éds), Law & Economics, Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Berne 2015, p. 157 ss; NERI-CASTRACANE (note 4) p. 224–225; HENRY PETER/GUILLAUME JACQUEMET, Corporate Social Responsibility, Sustainable Development et Corporate Governance, RSDA 2015, p. 179.

81 Section 172 du UK Companies Act 2006.

82 La révision du droit de la société anonyme n'y changera d'ailleurs rien. SCHENKER (note 7), p. 646. Voir cependant l'art. 1 al. 2 LFus, qui précise qu'elle *«garantit la sécurité du droit et la transparence tout en protégeant les créanciers, les travailleurs et les personnes disposant de participations minoritaires»* et l'art. 95 al. 3 Cst. qui a été introduit *«en vue de protéger l'économie, la propriété privée et les actionnaires et d'assurer une gestion d'entreprise durable»*.

83 ECONOMIESUISSE, Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprises, 2014, préambule. Voir FORSTMOSER (note 13), p. 157 ss; THOMAS JUTZI, Unternehmensspenden: Zuständigkeit, Grenzen und Handlungsoptionen gemäss schweizerischem Aktienrecht, Recht 2017, p. 251 ss, p. 265; NERI-CASTRACANE (note 4), p. 224–225; PETER/JACQUEMET (note 79) p. 179.

ABB SA.[84] Il s'agit là d'une illustration de la discrétion dont disposent les sociétés anonymes afin de définir leur but statutaire.[85]

L'entreprise, ses intérêts durables et les parties prenantes sont désormais de nouveau au centre du droit des sociétés.[86] Les actionnaires ne sont plus mentionnés.[87] Cette vision va, à mon avis, trop loin:[88] Est-ce que la société anonyme a encore sa nature corporative ou est-elle devenue un établissement, comme s'interroge Druey?[89] Est-ce que l'histoire a donné raison à l'aphorisme du banquier allemand du XIXe siècle Carl Fürstenberg: *«Aktionäre sind dumm und frech: Dumm, weil sie Aktien kaufen, und frech, weil sie dann auch noch Dividende haben wollen.»*

La conclusion serait trop hâtive: le droit de la société anonyme continue à donner aux actionnaires le rôle prépondérant. Ce sont les seules parties prenantes à élire les organes[90] et à avoir des droits[91] qu'ils peuvent faire valoir à l'encontre de l'assemblée générale.[92] Les autres parties prenantes, créanciers, travailleurs ou fournisseurs, n'ont pas de moyen d'influencer la formation de la volonté sociale et leurs droits d'action sont limités.[93] La communauté au sens large a, bien entendu, son mot à dire, mais le processus juridique est législatif ou réglementaire, et n'appartient pas au droit de la société.

---

84 Voir les statuts de Nestlé SA, Novartis SA, ABB SA, Alcon SA. Voir HÄUSERMANN (note 75), p. 497.

85 HÄUSERMANN (note 75), p. 496; DANIEL HÄUSERMANN, Gestaltungsfreiheit im Recht der Publikumsgesellschaft, Habil. St-Gall, Zurich 2015, p. 200.

86 Voir CHRISTOPH BÜHLER, Ausserrechtliche Regulierungstendenzen in der Corporate Governance: Empfehlungen der Stimmrechtsberater, Best Practice und Vorwirkung der Aktienrechtsrevision, EF 2016, p. 12 ss, p. 15. DAVID FRICK, Der neue Swiss Code of Best Practice, GesKR 2014, p. 430 ss, 435; DAVID FRICK, Corporate Governance heute — Revision des Swiss Code of Best Practice, RSJ 2012, p. 233 ss, p. 236.

87 Voir FRICK (note 84a) 2014, p. 430 ss, 435; FRICK (note 84b), p. 236.

88 Voir aussi, notamment, PETER BÖCKLI, Corporate Governance: Erfolg und Versagen einer Leitidee: Eine Standortbestimmung nach zwölf Jahren «Swiss Code», EF 2016, p. 349 ss, p. 350.

89 JEAN-NICOLAS DRUEY, Aktienrecht als «Lebenslüge» – eine gesellschaftsrechtliche Meditation, in: Rolf H. Weber/Walter A. Stoffel/Jean-Luc Chenaux/Rolf Sethe (éds), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanmarktrechts, Zurich 2017, p. 21 ss, p. 30 ss. La société anonyme a-t-elle fait faillite? Voir FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 26), § 3, N 27

90 Voir art. 698 al. 2 ch. 2 CO.

91 Art. 660 ss. CO

92 Art. 706 al. 1 CO.

93 La principale voie de droit à disposition des créanciers est l'action en responsabilité contre les organes de gestion et les réviseurs (art. 754 et 755 CO). Cette action est cependant limitée aux dommages directs subis par les créanciers. L'action pour la réparation du dommage indirect n'est ouverte qu'en cas de faillite (art. 757 CO). Par ailleurs, un créancier peut, théoriquement, intenter l'action de l'art. 731*b* CO. Son intérêt à intenter cette action est toutefois limitée. Voir notamment CHRISTOPH BÜHLER, Regulierung im Bereich der Corporate Governance, Zurich 2009, N 503.

V. Synthèse: *Corporate social responsibility* comme juste milieu?

Si on prend un peu de recul, la controverse *shareholder value* contre *stakeholder value* est une variante de la controverse philosophique entre la vision contractuelle et communautaire de la société ou, encore, de la tension entre société et communauté *(Gesellschaft und Gemeinschaft)* mise en évidence par le sociologue allemand du XIXe siècle *Ferdinand Tönnies*. La vision théorique du *nexus of contracts* représente une vision contractuelle et formalisée de la société alors que celle de l'*Unternehmen an sich* saisit l'entreprise dans sa dimension communautaire plus souple. Plutôt qu'une dialectique, il convient de trouver un juste milieu entre ces deux approches qui se complètent.[94]

Dans ce contexte, la *corporate social responsibility* offre une réponse plus nuancée à la controverse *shareholder* contre *stakeholders*: elle maintient la société anonyme au centre de la problématique et ne nie pas sa nature corporative, c'est-à-dire une union personnelle dotée de la personnalité morale qui doit son existence à la volonté de ses membres, les actionnaires. Elle reconnaît aussi la fonction centrale des sociétés commerciales: il s'agit pour elle d'exercer une activité productive en vue de générer un bénéfice. En même temps, elle reconnaît que cette personne morale a une responsabilité à l'égard de la société au sens large qui va au-delà de la maximisation du profit dans le strict respect des prescriptions légales. Elle l'invite à s'engager – comme un citoyen ou être humain le ferait – au service de valeurs qui vont au-delà de leur intérêt égoïste. Elle lui demande d'assumer sa responsabilité à l'égard de la communauté et de l'environnement. C'est ainsi que dans la section qui suit nous examinerons si et comment les dirigeants peuvent, voire doivent, prendre en compte la responsabilité sociétale des entreprises dans l'exercice de leur activité.

C. Responsabilité sociétale des entreprises dans l'intérêt de la société

I. Droit au dividende et responsabilité sociétale

1. Le but lucratif comme point de départ

En principe, une société anonyme est fondée dans un but lucratif, c'est-à-dire exercer son activité en vue de générer un bénéfice[95] qui reviendra ensuite aux actionnaires sous la forme d'un dividende ou d'une part de liquidation.[96] Ce principe, ancré à l'art. 620 al. 3 CO, n'est certes pas impératif. Il est possible

94 Raghuram Rajan, The Third Pillar: How Markets and the State Leave the Community Behind, New York 2019.

95 Art. 620 al. 3 CO.

96 Art. 660/661 CO. Dans ce sens, Roland Ruedin, Gestion durable et formes de sociétés, in: Rita Trigo Trindade/Henry Peter/Christian Bovet, Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain: Eco-

d'y déroger moyennant une disposition idoine ancrée dans les statuts soit dès la fondation de la société, soit ajoutée dans le cadre d'une révision approuvée par une décision unanime des actionnaires.[97] Sous réserve éventuellement des sociétés appartenant à des groupes de sociétés,[98] il s'agit toutefois de loin de la règle et l'immense majorité des sociétés anonymes poursuivent un but lucratif.

Dans ce contexte, le but lucratif revêt non seulement une fonction institutionnelle, mais aussi une fonction protectrice: il s'agit de garantir aux actionnaires que les fonds investis sous forme de capital seront utilisés en vue de générer un retour sur investissement qui leur sera versé un jour ou l'autre sous forme de dividende.[99] Certes, il ne s'agit pas d'une obligation ferme; le droit au dividende n'est pas comparable à un intérêt conventionnel.[100] Toutefois, il s'agit d'un des rares droits acquis absolus des actionnaires.[101]

Nonobstant ces cautèles, la portée du caractère lucratif d'une société anonyme ne doit pas être exagérée.[102] Le but lucratif s'inscrit dans le contexte de la vie des affaires, qui, par définition, implique une certaine prise de risque. Il est accepté et acceptable que, dans le cadre d'une gestion fidèle et diligente,[103] les dirigeants sociaux prennent des risques mesurés et contrôlés, et que, parfois, ces risques se réalisent et même que la société fasse des pertes. Tout au plus peut-on s'attendre à ce que le rapport entre les risques encourus et le retour sur investissement attendu doit être adéquat. En synthèse, le but lucratif n'est donc pas une promesse de réaliser un rendement déterminé ou un bénéfice. Le droit au but lucratif n'implique pas d'obligation de résultat. Au contraire, un échec commercial est compatible avec la poursuite du but lucratif et le droit au béné-

---

nomie Environnement Ethique: de la responsabilité sociale et sociétale, Genève/Zurich 2009, 321 ss, 323.

97 Art. 706 al. 2 ch. 4 CO,

98 Lukas Glanzmann, Konzern-Kreditfinanzierungen aus Sicht der kreditgebenden Bank, RSDA 2011, p. 229 ss, p. 238; Rolf Watter/Markus Neuhaus, Handels- und steuerrechtliche Aspekte von Up-, Down- und Sidestream-Garantien, in: Ernst A. Kramer/Peter Nobel/Robert Waldburger (éds), Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zurich/Bâle/Genève 2006, p. 173 ss, p. 192. Leur altruisme apparent n'est que la réponse à une vision trop restrictive de l'intérêt social, excluant la notion d'un intérêt de groupe. Voir Henry Peter, L'action révocatoire dans les groupes de sociétés, thèse Genève 1990 p. 132. Voir aussi ATF 138 II 57, c. 4.1, 61 (au regard du droit fiscal) et plus généralement, Jean-Luc Chenaux/Guy Beroud, La gouvernance des groupes: e pluribus unum, RSDA 2018, p. 342 ss, p. 349.

99 ZK-Bahar/Peyer (note 26), art. 660/661, N 1.

100 Comp. art. 675 al. 1 CO.

101 ZK-Bahar/Peyer (note 26), art. 660/661, N 5; ZK-Bürgi, Art. 660, 661 N 11 ss; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (note 26), § 16 N 364; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (note 26), § 40 N 22; Rita Trigo Trindade/Rashid Bahar, Droits des actionnaires minoritaires en Suisse, in: Rapports suisses présentés au XVIe Congrès international de droit comparé, Zurich 2002, p. 381 ss, p. 420.

102 Von der Crone (note 18), § 1 N 18.

103 Art. 717 al. 1 CO. Voir aussi Peter Böckli/Christoph Böckli, Zur «Konzernverantwortungsinitiative»: Rechtliche Überlegungen zu den vier Forderungen der Eidgenössischen Volksinitiative «Für Verantwortungsvolle Unternehmen und zum Schutz von Mensch und Umwelt», Zurich 2018, p. 45.

fice; dans ce cas, tout au plus, une action en responsabilité sur la base de l'art. 754 CO est envisageable, mais il faut alors que les dirigeants aient effectivement violé leur devoir de diligence et fidélité ou une autre obligation et causé un dommage.[104]

Ce raisonnement vaut *a fortiori* pour la distribution de dividende. Certes, l'art. 660 CO laisse à penser que les actionnaires ont un droit à recevoir un dividende. La réalité est tout autre: les actionnaires doivent accepter que la société thésaurise ces bénéfices non seulement afin de les réinvestir ou même simplement de garantir un dividende aussi constant que possible,[105] mais aussi accepter que la société constitue des réserves afin de financer des versements aux employés ou atténuer les conséquences d'un revirement de fortune.[106] De plus, le contrôle judiciaire du respect de ce droit est très limité. Les tribunaux reconnaissent ainsi un large pouvoir d'appréciation à l'assemblée générale.[107]

En synthèse, le droit au bénéfice et le droit au dividende n'ont pas un caractère absolu, mais ont été fortement relativisés par le code des obligations ainsi que la doctrine et la jurisprudence. Ils laissent donc une place pour une prise en compte d'autres facteurs.

2. *La perspective à long terme: gestion durable*

Deuxièmement, le but lucratif et le droit au dividende se comprennent à l'aune de la vie de la société anonyme, qui dans l'immense majorité des cas est fondée pour une durée indéterminée. Il s'agit donc en général de concevoir le but lucratif dans une perspective à long terme, selon une doctrine unanime peu importe qu'elle déduise ce principe du but lucratif ou de l'intérêt de l'entreprise ou encore qu'elle se fonde la *shareholder value* ou la *stakeholder value*.[108] La poursuite du but lucratif implique la possibilité de faire des investissements – peu importe qu'ils soient comptabilisés à l'actifs ou traités comme des charges – en vue de réaliser à l'avenir un bénéfice. Il est aussi possible de renoncer à un profit immédiat afin de percevoir à l'avenir un profit plus important.[109] Dans cette optique, un revenu exceptionnel – au sens comptable du terme – qui n'est pas appelé à se répéter est moins intéressant qu'un revenu régulier qui, se cumulant au fur et à mesure des années, permettrait à la société de réaliser un re-

---

104 ZK-Bahar/Peyer (note 26), art. 660/661 N 6.

105 Voir l'art. 674 al. 2 ch. 2 CO.

106 Voir l'art. 674 al. 3 CO.

107 ATF 100 II 384, c. 4, 393.

108 Voir notamment ZK-Bahar/Peyer (note 26), art. 660/661 N 7; Böckli/Bühler (note 103), p. 21–22; CR-Chenaux/Gachet, art. 660, 661 N 6; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (note 26), § 40 N 26; Forstmoser (note 13), p. 160; Ruedin (note 94), p. 324; Schenker (note 7), p. 644; Watter/Spillmann (note 6), p. 105 s.

109 ZK-Bahar/Peyer (note 26), art. 660/661 N 7.

venu total plus important. En d'autres termes, le but lucratif doit être durable ou pour reprendre le terme anglais *sustainable*.[110]

Dans ce contexte, les dépenses permissibles peuvent revêtir de nombreuses formes: il peut s'agir d'un investissement dans les facteurs de production; elles peuvent aussi consister en des dépenses dans la recherche et le développement; elles peuvent aussi impliquer des dépenses en vue de garantir la formation des employés, voire des fournisseurs. Plus abstraitement, une société peut renoncer à réaliser un rendement trop important afin de ne pas s'attirer les foudres d'une autorité de surveillance ou d'autres acteurs étatiques.

En théorie, le calcul est, dans tous ces cas, simple: il s'agit de déterminer si, à long terme, le jeu en vaut la chandelle.[111] En pratique, la réflexion sur le long terme suppose implicitement deux exercices d'estimation, qui conduisent à un degré d'incertitude élevé: premièrement, il s'agit d'anticiper les résultats futurs, qui, par définition, sont incertains. Deuxièmement, il s'agit de déterminer le taux d'escompte approprié afin d'évaluer la valeur actuelle des revenus et flux de fonds futurs et les comparer avec les dépenses et revenus présents. En définitive, il est délicat dès lors de déterminer *a priori* si un investissement est justifié ou non.[112]

3. *Doing well by doing good*

La poursuite du but lucratif à long terme peut aussi impliquer de faire des sacrifices afin de retirer indirectement un bénéfice plus important. Il ne s'agit alors toutefois pas d'actes désintéressés à proprement parler, mais d'actes qui contribuent au but lucratif par des voies détournées. Ces dépenses ne sont en réalité pas engagées à des fins altruistes, mais servent en fin de compte à contribuer au but lucratif.[113]

L'exemple classique concerne les employés: une société anonyme a tout intérêt à traiter ces employés de façon généreuse afin de les fidéliser et améliorer son attractivité sur le marché du travail. De ce fait, l'employé se sentira également plus enclin de s'investir afin de s'approprier un savoir-faire idiosyncratique dont il ne retirera un profit que pendant qu'il continue à offrir ses services à son employeur actuel.[114]

Cette réflexion peut également se conjuguer pour d'autre parties prenantes: les clients, les fournisseurs, les créanciers.[115] Une société peut être généreuse

---

110 Ruedin (note 94), p. 323.C'est clairement dans cette optique que le Tribunal fédéral considère qu'un actionnaire minoritaire doit accepter des actes qui ne seront profitable qu'à long terme. Voir l'ATF 100 II 384, c. 4, 393.

111 Jensen (note 53), p. 241.

112 ZK-Bahar/Peyer (note 26), art. 660/661 N 7.

113 ZK-Bahar/Peyer (note 26), art. 660/661 N 8.

114 Voir Forstmoser (note 13), p. 159; Häusermann (note 75), p. 498.

115 Voir Schenker (note 7), p. 638.

avec un client, faire un geste commercial afin de maintenir sa relation avec lui voire le fidéliser. Elle peut offrir son soutien à un fournisseur dans des moments difficiles afin de garantir la pérennité de la société à long terme. Au lieu de renégocier les termes de ses lignes de crédit voire d'avoir recours aux remèdes des procédures collectives, une société peut respecter ses engagements afin de signifier à ces contreparties qu'elle est digne de crédit et s'assurer à long terme l'accès à des sources de financement externes.

Dans la même optique, il est possible d'expliquer des actes d'ordre philanthropique: la société cherche à s'attirer la sympathie de ses employés, clients ou fournisseurs et ainsi obtenir leur loyauté, ce qui à son tour lui évite de recruter de nouveaux collaborateurs voir lui permet d'obtenir des conditions plus avantageuses que celles qui prévalent sur le marché.[116]

Cette logique explique aussi le soutien aux partis politiques – même en l'absence d'un intérêt direct à influencer une politique publique déterminée – la société signale qu'elle est engagée dans le tissu social local, ce qui peut lui attirer une plus grande fidélité des parties prenantes qui appartiennent également à cette communauté.[117]

Il ne faut toutefois pas se leurrer. Cette approche n'est pas désintéressée. Au contraire, tous les actes apparemment altruistes ne sont pas justifiés par les avantages conférés aux les tiers bénéficiaires, mais par les bénéfices que la société en retirera à moyen voire long terme. Il ne s'agit donc pas d'actes bénévoles, mais bien d'actes visant à servir le but lucratif de la société.[118] Ils s'inscrivent – tout comme la poursuite d'un bénéfice durable – dans une logique de poursuite du profit et non dans un cadre contraire qui vise à permettre aux bénéficiaires de s'épanouir.

4. Synthèse

En synthèse, même si *a priori* la poursuite du but lucratif s'inscrit en opposition avec la responsabilité sociétale des entreprise, force est de constater que le droit au dividende n'est pas absolu. Au contraire, il s'inscrit – comme la société anonyme – dans une perspective à long terme. Il est dès lors permissible de *«reculer pour mieux sauter»* d'accepter des dépenses, voire des pertes, à court terme

---

116 Voir Rashid Bahar, Philanthropie et but lucratif: la quadrature du cercle, in: Rita Trigo Trindade/Rashid Bahar/Giulia Neri Castracane (éds), Aux sommets du droit: Liber Amicorum Henry Peter Genève/Zurich 2019, p. 459 ss, p. 466; Jutzi (note 82), p. 251 ss, p. 263; Jean-Marc Rapp, Quelques aspects juridiques du sponsoring, RSDA 1991 p. 189 ss, p. 193; Rolf Watter/Thomas Rohde, Die Spendekompetenz des Verwaltungsrates, in Roger Zäch/Christine Breining-Kaufmann/Peter Breitschmid/Wolfgang Ernst/Paul Oberhammer/Wolfgang Portmann/Andreas Thier (éds.), Individuum und Verband, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zurich 2006, p. 329 ss, p. 338–339.

117 Jutzi (note 82), p. 263; Müller (note 6), p. 29 ss.

118 Bahar (note 114), p. 466; Forstmoser (note 42), p. 81; Jutzi (note 82), p. 263; Müller (note 6),p. 29 s.; Rapp (note 114), p. 193; Watter/Rohde (note 114), p. 338 s.

afin d'accroître le bénéfice à long terme. Par ce biais, la notion de développement durable devient un pilier de la poursuite du but lucratif et une composante essentielle du droit au dividende.

Cette prise en compte d'une perspective à long terme se conjugue avec une vision plus intégrative de la fonction de la société anonyme: la société anonyme et ses actionnaires ne vivent pas en isolation. Ils interagissent avec de nombreuses parties prenantes. Dans ce contexte, l'intérêt social peut consister à prendre en compte l'intérêt de ces parties prenantes afin indirectement de contribuer à l'intérêt social, *doing well by doing good*. Il s'agit de traiter correctement les employer afin d'améliorer la productivité et d'être attractif sur le marché de l'emploi. De veiller à ce que les clients et les fournisseurs soient satisfaits afin de les fidéliser et de s'assurer qu'ils continueront à consommer et livrer la société. Indirectement l'intérêt de la communauté au sens large peut aussi être ainsi inclus dans l'intérêt social. Il s'agit ainsi de veiller à la réputation de la société afin de s'assurer que toutes les parties prenantes se sentent à l'aise et continuent à interagir avec elle.[119]

Cela étant, il faut bien voir que, cette conception de la responsabilité sociétale des entreprises, n'est pas altruiste: il s'agit dans ce cadre de veiller à son propre intérêt. Dès lors se pose la question si la responsabilité sociétale des entreprises peut signifier plus que cela si elle peut venir limiter la poursuite du but lucratif.

II. Responsabilité sociétale comme limite au but lucratif

1. Devoir de respecter les lois

La reconnaissance de la société anonyme en tant que corporation à but lucratif ne signifie pas que l'ordre juridique lui donne un blanc-seing lui permettant – voire l'obligeant – de rechercher le profit à tout prix. En tant qu'entité dotée de la personnalité juridique et donc sujet de droits et d'obligations, la société anonyme doit respecter les lois. C'est une évidence, mais il est utile de le rappeler.

Indirectement, ce devoir s'applique aussi aux membres du conseil d'administration qui a la compétence intransmissible et inaliénable de s'assurer que la personne morale se conforme à ses obligations légales, statutaires et règlementaires.[120] Ses membres ont donc, au titre de leurs obligations de diligence et fidélité,[121] un devoir de veiller à ce que la société respecte le cadre légal.[122]

---

119 Voir Alexandre Flückiger, (Re)faire la loi: traité de légisitique à l'ère du droit souple, Berne 2019, p. 357 ss.

120 Art. 716a al. 1 ch. 5 CO.

121 Art. 717 al. 1 CO.

122 Böckli/Bühler (note 103), p. 42 s.; Müller (note 6), p. 22–23; Watter/Spillmann (note 6), p. 107.

Il ne faut pas sous-estimer la portée de cette affirmation: la société anonyme est tenue d'opérer dans le respect non seulement du droit des sociétés, mais aussi de l'ensemble des règles de droit qui lui sont applicables. Peu importe qu'il s'agisse de normes de droit privé ou de droit public. En principe, peu importe également qu'il s'agisse de normes de droit suisse ou de droit étranger, pour autant qu'elles lui soient applicables. Au demeurant, le fait que l'ordre juridique suisse ne soit pas disposé à prêter son concours à la mise en œuvre des normes d'autres ordres juridiques n'y change rien.[123] Seules les règles au contenu abhorrant pour les lois et mœurs helvétiques et donc contraires à l'ordre public suisse devraient être exclues du champ d'application de cette norme. La gestion des risques juridiques et de réputation est ainsi une partie essentielle de l'activité du conseil d'administration.[124]

Une société anonyme ne peut donc pas se livrer à un calcul coûts-bénéfices entre les coûts requis pour mettre en œuvre ses obligations légales de quelque nature qu'elles soient et les bénéfices qu'elle retire de son activité. De même, la théorie de l'*efficient breach* chère à l'analyse économique des contrats ne vaut pas dans ce contexte.[125] Plus encore, le fait que le législateur ait opté suivant le modèle de Gary Becker pour une peine économiquement optimale[126] ne permet pas pour autant aux entreprises et leurs dirigeants de se disculper en invoquant la poursuite du bénéfice. Le respect des lois impose ainsi une contrainte absolue à la recherche du profit.[127]

En synthèse, une société peut et doit, en vue de réaliser son but lucratif, optimiser les moyens de se conformer à la loi, mais ne peut pas échapper à ses obligations pour ces motifs. Autrement dit, la poursuite du but lucratif n'est pas un fait justifiant la violation d'un devoir légal.

2. *Un comportement socialement responsable comme condition de la poursuite du but lucratif*

La réciproque n'est toutefois pas nécessairement vérifiée: est-ce qu'une société peut tout faire tant qu'elle respecte la loi? Il serait tentant de répondre à cette question par l'affirmative: ce principe est une pierre angulaire de l'Etat de droit.

---

123 Voir FINMA, Position de la FINMA à propos des risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières («Position de la FINMA Risques juridiques»), 22 Octobre 2010, qui traite la question sous l'angle des risques juridiques.

124 Voir Peter Forstmoser, Corporate Responsibility und Reputation – zwei Schlüsselbegriffe an der Schnittstelle von Recht, Wirtschaft und Gesellschaft, in: Nedim Peter Vogt/Eric Stupp/Dieter Dubs (éds), Unternehmen – Transkation – Recht: Liber amicorum für Rolf Watter, Zürich 2008, p. 198 ss, p. 202; David Frick (note 84a), p. 430 ss, p. 432 ss; Frick (note 84b), p. 236.

125 Voir sur cette question, dans le cadre des devoirs précontractuels, Bahar (note 27), p. 183-184.

126 Voir Gary Becker, Crime and Punishment: an Economic Analysis, Journal of Political Economy 76 (1968) p. 169 ss.

127 ZK-Bahar/Peyer (note 26), art. 660–661, N 9; Müller (note 6), p. 24; Schenker (note 7), p. 638; Watter/Spillmann (note 6), p. 107.

Il est ancré à l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen s'applique: «tout ce qui n'est pas interdit est permis»!

D'un point de vue normatif, le corollaire de ce constat ne doit pas être négligé: il appartient à l'État de fixer les règles du jeu auquel participe la société anonyme. Si un comportement est indésirable, il convient à l'État de l'interdire ou de créer des incitations afin de le décourager. Si un comportement, qui en tant que tel n'est pas économiquement intéressant, est désirable, il faut que l'Etat l'encourage en recourant le cas échéant à des incitations ou des subventions fondées sur une base légale idoine. Dans les cas où un comportement plus nuancé est nécessaire, la réglementation étatique doit encadrer le comportement des acteurs privés. Cette approche est au cœur de la position de MILTON FRIEDMAN: la poursuite du profit n'est pas une fin en soi, mais si la communauté veut interdire un comportement ou en prescrire un, il lui appartient de le faire par des instruments légaux. En d'autres termes, il n'appartient pas aux managers, aux membres du conseil d'administration ou même aux investisseurs de limiter leurs devoirs de diligence et fidélité en invoquant des devoirs que la communauté n'a pas jugé utile ou opportun d'ancrer dans la loi.[128]

La vision décrite au paragraphe précédent est trop limitative à deux titres: premièrement, elle nie toute place à la responsabilité des acteurs privés dans la fabrication du droit. Deuxièmement, elle néglige de prendre en compte la nature juridique de la personnalité morale. Reprenons donc ces deux arguments l'un après l'autre.

Le principe énoncé à l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen reflète une conception statique de l'interaction entre l'Etat et les individus. Elle suppose que l'Etat est la seule source de droit et que les individus n'ont qu'une fonction dans l'ordre juridique: respecter la loi. Elle ignore ainsi une dynamique plus subtile. L'Etat n'intervient que s'il est nécessaire et, disposant de ressources limitées, il doit faire des choix pour intervenir là où le besoin se fait le plus ressentir. De ce fait, les acteurs privés profitent d'un espace de liberté supplémentaire: en anticipant les préférences de l'Etat, ils peuvent spontanément adopter leur comportement afin d'adhérer dans une certaine mesure aux choix de l'Etat tout en profitant d'une marge de manœuvre plus importante que si l'Etat intervenait directement. Le résultat est un hybride bénéficiant tant à l'Etat qu'aux sujets en ce sens que l'Etat peut faire l'économie d'une intervention directe et sa mise en œuvre, alors que les sujets potentiels disposent d'un peu de mou, qui ne leur serait pas conféré si un instrumentaire étatique devait être mis en place.[129] Ce modèle simple explique tant l'autorégulation par les acteurs que l'autoréglementation par l'industrie.

Par conséquent, même dans une logique de maximisation du bénéfice, une société anonyme et ses organes ne peuvent pas se contenter de respecter la loi.

---

128 FRIEDMAN (note 50), p. 33.

129 SCHENKER (note 7), p. 641. Voir plus généralement FLÜCKIGER (note 117), p. 271 ss.

Ils doivent anticiper la réaction de l'Etat s'ils se contentaient d'un «service minimum» et le cas échéant adopter un comportement proactif afin de profiter de la marge de manœuvre que leur laisse l'Etat face à l'autorégulation et l'autoréglementation. En d'autres termes, la poursuite du bénéfice à long terme impose une action socialement responsable afin d'éviter une action de l'Etat non seulement sous la forme d'une sanction contre une violation du droit positif mais aussi sous la forme d'une évolution juridique qui rendrait illégal un comportement licite jusque-là.[130]

Dans une logique similaire, les sociétés anonymes sont également dépendantes de leur réputation dans leurs relations avec d'autres parties prenantes: les clients, les travailleurs voire, de plus en plus, leurs créanciers et leurs actionnaires qui eux-mêmes s'intéressent à leur réputation. Dans cette optique, une logique de «tout ce qui n'est pas interdit est permis» ne fonctionne plus: si les clients sont disposés à payer le prix pour que leurs fournisseurs répondent à leurs attentes non seulement s'agissant de la qualité des services et des produits mais aussi des conditions dans lesquels ils ont été développés et fournis que ce soit sur le plan des relations avec les travailleurs et les fournisseurs que sur la question du respect de l'environnement.[131] A l'inverse, peu importe que la société puisse produire à faibles coûts, si les clients répugnés rechignent à acheter ses produits.[132] De même, sur le marché du travail, il sera plus facile de recruter pour un employeur qui a une réputation d'être un «bon élève» que pour un acteur qui est systématiquement mis au pilori.

En d'autres termes, il s'agit non seulement d'investir dans la relation avec ces acteurs en vue de garantir la profitabilité à long terme, mais aussi de veiller à sa réputation sur d'autres questions afin de maintenir sa compétitivité. Ce raisonnement n'est toutefois pas différent de celui développé ci-dessus: le comportement socialement responsable n'est alors pas une fin en soi, mais plutôt le moyen de réaliser le but lucratif à long terme, d'une part en réduisant les risques d'une évolution législative ou réglementaire qui entrainerait des sanctions plus sévères et, d'autre part, en maintenant l'image de l'entreprise auprès des principales parties prenantes, clients ou fournisseurs.

---

130 Voir ZK-Bahar/Peyer (note 26), art. 660/661, N 9; Forstmoser (note 42), p. 80 s.; Häusermann (note 75), p. 498; Schenker (note 7), p. 641; Ruedin (note 94), p. 324. Plus encore, un comportement socialement responsable peut aussi s'imposer afin d'imposer des coûts aux concurrents voire empêcher leur entrée sur le marché. Voir Müller (note 6), p. 32; Watter/Spillmann (note 6), p. 111.

131 Häusermann (note 75), p. 498; Henry Peter, Henry/Guillaume Jacquemet, Corporate Social Responsibility et PME: Un certain formalisme est nécessaire et utile, L'Expert Comptable Suisse 2015/3, p. 175 ss, p. 175; Schenker (note 7), p. 641.

132 Müller (note 6), p. 19; Schenker (note 7), p. 641.

3. *Un comportement socialement responsable comme limite à la poursuite du but lucratif*

Au-delà de la question du respect du droit et des incitations commerciales à adopter un comportement socialement responsable se pose la question de la légitimité d'une prise en compte de la dimension éthique et morale de l'activité sociale et du rôle des organes dans ce contexte.

En effet, tout comme une personne physique qui, bien que libre face à la loi, peut se soumettre à des impératifs moraux. Elle peut adopter un comportement éthique. Une société, fût-elle anonyme et constituée afin de poursuivre un but lucratif, ne saurait être réduite à une machine à générer des bénéfices à tout prix. Plus précisément, ce n'est pas parce que la société anonyme est fondée dans un but lucratif que ses organes doivent rechercher le bénéfice à tout prix ou encore que les dirigeants sociaux, membres du conseil d'administration et membres de la direction, ainsi qu'à fortiori les actionnaires ne doivent être guidés exclusivement par l'appât du gain. Ils peuvent dans le cadre de leur activité prendre en compte la dimension morale et éthique de leur comportement et, à ce titre, même renoncer à un bénéfice parce qu'ils considèrent que cette décision est juste d'un point de vue moral et éthique.[133] D'ailleurs, même Milton Friedman a dans son plaidoyer pour ce qu'allait devenir la *shareholder value* a reconnu que:

> «That responsibility is to conduct the business in accordance with their desires, which generally will be to make as much money as possible while conforming to their basic rules of the society, both those embodied in law **and those embodied in ethical custom**.» (nous soulignons).[134]

C'est dans ce contexte que la responsabilité sociétale des entreprises prend tout son sens. Il s'agit d'un ensemble de normes juridiquement non contraignante qu'une société et ses organes peuvent – voire doivent – sur un plan moral et éthique considérer dans l'exercice de leur activité.[135] L'absence de caractère contraignant n'a pas pour effet de leur retirer toute dimension juridique:[136] au contraire, il s'agit d'une limite au devoir de diligence et fidélité des dirigeants face à la société.[137] Plus encore, pour une partie de la doctrine, il s'agit même d'une composante de ce devoir.[138] En effet, en suivant la jurisprudence du Tri-

---

133 ZK-Bahar/Peyer (note 26), art. 660/661, N 9; Bahar (note 114),p. 466; Bohrer (note 5), p. 273; Forstmoser (note 124), p. 198 ss, p. 208; Forstmoser (note 42), p. 81; Schenker (note 7), p. 644; BSK-Watter/Roth Pellanda (note 63), art. 717 N 16.

134 Friedman (note 50), 33.

135 ZK-Bahar/Peyer (note 26), art. 660/661, N 9; Forstmoser (note 42), p. 81; Schenker (note 7), p. 644; BSK OR II-Watter/Roth Pellanda (note 63), art. 717 N 16.

136 Voir aussi Amstutz (note 12), p. 191.

137 BSK OR II-Watter/Roth Pellanda (note 63), art. 717 N 16.

138 Voir Christine Kaufmann, Menschenrechte: Risiko oder Chance für Unternehmen?, RDS 2013 I 497 ss, 498–499 qui déduit cette obligation de l'obligation de gérer les risques qu'implique le devoir de diligence; Giulia Neri-Castracane, La Diligence en matière de

bunal fédéral selon laquelle la prospérité durable de l'entreprise est la garantie du but lucratif, il est même possible d'argumenter que la prise de risques inconsidérés (non seulement industriels, économiques ou financiers, mais aussi environnementaux ou de réputation) ne peut pas être justifiée par des bénéfices prodigieux à court termes et surtout si elle expose la société à une situation catastrophique ou entraîne à moyen ou long terme sa perte.[139] La responsabilité sociétale limite aussi la portée du droit au dividende et permet à la société de placer d'autres intérêts avant ceux des actionnaires.[140]

Plus encore, vu que l'activité sociale ne se conçoit que dans la continuation du droit: la personne morale étant dépourvue d'une réalité physique, ces normes viennent former et nuancer la notion d'intérêt social afin d'intégrer cette dimension. En d'autres mots, la responsabilité sociétale constitue un prisme par lequel les limites de l'activité sociale se définissent. La responsabilité sociétale des entreprises – tout comme le respect de la loi – impose ainsi une limite à la poursuite du profit et ce non seulement par beau temps, mais aussi dans les moments difficiles.[141]

4. Synthèse

En synthèse, la poursuite du but lucratif et le droit au dividende des actionnaires trouvent leurs limites dans l'obligation de respecter la loi. La société ne peut pas violer la loi afin de réaliser son but lucratif. Cette affirmation vaut tant à l'égard du droit privé que du droit public, du droit national que du droit étranger. Plus encore, une société anonyme peut anticiper l'évolution de la loi et à ce titre contribuer au développement du droit que ce soit en contribuant au développement de l'autorégulation ou en participant à sa mise en œuvre. Toutefois, là encore, il ne faut pas se leurrer l'exercice n'est pas purement altruiste, mais contribue à former la loi dans l'intérêt social: il s'agit d'éviter d'être soumis à des normes plus contraignantes, à une surveillance accrue, à des sanctions plus sévères et fin de compte à contribuer indirectement au but lucratif. La responsabilité sociétale des entreprises permet cependant aux sociétés d'aller plus loin encore, à mon avis: elles peuvent à ce titre invoquer des principes éthiques et

---

droits de l'homme des Principes Ruggies en Suisse, in: Rita Trigo Trindade/Rashid Bahar/Giulia Neri Castracane (éds), Aux sommets du droit: Liber Amicorum Henry Peter Genève/Zurich 2019, p. 411 ss, p. 418–419; NERI-CASTRACANE (note 4), p. 226. *Contra* FORSTMOSER (note 13), p. 171.

139 KAUFMANN (note 135), p. 498–499 qui déduit cette obligation de l'obligation de gérer les risques qu'implique le devoir de diligence; NERI-CASTRACANE (note 135), p. 411 ss, p. 418–419; NERI-CASTRACANE (note 4) p. 226; RUEDIN (note 94), p. 324. *Contra* FORSTMOSER (note 13), p. 171.

140 ZK-BAHAR/PEYER (note 26), art. 660/661 N 10.

141 FORSTMOSER (note 130), p. 208. Comp. BÖCKLI/BÜHLER (note 103), p. 22 pour qui la responsabilité sociétale de l'enterprise ne peut pas être conçue indépendamment de la recherche du profit à long terme; SCHENKER (note 7), p. 645–646.

moraux pour guider leur comportement, même si ces principes impliquent de renoncer à des bénéfices aujourd'hui et demain. Elle permet ainsi véritablement aux dirigeants de placer d'autres intérêts avant ceux des actionnaires à percevoir un dividende ou réaliser des gains en capitaux. Elle pose une véritable limite au but social.

III. Rôle du conseil d'administration dans la mise en œuvre de la responsabilité sociétale des entreprises

1. Introduction

Les réflexions qui précèdent décrivent en termes abstraits le cadre normatif dans lequel les sociétés anonymes peuvent prendre en compte la responsabilité sociétale des entreprises. En pratique, la question est appelée à être tranchée par le conseil d'administration voire, en cas de délégation, par la direction dans l'exercice de leurs compétences légales fondées sur les art. 716 et 716a al. 1 CO.[142] Elle est concrétisées à deux niveaux: premièrement par le biais du pouvoir de représentation qui définit les actes que les organes peuvent effectuer au nom de la société anonyme et, deuxièmement, dans le cadre du devoir de diligence et fidélité mis en œuvre par la responsabilité des personnes chargées de la gestion.

2. But social et pouvoir de représentation

La question de la conformité au but social intervient dans un premier temps dans le cadre des pouvoir de représentation des organes. Conformément à l'art. 718a al. 1 CO, les *«personnes autorisées à représenter la société ont le droit d'accomplir au nom de celle-ci tous les actes que peut impliquer le but social.»*. De ce fait, le but social constitue le guide principal afin de déterminer si une personne a le droit d'accomplir un acte déterminé au nom de la société anonyme. Dans les rapports externes, le pouvoir de représentation des organes est très étendu afin de protéger la sécurité des transactions. Selon, le Tribunal fédéral, le pouvoir de représentation s'étend à tous les actes qui peuvent contribuer directement ou indirectement à atteindre le but social. Cette notion est interprétée très largement afin d'inclure tout ce qui n'est pas exclu par le but social. De plus, le Tribunal fédéral apprécie la question de manière abstraite sans égard aux circonstances concrètes du cas d'espèce[143]. En réalité plus qu'un dé-

142 Häusermann (note 75), p. 496; Watter/Spillmann (note 114), p. 112.

143 Voir généralement ATF 111 II 284, c. 3b, 287–290; Comp. ATF 95 II 442, c. 3, 450. Voir aussi, Böckli (note 26), § 13 N 497; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (note 26), § 21 N 5; BSK OR II-Watter, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (éds), Basler Kommentar – Obligationenrecht II, 5e éd., Bâle 2016, commentaire de l'art 718a N 3; Watter/Rohde (note 114), p. 335.

passement du pouvoir de représentation, c'est lors d'un abus de ce pouvoir que le droit pose ses limites: un acte effectué dans l'intention reconnaissable non pas d'atteindre le but social, mais de servir un intérêt particulier constitue non pas un simple dépassement du pouvoir de représentation, mais un abus du pouvoir de représentation qui dès lors ne lie pas la société.[144]

Par conséquent, au vu des réflexions qui précèdent, un acte socialement responsable sera généralement considéré comme couvert par le but social, même si ce dernier ne mentionne pas la responsabilité sociétale de l'entreprise[145] à moins qu'il soit entaché d'un conflit d'intérêt sérieux ou atteigne des proportions telles qu'il cesse d'être réconciliable avec le but social ou une activité lucrative.[146] A l'inverse, il ne sera pas possible de remettre en question un acte contraire à la responsabilité sociétale de l'entreprise au motif qu'il n'est pas conforme au but de la société.

A ce titre, des actes de générosité à l'égard des employés ou des communautés dans lesquelles les sociétés sont actives sont couvertes par le but social. Il en va ainsi non seulement du sponsoring au sens strict, par lequel la société contribue en échange d'une reconnaissance et espère qu'elle bénéficiera aussi d'une meilleure image en associant son nom à l'événement ou à la personne soutenue, mais aussi du mécénat et des actes de philanthropie par lesquels il s'agit véritablement de se livrer à un acte altruiste parce qu'il est moralement et éthiquement juste.[147]

La même réflexion s'applique en matière de soutien aux activités de soutien aux partis politiques. Il peut s'agir d'une part d'obtenir le soutien des politiciens et de se faire entendre sur des questions importantes pour la société anonyme, mais il peut aussi s'agir d'un soutien actif à la vie politique sans attente formelle ou informelle de bénéficier du soutien des bénéficiaires. Dans le second cas, le but est de contribuer en tant qu'entreprise citoyenne au bon fonctionnement du débat démocratique qui sous-tend l'environnement institutionnel dans lequel la société anonyme évolue.[148]

En définitive, il sera rare de voir le pouvoir de représentation remis en cause en l'absence d'une situation conflictuelle particulière.

---

144 ATF 126 III 361, c. 3a, 363–364; ATF 121 III 176; ATF 119 II 23, c. 3b, 26. Voir aussi Rolf Sethe, Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda, RSDA 2018, p. 375, p. 379; BSK OR II-Watter, art 718a N 5; Watter/Rohde (note 114), p. 335; Dieter Zobl, Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, RJB 1989, p. 289 ss. p. 296.

145 Jutzi (note 82), p. 263; Müller (note 6), p. 28; Watter/Rohde (note 114), p. 335. Voir aussi Rapp (note 114), p. 193.

146 Watter/Rohde (note 114), p. 335; BSK OR II-Watter (note 138), art. 718a N 4.

147 Watter/Rohde (note 114), p. 335; Rapp (note 114), p. 193.

148 Müller (note 6), p. 29 ss.

3. *Business judgment rule, une épée à deux tranchants*

Indépendamment de la question de savoir si un acte est couvert – dans les rapports externes – par le pouvoir de représentation, se pose aussi la question de savoir si les organes dirigeants agissent sur la base d'une décision adoptée valablement dans le cadre de l'organisation interne de la personne morale.

Dans ce cadre, le principal vecteur pour la mise en œuvre des principes susmentionné sera celui de savoir si le comportement des organes est conforme à leur devoir de diligence et fidélité ancré à l'art. 717 al. 1 CO. En effet, les décisions du conseil d'administration et, *a fortiori*, des organes de gestion ne peuvent pas être remise en cause à moins d'être, nulles au sens de l'art. 714 CO, ce qui sera rarement le cas, à moins qu'elles reviennent à modifier le but social ou à renoncer au but lucratif.

Il s'ensuit que généralement que la question se réduit le plus souvent à savoir si une décision des organes est contraire à un devoir des dirigeant et entraîne leur responsabilité à l'égard de la société, des actionnaires ou des créanciers.[149] En l'absence d'une obligation spécifique d'agir ou ne pas agir dans un sens déterminé,[150] la question se résume le plus souvent à savoir si la décision répond aux obligations générales de diligence et fidélité.

De façon générale, l'obligation de diligence impose aux organes d'exercer leur compétence avec la diligence requise par les circonstances.[151] De plus, il est aussi reconnu que, dans le contexte des sociétés commerciales, la diligence attendue est celle d'un dirigent professionnel compétent et non la simple diligence *quam in suis* que la personne porte à ses propres affaires.[152] De même, il est reconnu l'obligation de fidélité impose aux dirigeants de soucier avant tout de l'intérêt social, ce qui fait rentrer à nouveau la controverse de l'intérêt social dans la débat.

Toutefois, cette question sera généralement examinée sous l'angle de la *business judgment* suisse. Les tribunaux ne remettent pas en question les décisions de gestion, prise de bonne foi sur une base informée, en l'absence de conflit d'intérêts.[153] De ce fait, les dirigeants disposent – tant qu'ils procèdent à une

---

149 Art. 754 al. 1 CO.

150 Voir p.ex. les obligations en cas de difficultés financières prévue à l'art. 725 al. 1 et 2 CO ou les formes de rémunérations interdites par l'art. 18 de l'ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse du 20 novembre 2013 (ORAb; RS 221.331).

151 Voir notamment CR CO II-Peter/Cavadini (note 27), art. 717 N 8.BSK OR II-Watter/Roth Pellanda (note 63), art. 717 N 5.

152 Voir notamment CR CO II-Peter/Cavadini (note 27), art. 717 N 3; BSK OR II-Watter/Roth Pellanda (note 63), art. 717 N 5.

153 ATF 139 III 24, c. 3.2, 26; ATF 4A_259/2016 du 13 décembre 2016, c. 5; ATF 4A_74/2012 du 18 Juin 2012, c. 5.1. Voir à ce propos CR CO II-Pierre Corboz/Florence Aubry Girardin, in: Pierre Tercier/Rita Trigo Trindade/Marc Amstutz (éds), Commentaire romand – Code des obligations II, 2e éd., Bâle 2017, commentaire de l'art. 754 N 22a; BSK OR II-Dieter Gericke/Stefan Waller, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (éds.), Basler Kommentar – Obligationenrecht II, 5e éd., Bâle 2016, commentaire de l'art. 754 N 31; Jutzi

prise de décision sur une base informée et libre de conflit d'intérêts – d'un large pouvoir d'appréciation afin de concrétiser l'intérêt social et les moyens de le réaliser. Par conséquent, hormis les situations où la loi impose un comportement déterminé ou prévoit une interdiction explicite,[154] la principale limite à ce pouvoir d'appréciation concerne les situations de conflit d'intérêts. En dehors de ces contraintes dures, le droit des sociétés se contente d'exiger que le processus décisionnel s'inscrive dans un cadre organisationnel formalisé[155] et repose sur une information adéquate[156].

Dans le contexte de la responsabilité sociétale des entreprises, cette *business judgment rule* suisse a pour effet que, pour autant que la décision soit prise dans le cadre d'un processus formalisé sur une base informé, il sera difficile de remettre en question la détermination des organes de gestion d'adhérer ou non à un standard de responsabilité allant au-delà du minimum légal. Les dirigeants peuvent s'engager en faveur du respect de valeurs qui vont au-delà des exigences juridiques. Ils peuvent même se comporter de façon altruiste voire philanthropique tant que leur activité reste en lien avec celle de la société.[157] Cependant, leur pouvoir d'appréciation leur laisse une grande marge de manœuvre dans l'autre sens également. Il est ainsi tout aussi possible, dans le cadre du droit des sociétés en vigueur, d'adopter un comportement visant exclusivement à poursuivre le but lucratif que d'adopter une approche plus socialement responsable et de s'engager pour la mise en œuvre de standards sociaux et environnementaux plus exigeants. Le conseil d'administration et les organes dirigeant peuvent ainsi, dans le cadre du pouvoir d'appréciation que leur confère la *business judgment rule*, tantôt demander aux actionnaires de renoncer à des bénéfices supplémentaires afin que l'entreprise continue à maintenir son implantation locale forte et produise localement, tantôt sacrifier des places de travail au profit d'une délocalisation de la production plus profitable. C'est

---

(note 82), p. 266–269; MÜLLER (note 6), p. 40; HANS-UELI VOGT/MICHAEL BÄNZIGER,, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgement Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, GesKR 4/2012, p. 607 ss, p. 618; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA (note 63), art. 717 N 6. Voir aussi RAPP (note 114), p. 193–194.

154 HANS-UELI VOGT/MICHAEL BÄNZIGER, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgement Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, GesKR 4/2012, p. 607, p. 618–619; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA (note 63), art. 717 N 3; WATTER/SPILLMANN (note 114), p. 107. Comp. VON DER CRONE (note 18), § 4, N 266.

155 Voir HÄUSERMANN (note 75), p. 498 s.; VOGT/BÄNZIGER (note 149), p. 617. Comp. VON DER CRONE (note 18), § 4, N 277, qui souligne que ce n'est pas la bureaucratisation qui est recherchée, mais le fait d'avoir un processus de prise de décision diligent. Voir aussi ATF 97 II 403, c. 2, 411.

156 Voir pour la philanthropie JUTZI (note 82), p. 268. Voir aussi BSK OR II-GERICKE/WALLER (note 148), art. 754 N 31; ANDREA GRASS, Business Judgment Rule: Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozesse, Zurich 1998, p. 125–126; VOGT/BÄNZIGER (note 149), p. 617.

157 BAHAR (note 114), p. 466; HÄUSERMANN (note 75), p. 498 s.; SCHENKER (note 7), p. 644; WATTER/SPILLMANN (note 114), p. 107.

dans ce sens qu'il faut comprendre la conclusion de la thèse de Claude Lambert: le concept d'intérêt social n'est pas suffisamment concret afin de définir une obligation justiciable à charge des organes dirigeants.[158]

Le problème n'est pas propre à la Suisse. C'est ainsi qu'aux Etats-Unis la jurisprudence dite *Unocal* a permis au conseil d'administration dans l'évaluation de l'opportunité des mesures de défense de *«considérer les intérêts des créanciers, clients, employés et même de la communauté en général»* et a reconnu sur cette base au conseil d'administration la compétence de prendre des mesures défense empêchant le succès d'une offre publique d'acquisition hostile.[159] Il faut ainsi se poser la question si la responsabilité sociétale des entreprise ne sert pas de prétexte pour les dirigeants afin de s'émanciper des actionnaires, sans pour autant accepter de rendre compte aux autres parties prenantes, qui ne les élisent pas directement ou indirectement.[160] Certes, dans ce contexte particulier, le droit suisse des offres publiques d'acquisition a corrigé le tir en laissant en interdisant au conseil d'administration de prendre des mesures de défense et en laissant ainsi le dernier mot aux actionnaires.[161] Toutefois, même dans ces circonstances, il laisse le conseil d'administration exprimer sa préférence lorsqu'il s'agit de recommander aux actionnaires d'accepter ou refuser une offre[162] et ce dernier peut, dans ce rapport, prendre en compte des facteurs non financiers,[163] y compris des éléments qui relèvent de la responsabilité sociétale de l'entreprise, tel que le maintien de places de travail ou la garantie d'une implantation locale. Cependant, les actionnaires auront désormais le dernier mot, ce qui peut rendre l'exercice plus compliqué.[164]

Ce résultat est délicat: en effet, il ne s'agit pas seulement de normes dispositives que les sociétés et leurs organes peuvent décider de suivre ou non, mais d'un véritable pouvoir d'appréciation qui permet aux organes sociaux d'agir différemment au gré des situations, tant qu'ils ne sont pas en proie à un conflit d'intérêts.

---

158 Claude Lambert, Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, thèse Zurich 1992, *passim, p.* 219 ss.

159 *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d. 496 (Del. 1985), 955. Cette jurisprudence a été nuancée par la décision dite Revlon qui voit l'intérêt des actionnaires à obtenir le plus haut prix primer dès que le conseil d'administration décide de ne pas défendre la société, mais de céder le contrôle. Voir *Revlon v. MacAndrews & Forbes*, 506 A.2d. 173 (Del. 1989), 182.

160 Voir, dans ce sens, dans le contexte américain, Roberta Romano, The Genius of American Corporate Law, Washington D.C., 1993 57–59.

161 Art. 132 al. 2 de la loi fédérale sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés du 19 juin 2015 (Loi sur l'infrastructure des marchés financiers, LIMF, RS 958.1).

162 Art. 132 al. 1 LIMF.

163 Voir CR CO II-Rashid Bahar, in: Pierre Tercier/Rita Trigo Trindade/Marc Amstutz (éds), Commentaire romand – Code des obligations II, 2ème éd., Bâle 2017, commentaire de l'art. 132 LIMF, N 10. Recommandation 0343/01 Implenia AG du 20 décembre 2007, c. 1.2.1.2.

164 Voir Forstmoser (note 42), p. 83.

4. *Responsabilité civile des membres du conseil d'administration*

Les devoirs du conseil d'administration sont mis en œuvre principalement par le biais de la responsabilité civile.[165] Cette action est ouverte à la société, aux actionnaires et aux créanciers dans la mesure où ils subissent un dommage direct.[166] L'action en dommage direct n'est ouverte que si ces derniers peuvent faire valoir que les organes ont violé un devoir destiné à les protéger.[167] Par ailleurs, les actionnaires[168] et, en cas de procédures collectives, les créanciers[169] peuvent faire valoir un dommage indirect, c'est-à-dire un dommage subi par la société, qui indirectement, c'est-à-dire par ricochet, a pour effet de leur porter préjudice. Dans cette optique se pose la question de savoir si les dirigeants peuvent être tenus responsables du non-respect des normes sur la responsabilité sociale des entreprises. Cette problématique peut être découpée en deux sous-questions distinctes: premièrement, celle de savoir si les dirigeants ces normes peuvent constituer le fondement d'une responsabilité et, deuxièmement, la question distincte de savoir qui peut faire valoir une action fondée sur cette violation.

S'agissant de la première question, force est de constater qu'il n'existe pas en droit positif une compétence ou une obligation des membres du conseil d'administration ou des dirigeants plus généralement de veiller au respect des normes en matière de responsabilité sociétale de l'entreprise. Il est ainsi délicat de voir dans la violation de ces principes un chef de responsabilité.[170] En revanche, nous l'avons vu, il existe une compétence du conseil d'administration de veiller au respect des lois.[171] De même, il existe un devoir plus général de gérer et contrôler les risques, qui lui peut impliquer une obligation de veiller à ce que ces normes soient respectées.[172] Toutefois, dans une large mesure, ce devoir se verra dilué par la *business judgment rule* pour autant que les organes de gestion aient pris une décision consciente dans quelle mesure ils entendent prendre en compte ces facteurs dans le cadre leur compétence. Enfin, le conseil d'administration peut se voir reprocher le fait de ne pas avoir veillé au respect des instructions qu'il donne,[173] y compris des codes de conduite qu'il aurait promulgués.

---

165 Art. 754 ss CO.

166 Art. 754 al. 1 CO.

167 Voir ATF 132 III 564, c. 3.2.1. Voir CR CO II-Corboz/Aubry Girardin (note 148), art. 754 CO N 56 ss; BSK OR II-Gericke/Waller (note 148), art. 754 N 16 ss et N 24;

168 Art. 756 al. 1 CO.

169 Art. 757 al. 1 CO.

170 Voir BSK OR II-Gericke/Waller (note 148), art. 754 N 26a. Voir aussi Forstmoser (note 13), p. 171. Comp Christine Kaufmann, Global agieren, local profitieren – und keine Verantwortung?, RSDA 2018, p. 329 ss, p. 336; Neri-Castracane (note 135), p. 411 ss, p. 420; Petitpierre-Sauvain (note 94), p. 436 ss.

171 Voir ci-dessus section C.II.1.

172 Kaufmann (note 166), p. 336 -337; Neri-Castracane (note 135), p. 421; Petitpierre-Sauvain (note 94), p. 434 ss; Ruedin (note 94), p. 325.

173 Art. 716a al. 1 ch. 5 CO.

De même, un organe peut être mis en cause pour ne pas avoir respecté ce cadre juridique interne à la société.[174]

Il résulte de ce qui précède que les normes qui peuvent fonder une responsabilité des organes sont des règles d'organisation de la société qui visent à protéger cette dernière et non les parties prenantes. Par conséquent, la société et les actionnaires peuvent faire valoir une violation si la société subi un préjudice.[175] Les créanciers peuvent aussi agir pour faire valoir ce dommage, mais seulement si la société devait tomber en faillite ou faire l'objet de procédures collectives analogues. En revanche, l'action en responsabilité des organes ne permet pas de faire valoir les dommages subis directement par les actionnaires ou les créanciers et encore moins ceux causé à un tiers. Pour ces derniers, la voie de l'action en responsabilité civile des art. 41 ss CO reste seule envisageable.[176]

5. *Synthèse*

En synthèse, tant dans les rapports externes que dans les rapports internes, le droit des sociétés reconnaît une marge de manœuvre importante au conseil d'administration et aux organes dirigeants plus généralement qui leur permet de prendre compte directement ou indirectement des intérêts plus vastes que le seul intérêt de la société à réaliser son but lucratif. Dans les rapports externes, l'interprétation large des activités couvertes par le but social comme incluant toutes les activités qui ne sont pas exclue par le but social joue un rôle essentiel: elle permet au tiers d'avoir confiance dans les actes des dirigeants sociaux sans devoir les remettre en question, mais aussi aux organes d'agir de façon socialement responsable sans devoir craindre qu'un tribunal viendra *ex post* remettre en question la validité de leurs actes.

Cette analyse tient aussi en lien avec le devoir de diligence et loyauté: la *buisness judgement rule* suisse confère aux organes dirigeants un large pouvoir d'appréciation dans l'exercice de leur compétence décisionnelle pour autant que leurs actes soient le fruit d'une décision prise sur une base informée, dans ce qu'ils pensent de bonne foi, sans voir leur jugement entaché par un conflit d'intérêts correspondre à l'intérêt de la société anonyme. Cette *buisness judgment rule* suisse laisse aux dirigeants prendre en compte des considérations morales et éthiques ainsi que leur responsabilité à l'égard de la société au sens large.

Il faut cependant voir le revers de la médaille: il n'existe pas pour autant une obligation positive en droit suisse de prendre en compte les intérêts de tiers, pas plus qu'il n'existe une obligation expresse de considérer l'intérêt des action-

---

174 Kaufmann (note 166), Petitpierre-Sauvain (note 94), p. 436 ss.; Ruedin (note 94), p. 325.

175 Häusermann (note 75), p. 499 Neri-Castracane (note 135), p. 411 ss, p. 420; Petitpierre-Sauvain (note 94), p. 436 ss.

176 Kaufmann (note 166), p. 336; Petitpierre-Sauvain (note 94), p. 436 ss.

naires à voir la valeur de leur investissement croître. Il en résulte une situation à mon avis insatisfaisante: le fait que la diligence et le but social soient des notions à géométrie variable a pour conséquence que les membres du conseil d'administration et de la direction peuvent faire fluctuer la hiérarchie des intérêts qu'ils prennent en considération dans l'exercice de leurs compétences, tantôt – quand cela les arrange – en faveur des actionnaires tantôt en faveur d'autres parties prenantes.

IV. Rôle des investisseurs dans la mise en œuvre de la responsabilité sociétale des entreprises

1. Les actionnaires irresponsables?

En droit des sociétés anonymes, les actionnaires ne sont tenus à aucun devoir sinon la libérer leurs actions.[177] Ils ne répondent pas des dettes sociales. Ils ne doivent pas fidélité ou loyauté à la société.[178] En particulier, ils sont libres d'exercer leur droit de vote comme ils l'entendent ou de se désintéresser de la vie sociale.[179] Tout au plus, le résultat de leur vote peut-il être contesté par les autres actionnaires ou le conseil d'administration dans le cadre d'une action en annulation.[180] Cependant, les décisions de l'assemblée générale bénéficient d'un pouvoir d'appréciation substantiel que leur reconnait la jurisprudence du Tribunal fédéral.[181]

Par conséquent, le rôle attribué par la loi aux actionnaires est celui d'un acteur irresponsable, qui en raison de sa participation au bénéfice sous forme de dividendes ou indirectement de gains en capitaux n'est intéressé à rien d'autre qu'accroitre son profit financier. Pire, il peut se cacher dernier la société afin de se laver les mains des méfaits de celle-ci: le principe de la gestion tierce par un conseil d'administration et une direction ancré à l'art. 716 al. 1 CO et l'art. 716a al. 1 CO ont pour conséquence que les actionnaires ne participent à la gestion courante de la société. Ce phénomène est d'ailleurs exacerbé dans une société

177 Art. 680 al. 1 CO.

178 Voir ZK-Bahar/Peyer (note 26), art. 680 N 38 et les réf. citées. En particulier, ATF 105 II 114, c. 7b, 128, ATF 91 II 298, c. 6a, 305; Arrêt du Tribunal fédéral 4C.143/2003 du 14 octobre 2003, c. 6; Böckli (note 26), § 1 N 19 s.; CR-Chenaux/Gachet, Art. 680 N 13; Hans Caspar Von Der Crone/Olivia Wipf, Aktienrechtliche Würdigung der strafbewehrten Stimm- und Offenlegungspflicht für Vorsorgeeinrichtungen, in: Daniel Jositsch/Christian Schwarzenegger/Wolfgang Wohlers (éds.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zurich/Bâle/Genève 2017, p. 633 ss, p. 636; Forstmoser (note 26), S. 380; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (note 26), § 42 N 10 ss; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (note 26), § 3 N 25 et § 16 N 208 Ruedin, Droit des sociétés, Berne 2006, N 866; BSK OR II-Vogt (note 26), art. 680 N 7.

179 Von der Crone/Wipf (note 172), p. 636; ZK Jung, Art. 620 N 25; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (note 26), § 42 N 25

180 Voir l'art. 706 CO. Voir aussi ZK-Bahar/Peyer (note 26), Art. 680 N 41.

181 Voir ATF 102 II 269; 99 II 62. Vgl. BGE 100 II 389; 83 II 64.

à l'actionnariat dispersé où les actionnaires individuels ne peuvent pas influencer la société par l'exercice du droit de vote.[182] Il en résulte une caricature: l'actionnaire est un capitaliste cherchant le profit à tout prix sans égard aux intérêts de tiers. Tout au plus peut-elle être atténuée afin d'intégrer une perspective à long terme et ainsi distinguer le «bon actionnaire» du spéculateur, intéressé uniquement par des gains à courts termes.

Or, cette image de l'actionnaire employée par Bär ou les partisans de la *shareholder value* est erronée. Les investisseurs et, parmi eux les actionnaires, sont des acteurs qui ont leurs préférences propres: certes, ils ont un intérêt financier à ce qu'ils puissent, toute chose étant égale, augmenter leur retour sur investissement réalisé sous forme de dividendes ou de gains en capitaux. Toutefois, dès que le choix implique d'autre facteurs, ils peuvent avoir des préférences différentes: ils sont aussi des -directement ou indirectement – des citoyens qui se soucient de l'intérêt public. Ils peuvent se soucier des conditions sociales dans lesquelles les employés et fournisseurs opèrent. Ils peuvent se préoccuper de l'environnement. Ils peuvent s'attendre à ce que leur entreprise (et les autres aussi) adopte un comportement éthique.[183]

La structure du contrôle des entreprises a cependant une influence importante sur la capacité des investisseurs à se faire entendre: dans une société familiale ou à l'actionnariat fermé, les investisseurs sont généralement plus directement impliqués dans le fonctionnement de la société. Ils sont soit directement aux commandes en tant que dirigeants, soit ils participent activement au conseil d'administration. A ce titre, ils peuvent se faire entendre en faisant usage non pas de leurs droits d'actionnaires, mais de leur position en tant qu'organes. En revanche, la question devient plus complexe lorsque l'actionnariat devient dispersé: les actionnaires individuels ne sont plus à même de se faire entendre. Les problèmes d'actions collectives les incitent à la passivité et le centre de gravité se déplace des actionnaires vers les dirigeants qui peuvent agir plus librement sans véritablement devoir rendre compte aux investisseurs.

2. *Investisseurs institutionnels*

Un développement important au cours des deux dernières décennies, qui va, sans aucun doute, de pair avec le développement du deuxième pilier en Suisse et dans le monde,[184] et le rôle croissant des investisseurs institutionnels plus gé-

182 Voir, p.ex. VON DER CRONE (note 18), § 1 N 29; XENIA KARAMETAXAS, L'engagement des investisseurs institutionnels enjeux et perspectives de la prise de décisions collectives, thèse Genève 2019, p. 94–95.

183 Voir BÉNABOU/TIROLE (note 51), p. 1 ss.

184 Voir KARAMETAXAS (note 176), p. 61 et 69; KARIM MAIZAR, Die Willensbildung und Beschlussfassung der Aktionäre in schweizerischen Publikumsgesellschaften, thèse Zurich 2012, p. 75 ss.

néralement,[185] est la prise de conscience croissante du rôle que les investisseurs ont dans la mise en œuvre de la responsabilité sociétale des entreprises.

Les explications de ce phénomène sont nombreuses: premièrement, les investisseurs institutionnels adoptent une perspective à long terme en raison de leur propre horizon d'investissement. Instituts de prévoyance, assureurs, fonds souverains, peu importe, leur activité s'étend au-delà d'une génération et vise à garantir en rendement le plus élevé à long terme.[186]

Deuxièmement, en raison d'un investissement toujours plus important ces acteurs ne peuvent plus se contenter aisément de céder les titres de sociétés peu performantes et se concentrer sur les entreprises plus intéressantes. Ils doivent dès lors s'engager plus activement afin que les sociétés dans lesquelles elles ont investis soient gérés au mieux. Le cas des fonds indiciels illustre la question à merveille. Ces fonds poursuivent une stratégie d'investissement passif: ils visent à reproduire l'univers d'investissement, typiquement en se basant sur un indice sans procéder à un choix actif entre ses différentes composantes. La concurrence se fait alors principalement sur les coûts. En raison des économies d'échelles, le marché pour ses produits est alors concentré entre les mains de quelques gros producteurs (BlackRock Inc., Vanguard et Fidelity). Ces acteurs ne peuvent pas optimiser la performance de leur placement en préférant un titre à un autre.[187] En revanche, leur taille leur permet d'avoir une influence considérable sur les sociétés cotées.[188]

Troisièmement, avec la démocratisation qui sous-tend le cercle des bénéficiaires vient également une sensibilité plus importante aux questions sociales et environnementale se fait ressentir. Peu importe d'ailleurs que cette influence se fasse sentir directement des bénéficiaires, qui sont représentés dans les organes paritaires des instituts de prévoyance professionnelle[189] ou sélectionnent les produits développés par les investisseurs institutionnels, directions de fonds ou assureurs, ou indirectement par le jeu de la politique qui influence le cadre légal, puis règlementaire qui régit les investisseurs institutionnels.

Cela fait longtemps à l'étranger puis en Suisse que des actionnaires institutionnels demandent à leurs sociétés d'adopter un comportement socialement

185 Voir Karametaxas (note 176), p. 61 et 69; Karim Maizar (note 178), p. 75 ss.

186 Voir l'art. 71 al. 1 LP.

187 Karametaxas (note 176), thèse Genève 2019, p. 95.

188 Par exemple, BlackRock Inc. comptait le 1er juin 2020 une participation de plus de 3 % dans 16 sociétés cotées à la SIX Swiss Exchange AG, dont Julius Bär Gruppe AG, UBS Group AG, Nestlé AG; The Capital Group Companies Inc. détenait des participations importantes dans 12 sociétés cotées à la SIX Swiss Exchange AG, dont Alcon Inc., Novartis AG, Nestlé AG. Sika AG, Zurich Insurance Group AG,

189 Voir l'art. 51a al. 1 LP. Cette obligation s'applique tant aux institutions de prévoyance active dans le domaine obligatoire que les institutions actives dans le domaine dit sur-obligatoire (art. 49 al. 2 ch. 7 LPP). L'article 89a al. 3 CC prévoit un régime analogue pour les fondations. Cette représentation ne dit pas un droit d'exercer le droit de vote dans l'intérêt des employés. Voir Karametaxas (note 176), p. 61 et 69; Maizar (note 178), p. 281 ss,

responsable. L'activisme actionnarial a contribué au boycott des sociétés d'Afrique du Sud pendant l'Apartheid.[190] Nestlé SA a vécu la pression de CANES, devenue Actares.[191] La Fondation Ethos fondée par les caisses de pension du Canton de Genève en 1997 met aussi l'accent l'investissement socialement responsable.[192] La tendance continue et devient de plus en plus courante. C'est ainsi que, cette année, Larry Fink, CEO de BlackRock Inc., la plus grande direction de fonds au monde, a invité les CEO à prendre en compte le développement durable, et en particulier le risque climatique, dans leur stratégie et d'améliorer la transparence sur ces questions, notamment en adhérant aux principes du Sustainability Accounting Standards Board et de la Task Force on Climate related Disclosure du Financial Stability Board.[193]

Toutefois, tous ces exemples ont de commun leur caractère volontaire: les investisseurs n'ont pas répondu à un devoir juridique, perçu ou réel, de contribuer à la responsabilité sociale des entreprises, mais à une volonté propre d'utiliser leur investissement afin de mettre en œuvre ce qu'ils pensaient être juste et responsable d'un point de vue moral. Il faut dès lors bien voir que cette activité peut s'inscrire en porte-à-faux avec les devoirs juridiques qui incombent à ces acteurs. En effet, le propre d'un investisseur institutionnel est sans doute d'investir pour le bénéfice de tiers: les investisseurs qui ont recours aux placements collectifs,[194] les bénéficiaires actifs ou retraités des institutions de prévoyance,[195] les générations actuelles et futures des collectivités qui ont fondés les fonds souverains et, même s'agissant d'assurances, les assurés et les actionnaires. A ce titre, ils sont tenus de gérer le patrimoine qui leur a été confié dans avec diligence et fidélité dans l'intérêt de ces bénéficiaires, ce qu'il est convenu d'appeler, en faisant un emprunt au droit anglo-américain, des devoirs fiduciaires.[196] De ce fait, se posent la question délicate de savoir si l'exercice éthiquement responsable de la discrétion qui leur a été confié que ce soit s'agissant des décisions d'investissement ou de l'exercice droit de vote est compatible avec leurs devoirs fiduciaires.

Le droit positif suisse n'a pas répondu expressément à cette question. A notre connaissance aucune réglementation helvétique n'a pas reconnu expressément une marge de manœuvre permettant de prendre en compte les critères ESG dans l'investissement d'exercer le droit de vote dans ce sens et encore

190 Voir Stephen Davis/Jon Lukomink/David Pitt-Watson, The New Capitalists: How Citizen Investors are Reshaping The Corporate Agenda, Boston 2006, p. 79–80.
191 Voir (‹http://www.actares.ch/fr/index.php/about/›).
192 Voir (‹https://ethosfund.ch/fr/a-propos-d-ethos/portrait-d-ethos›).
193 Voir (‹https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/larry-fink-ceo-letter›).
194 Voir l'art. 20 al. 1 lit. a et l'art. 21 LPCC.
195 Voir l'art. 71 al. 1 LPP et les art. 49 ss OPP 2.
196 Voir généralement sur le concept et son rôle en matière de droit de vote, Karametaxas (note 176), p. 200.

moins un devoir imposant une réflexion sur ces critères.[197] La doctrine et la pratique justifient toutefois ce procédé par un mécanisme analogue à celui développé dans le cadre des organes: le plus souvent ces acteurs agissent à long terme et ont un horizon d'investissement qui s'étend au-delà des générations actuelles et, de ce fait, ils doivent prendre en compte les conséquences à long termes de leurs actes et ne peuvent pas se livrer à des investissements lucratifs à court terme si à moyen ou long terme leur conséquence s'avèrent désastreuses.[198] De plus, leur compétence professionnelle leur permet de bénéficier d'un certain pouvoir d'appréciation dans le cadre de leurs décisions d'investissement qui – tout comme la *business judgment rule*[199] – vient diluer leur obligation de rendre compte sur l'arbitrage délicat entre rendement et responsabilité sociétale.[200]

Ce résultat n'est toutefois pas plus satisfaisant à mon sens que l'incertitude concernant le rôle du conseil d'administration. Il serait, en effet, plus opportun d'expliciter ces choix de façon transparente à l'égard des intéressés: soit au niveau législatif ou réglementaire, soit en imposant aux investisseurs institutionnels d'expliquer si et comment ils prennent en compte ces facteurs dans leur politique d'investissement et dans l'exercice du droit de vote.

3. Obligation d'exercer le droit de vote des investisseurs institutionnels

Dans une perspective juridique, la tendance est vers une règlementation croissante de l'exercice des droits de vote par les investisseurs institutionnels. Dans un premier temps, ce sont les placements collectifs de capitaux qui ont fait l'objet en 2006 d'une obligation légale expresse d'exercer leurs droits dans l'intérêt des investisseurs.[201] Cette exigence a cependant été largement diluée: les règles de conduite n'imposent pas une obligation de voter, mais seulement de régler dans une directive interne l'exercice des droits de sociétaire et de créancier ainsi que les cas dans lesquels il est permis d'y renoncer.[202] Par ailleurs, l'obligation de transparence reste générale et abstraite.

---

197 Nous l'avons dit l'art. 95 al. 3 Cst. mentionne le critère de durabilité et, dans ce cadre, l'art. 22 al. 4 ORAb reflète cette exigence dans la définition de l'intérêts des bénéficiaires.

198 Voir, dans ce sens, KARAMETAXAS (note 176), p. 252 ss.

199 Il ne s'agit toutefois pas d'un cas d'application de la *business judgment rule* et l'analogie ne tient à mon avis que très partiellement. Voir, dans ce sens, KARAMETAXAS (note 176), p. 290. Comp. Praxiskommentar VegüV-RICHERS, art. 25 ORAb N 11.

200 KARAMETAXAS (note 176), p. 290 ss.

201 Voir art. 23 al. 1 de la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux du 23 juin 2006 (Loi sur les placements collectifs, LPCC, RS 951.31). Voir KARAMETAXAS (note 176), p. 273 s., qui note la possibilité de préciser ce devoir au niveau du placement collectif.

202 Voir Règles de conduite de la Swiss Funds & Asset Management Association SFAMA du 7 octobre 2014, (‹https://www.sfama.ch/fr/autoregulation-documents-modeles/regles-de-conduite/sfama-coc_f_regles-de-conduite_141007.pdf/@@download/file.ch›). 51. Voir aussi JEAN-YVES KOHLER/OLIVIER SIERRO, Activisme actionnarial et exercice des droits de vote en matière de placements collectifs suisses, GesKR 2015, p. 506 ss, p. 519 ss.

Les investisseurs institutionnels ne sont pas restés inactifs pour autant: Ils ont participé sous l'égide de l'Association suisse des Institutions de prévoyance, Economiesuisse, Ethos, l'association suisse des banquiers et Swissholdings ainsi que le Fonds de compensation AVS/AI/APG, à l'élaboration d'un document non contraignant, les Lignes directrices pour les investisseurs institutionnels qui prévoient aussi le principe de l'exercice du droit de vote par les investisseurs institutionnels «dans la mesure où cela semble approprié et praticable du point de vue des intérêts de leurs bénéficiaires».[203] Elles précisent également que *«Les droits sociaux sont exercés dans l'intérêt des bénéficiaires. À cet égard, les investisseurs institutionnels se laissent guider par une vision à long terme et durable dans la mesure où les directives de placement n'en disposent pas autrement»*.[204]

L'adoption de l'art. 95 al. 3 Cst, suite à l'acceptation de l'Initiative populaire fédérale «Contre les rémunérations abusives»,[205] dite Initiative Minder, par le peuple et les cantons a cependant marqué un tournant important. Selon cette disposition, *«les caisses de pension votent dans l'intérêt de leurs assurés et communiquent ce qu'elles ont voté.»* Dans le cadre de sa mise en œuvre, par l'ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse du 20 novembre 2013 (ORAb),[206] cette obligation est définie comme le fait de veiller à la prospérité durable de l'institution de prévoyance.[207] En intégrant la durabilité dans la définition, l'ORAb oblige les investisseurs institutionnels à adopter une perspective à long terme, ce qui vient soutenir modestement les efforts des sociétés elles-mêmes désireuses de poursuivre un investissement à long terme. Par ce biais, les institutions de prévoyance peuvent prendre en compte des facteurs extra-financiers pertinents, et en particulier les critères environnementaux, sociaux ou de gouvernance.[208]

Plus encore, l'art. 23 al. 1 ORAb franchit un pas supplémentaire et exige de surcroît que les institutions de prévoyance fassent la transparence sur l'exercice du droit de vote. Il faut toutefois constater que l'art. 23 al. 2 ORAb fait preuve d'un biais en faveur du conseil d'administration en ce sens qu'il exige que les décisions n'allant pas dans le même sens que le conseil d'administration, y compris les abstentions, fasse l'objet d'une communication détaillée. De plus, l'ORAb n'impose pas aux institutions de prévoyance de dévoiler leur politique de vote ou, plus précisément, d'expliciter si elles prennent en compte des facteurs non financier dans la définition de cette politique.

---

203 Lignes directrices pour les investisseurs institutionnels, principe 1.
204 Lignes directrices pour les investisseurs institutionnels, principe 2.
205 FF 2013 1303.
206 RS 221.331.
207 Art. 22 al. 4 ORAb.
208 CR CO II-Rashid Bahar/Xenia Karametaxas, in: Pierre Tercier/Rita Trigo Trindade/Marc Amstutz (éds), Commentaire romand – Code des obligations II, 2e éd., Bâle 2017, commentaire de l'art. 22 ORAb N 19.

4. *Finance durable et investisseurs institutionnels*

A l'échelle internationale[209] – et avant tout européenne[210] – un développement supplémentaire se manifeste de façon croissante: les intermédiaires financiers sont toujours plus sollicités afin de déployer des efforts afin de contribuer au développement durable.[211] Il peut s'agir de facteurs aussi simples que l'obligation faite aux assureurs et aux banques de prendre en compte le risque climatique dans leurs modèles de gestion des risques[212] ou de politiques plus interventionnistes qui exigent des entreprises d'investissement de prendre en compte les questions de finance durable dans la politique d'octroi de crédit ou dans leur appréciation de l'adéquation d'une recommandation faite aux investisseurs.[213]

Paradoxalement, alors que la Suisse vient de revoir son cadre normatif concernant tant les services que les instituts financiers avec la loi fédérale sur les services financiers du 15 juin 2018[214] et la loi sur les établissements financiers du 15 juin 2018,[215] cette dimension n'a pas été abordée par la loi. Des gestes timides émergent toutefois: la Banque nationale suisse et la FINMA participent depuis avril 2019 au Network for Greening the Financial System (NGFS).[216] Il faut donc s'attendre à ce que la règlementation dans ce domaine évolue afin d'une prise en compte plus active de l'impact des facteurs environnementaux sociaux et éthiques sur les investissements et les services financiers plus géné-

---

209 Voir les Principles for Responsible Investments (‹https://www.unpri.org/pri/about-the-pri) initiés sur la base d'une impulsion des Nations Unies en 2006, les efforts du Financial Stability Board afin de renforcer la transparence relative aux questions liés au climat. (‹https://www.fsb.org/work-of-the-fsb/policy-development/additional-policy-areas/climate-related-financial-disclosures/›) ou le Centre on Green Finance and Investment de l'OECD (‹https://www.oecd.org/cgfi/›).

210 Voir généralement sur efforts de l'Union Européenne (‹https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/sustainable-finance_en›).

211 Voir Aline Darbellay/Hristina Stoyanova, Les standards internationaux en matière de finance durable, in? in: Rita Trigo Trindade/Rashid Bahar/Giulia Neri-Castracane (éds), Aux sommets du droit: Liber Amicorum Henry Peter Genève/Zurich 2019, 329 ss, p. 332–334.

212 Voir les trava'ux de la Task Force on Climate-related Financial Disclosures du Financial Stability Board (‹https://www.fsb-tcfd.org/›). Voir Andréa M. Maechler/Thomas Moser, Risques climatiques et banques centrales: une perspective de la BNS, 14 novembre 2019 (‹https://www.snb.ch/fr/mmr/speeches/id/ref_20191114_amrtmo/source/ref_20191114_amrtmo.en.pdf›); Bank of England, Transition in thinking: The impact of climate change on the UK banking sector, septembre 2018, pp 27–29.

213 Voir, p.ex., la Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur l'établissement d'un cadre pour favoriser les investissements durables, COM/2018/353 final, ESMA, Final ReportESMA's technical advice to the European Commission on integrating sustainability risks and factorsin MiFID II, ESMA35–431737, 30 avril 2019, (‹https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma35-43-1737_final_report_on_integrating_sustainability_risks_and_factors_in_the_mifid_ii.pdf›).

214 LSFin, RS 950.1.

215 LEFin, RS 954.1.

216 FINMA, Communiqué de presse: La FINMA rejoint le NGFS, 17 avril 2019 (‹https://www.finma.ch/fr/news/2019/04/20190417-mm-beitritt-ngfs/ ›).

ralement. Si la tendance internationale continue la Suisse devra y répondre dans le cadre de la règlementation des marchés financiers ou au niveau des sociétés suisses tributaires de financements ou capitaux étrangers. Certes, une vision à long terme peut être déduite des obligations de diligence et fidélité faite à ces acteurs. Cependant, ces mêmes devoirs peuvent être invoqués afin de contraindre les investisseurs institutionnels à ne pas prendre ces critères en compte. C'est dans cette optique que le phénomène naissant de la finance durable vient prendre le relai:

5. Synthèse

Loin du cliché de l'actionnaire irresponsable transmis tant par les partisans de la *shareholder value* que ceux de la *stakeholder value*, le développement des investisseurs institutionnels a conduit à une prise d'influence croissante des actionnaires et un intérêt croissant au caractère durable de la profitabilité des sociétés. Ce phénomène trouve toutefois ces limites dans la passivité des actionnaires. Dans ce contexte, les exigences croissantes faites à ces acteurs d'exercer leur droit de vote et de faire la transparence sur ce point vient renforcer leur prise d'influence. Toutefois, cette action ne doit pas nécessairement s'inscrire dans une perspective d'investissement durable ou responsable. C'est là qu'un autre mouvement proche de la *corporate social responsibility* vient prendre le relai: la finance durable. Or, si ce phénomène prend de l'essor sur le plan international et européen, la Suisse est restée en retrait, bien que les initiatives dans ce sens se multiplient.

V. Transparence comme réponse au pouvoir d'appréciation

1. Information volontaire

La *corporate social responsibility* pose un défi important: il est délicat de veiller au respect de cette responsabilité. Par définition, il ne s'agit pas de normes contraignantes, mais de principes éthiques et moraux qui devraient – indépendamment de toute obligation juridique – guider le comportement des sociétés, de leurs organes et de leurs actionnaires. Cependant, une société peut avoir intérêt de rendre public le fait qu'elle adopte un comportement socialement responsable. Nous l'avons vu la réputation joue un rôle important pour une société commerciale.[217] Un comportement socialement responsable contribue à rendre une société plus attractive sur les divers marchés sur lesquels elle intervient:

217 Thomas Jutzi, Unternehmenspublizität: Grundlinien einer rechtlichen Dogmatik zur Offenlegung von unternehmensbezogenen Informationen, Berne 2017, N 373. Voir aussi Henry Peter, Devoir de transparence des entreprises (ou de la responsabilité sociale des sociétés), Medialex 2004, p. 29 ss.

marché du travail, marchés pour ses produits, marchés pour ses facteurs de productions et même les marchés de capitaux, où les investisseurs se veulent responsables. C'est dans ce contexte que deux instruments jouent un rôle important: les codes internes ainsi que la transparence externe.

a. Codes de conduite

Les premiers instruments sont des documents qui visent à formaliser les principes régissant l'activité de la société, la codifier.[218] Il s'agit désormais d'un moyen répandu au sein des grandes sociétés afin d'assurer le respect des principes de responsabilité sociale des entreprises au sein de l'entreprise.[219] Ils sont aussi rendus publics afin que les tiers intéressés puissent se faire une image des activités de la société.

Leur nature juridique est toutefois incertaine: il s'agit d'une part d'un acte interne à la société, éventuellement d'instructions adressées aux employés. En revanche, il est difficile d'argumenter qu'un code de conduite constitue un engagement de droit privé à l'égard de tiers, même s'il est publié. Vu leur caractère général, il est également peu probable qu'ils engagent la responsabilité fondée sur la confiance de la société à l'égard des parties prenantes.[220]

b. Rapports

Les rapports viennent prendre le relai et communiquent à l'extérieur la performance des entreprises relatives sur les questions liées à la responsabilité sociétale des entreprises.[221] Il s'agit par ce biais de faire état dans un rapport séparé ou, en ligne avec l'approche intégrée de la *stakeholder value*, dans le rapport annuel des activités de la société ou, sur une base consolidée, de l'entreprise dans un domaine particulier.[222] Leur utilisation anecdotique il y a vingt ans est désormais devenue inévitable pour les grandes sociétés cotées.[223]

---

218 Voir Neri-Castracane (note 4), p. 372; Peter, Henry/Jacquemet Guillaume, Corporate Social Responsibility: Analyse des rapports 2013 des dix plus grandes sociétés du SMI, Expert Focus 2014/11, p. 1027 ss, p. 1029 ss.; Peter/Jacquemet (note 79), p. 184–185; Schneuwly (note 8), p. 130 ss

219 Henry/Jacquemet (note 212), p. 1027 ss, p. 1029 ss; Schneuwly (note 8), p. 130 ss.

220 Peter V. Kunz, Wirtschaftsethik, in: PeterV. Kunz/Jonas Weber/Andreas Lienhard/Iole Fargnoli/Jolanta Kren Kostkiewicz (éds), BernerGedanken zum Recht: Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2104, Berne 2014, p. 2117 ss, 236;; Schneuwly (note 8), p. 132. Voir aussi ATF 142 III 84, c. 3.5, 90 (responsabilité fondée sur la confiance crée niée s'agissant pour l'établissement de certification ISO).

221 Hans Caspar von der Crone/Mariel Hoch, Nachhaltigkeit und Nachhaltigkeitsreporting, PJA 2002, p. 40 ss; p. 46 ss; Peter/Jacquemet (note 212), p. 1027 ss, p. 1033; Peter/Jacquemet (note 79), p. 186.

222 Thomas Jutzi (note 211), N 378.

223 Comp. von der Crone/Hoch (note 215), p. 49 ss; Peter/Jacquemet (note 212), p. 1027 ss.

Idéalement, ce «reporting» devrait se faire sur la base d'un cadre prédéfini qui permette de garantir la comparaison de la performance, voire même. A défaut, la tentation sera grande d'exagérer ses vertus sans pour autant les mettre en œuvre ou le cas échéant en mettant en avant des projets alibi. En matière environnementale, le terme consacré est le *green washing*.[224] C'est, dans ce contexte, que le droit peut prendre le relai afin de veiller à ce que cette information soit fiable.[225] En effet, l'avantage de la standardisation est de définir la métrologie afin que la performance en matière de responsabilité sociale des entreprises soit mesurable sur la base de critères quantitatifs objectifs. Cet exercice a aussi pour but de faciliter le contrôle et la comparaison entre les entreprises et l'évolution d'année en année.[226]

Dans ce contexte, des standards privés se sont développés à l'échelle internationale: le UN Global Compact (UNGC) a commencé par offrir un cadre de référence qui a été repris par le Global Report Initiative (GRI).[227] Aux Etats-Unis, le Sustainability Accounting Standards Board (SASB) s'attèle à développer un standard comparable à ceux de son homologue financier, le Financial Accounting Statndards Boards (FASB) responsable des U.S. Generally Accepted Accounting Principles (US GAAP). Ses normes sont destinées à s'intégrer volontairement dans le système de *reporting* annuel ordinaire auprès de la Securities and Exchange Commission américaine.[228] La Task Force on Climate-related Financial Disclosures du Financial Stability Board s'est aussi penché sur la question en mettant l'accent sur la transparence sur les questions relatives aux risques climatique.

c. Absence de contrôle de l'information

Si le recours à ces standards est possible, la loi n'a pas (encore) franchi le pas de les rendre obligatoires. Il n'existe ainsi aucune disposition en droit des marchés financiers suisses destinée à garantir l'exactitude de l'information dévoilée spontanément. Contrairement aux états financiers[229] ou au rapport de rémunération,[230] il n'existe pas d'obligation de procéder à un contrôle, ne serait-ce que retreint.

Tout au plus, si cette information est intégrée dans un prospectus au sens de la LSFin, la responsabilité du fait du prospectus peut entrer en jeu. Il faut alors que le prospectus ou des communications semblables présente des indications inexactes, trompeuses ou non conformes aux exigences légales. Cependant, cette responsabilité n'est engagée que si la personne responsable pour l'élabo-

---

224 von der Crone/Hoch (note 215) p. 47; Thomas Jutzi (note 211), N 623.
225 Voir Darbellay/Stoyanov (note 205), p. 332–334, Peter/Jacquemet (note 79), p. 186.
226 Jutzi (note 211), N 379.
227 Voir von der Crone/Hoch (note 215), p. 47–48.
228 Thomas Jutzi (note 211), N 936.
229 Art. 727 al. 1 et art. 728a al. 1 CO.
230 Art. 17 ORAb.

ration du prospectus ait agi sans la diligence requise et ait de ce fait causé un dommage à un acquéreur.[231]

d. Sanctions: loi sur la concurrence déloyale et droit pénal

Une autre piste mérite cependant d'être envisagée. En plus de constituer une information à l'attention des actionnaires et des investisseurs au sens large, l'information sur la responsabilité sociétale des entreprises est souvent utilisée comme moyen publicitaire afin de rendre les biens et services d'une entreprise plus attrayante aux yeux des consommateurs, voire de les convaincre de payer un prix plus élevé afin de répondre à leur souci de consommer de façon responsable et durable.[232] De ce fait, une information fausse ou trompeuse à ce propos devrait tomber sous le coup des normes du droit de la concurrence déloyale interdisant la publicité mensongère[233]. L'avantage de cette norme est qu'elle s'applique indépendamment du contexte dans lequel la déclaration mensongère a été effectuée. Elle peut donc s'appliquer à des cas de figure plus large que la responsabilité du fait du prospectus.

La portée de cette norme ne saurait être sous-estimée, puisque, à son tour, elle ouvre la voie à des actions des concurrents et des clients[234] d'une entreprise qui vanterait à tort ses actions prises en tant que société socialement responsable pour autant que leurs intérêts économiques soient atteints par la violation. Plus encore, la LCD permet aux associations professionnelles et les associations économiques que leurs statuts autorisent à défendre les intérêts économiques de leurs membres ainsi que les organisations d'importance nationale ou régionale qui se consacrent statutairement à la protection des consommateurs d'intenter ces actions, ce qui facilite dans ce cadre l'accès à la justice.[235]

En théorie, il serait même envisageable que la Confédération joue un rôle actif dans ce domaine en intentant action invoquant le besoin de protéger l'intérêt public au motif qu'une information erronée sur des questions relatives au respect des normes sociales ou environnementale constituerait une atteinte à la réputation de la Suisse à l'étranger[236] ou que, de ce fait, les intérêts de plusieurs personnes, les intérêts d'un groupe de personnes appartenant à un secteur économique ou d'autres intérêts collectifs seraient menacés ou subiraient une atteinte.[237] De même, la voie du droit pénal serait aussi envisageable si la violation de l'art. 3 al. 1 let. b LCD était intentionnelle conformément à l'art. 23 al. 1 LCD. Cela étant, la loi sur la concurrence déloyale atteint ses limites en ce sens qu'il ne vise que les informations effectivement dévoilées. Si une entreprise

231 Art. 69 al. 1 LSFin.
232 Thomas Jutzi (note 211), N 382.
233 Art. 3 al. 1 lit. b LCD.
234 Voir l'art. 9 al. 1 et 2 et l'art. 10 al. 1 LCD. Schneuwly (note 8), p. 134–135.
235 Art. 10 al. 2 lit. a et b LCD.
236 Art. 10 al. 3 lit. a LCD.
237 Art. 10 al. 3 lit. b LCD.

passe un fait sous silence, en principe, l'information, elle n'agit pas de façon déloyale.

La dernière voie de droit pour garantir l'exactitude de l'information volontaire sur la responsabilité sociale des entreprises relève du droit pénal. Ainsi, il est envisageable que le délit de faux renseignement sur une entreprise commerciale (art. 152 CP) rentre en jeu. Cette norme vient réprimer:

> «Celui qui, en qualité de fondateur, titulaire, associé indéfiniment responsable, fondé de pouvoir, membre de l'organe de gestion, du conseil d'administration ou de l'organe de révision ou liquidateur d'une société commerciale, coopérative ou d'une autre entreprise exploitée en la forme commerciale, aura donné ou fait donner, dans des communications au public ou dans des rapports ou propositions destinés à l'ensemble des associés d'une société commerciale ou coopérative ou aux participants à une autre entreprise exploitée en la forme commerciale, des renseignements faux ou incomplets d'une importance considérable, susceptibles de déterminer autrui à disposer de son patrimoine de manière préjudiciable à ses intérêts pécuniaires.»

En principe, elle a une portée large puisqu'elle s'applique à toutes les communications au public ou les rapports destinés à tous les associés d'une société commerciale. Cependant, le seuil de matérialité est fixé à un niveau élevé, puisque les renseignements doivent être non seulement faux ou incomplets, mais encore d'une importance considérable et susceptible de déterminer *«autrui à disposer de son patrimoine de manière préjudiciable à ses intérêts pécuniaires»*. Ces exigences qualitatives ont ainsi pour effet qu'il sera délicat d'établir que les éléments constitutifs objectifs de l'infraction sont satisfaits. Il convient dès lors de voir si des instruments plus spécifiques seraient idoines.

2. *Transparence obligatoire*

a. *Développements internationaux*

Certains Etats ont déjà franchi un pas vers plus de transparence: sans pour autant imposer un comportement déterminé, ils exigent la transparence sur l'adhésion à certaines questions relatives à la responsabilité sociétale des entreprises et les détails de la mise en œuvre.

Les Etats-Unis – fidèles au modèle de réglementation par les normes de transparence boursière afin d'éviter les contraintes du fédéralisme qui limite l'intervention de l'Etat fédéral dans le droit des sociétés – ont introduit à la fin du Dodd- Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act trois dispositions imposant à la Securities Exchange Commission de prévoir des normes de transparence sur les mesures de diligence afin de lutter contre l'exploitation de minéraux issus de zone de guerre *(conflict minerals)*,[238] sur les conditions de

238 § 1502 du Dodd- Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. No. 111–203 (July 21, 2010). Voir aussi Securities Exchange Commission, Exchange Release, No 34-67716 (November 16, 2012), (‹https://www.sec.gov/rules/final/2012/34-67716.pdf›).

sécurité dans les mines de charbon et d'autres mines[239] et, enfin, sur les paiement à des gouvernements en liens avec l'extraction de matières premières.[240]

Ce phénomène a pris de l'ampleur au sein de l'Union européenne qui, par le biais de la directive 2014/95/UE, impose aux grandes entreprises d'inclure dans leur rapport annuel ou dans un rapport distinct *«une déclaration non financière comprenant des informations, dans la mesure nécessaire à la compréhension de l'évolution des affaires, des performances, de la situation de l'entreprise et des incidences de son activité, relatives au moins aux questions environnementales, aux questions sociales et de personnel, de respect des droits de l'homme et de lutte contre la corruption»*.[241] Ce rapport doit inclure des indicateurs clés de performance de nature non financière fondé sur un cadre national, de l'Union ou international qui couvre les informations de cette nature.[242] Par ailleurs, le contrôleur légal au compte ou un cabinet d'audit doit vérifier que la déclaration non financière requise a été fournie.[243] Plus encore, le droit national peut exiger que les informations figurant dans ce rapport soient vérifiées par un prestataire de service d'assurance indépendant.[244] De même, les entreprises soumises à l'obligation de préparer une déclaration sur le gouvernement d'entreprise doivent inclure *«une description de la politique de diversité appliquée aux organes d'administration, de gestion et de surveillance de l'entreprise au regard de critères tels que, par exemple, l'âge, le genre ou les qualifications et l'expérience professionnelles, ainsi qu'une description des objectifs de cette politique de diversité, de ses modalités de mise en œuvre et des résultats obtenus au cours de la période de référence. A défaut d'une telle politique, la déclaration comprend une explication des raisons le justifiant.»*[245]

Enfin, le Règlement (UE) 2017/821[246] prévoit, en plus d'obligation de diligence détaillée dans en lien avec la chaîne d'approvisionnement de certains mé-

239 § 1503 du Dodd- Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. No. 111–203 (July 21, 2010).

240 § 1504 du Dodd- Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. No. 111–203 (July 21, 2010). Voir aussi ci-dessous Section D. II.

241 Voir Art. 19 bis (1) et 29 bis (1) de la Directive 2013/34/UE modifiée par la 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, JOCE L 330 du 15 novembre 2014, p. 1

242 Art. 19 bis (4) et 29 bis (4) Directive 2013/34/UE telle que modifiée par la directive 2014/95/UE.

243 Art. 19 bis (5) et 29 bis (5) Directive 2013/34/UE telle que modifiée par la directive 2014/95/UE.

244 Art. 19 bis (6) et 29 bis (6) Directive 2013/34/UE telle que modifiée par la directive 2014/95/UE.

245 Art. 20 (1)(g) Directive 2013/34/UE telle que modifiée par la directive 2014/95/UE.

246 Règlement 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 tantale et du tungstène, leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque, JOCE L 130 du 19 mai 2017, 1.

taux provenant de zone de conflits ou à haut risque, une obligation d'établir un rapport sur les pratiques et politiques en matière de devoir de diligence à l'égard de la chaine d'approvisionnement et de le diffuser aussi largement que possible, y compris sur l'Internet.[247] De façon intéressante, il prévoit aussi une obligation pour les importateurs qui peuvent raisonnablement conclure que leurs métaux sont exclusivement dérivés de sources recyclées ou récupérée de révéler publiquement cette conclusion ainsi que les mesures de diligence prise afin de parvenir à cette conclusion.[248]

b. Rapport annuel

La Suisse reste encore un retrait face à ce phénomène. Tout au plus, le droit commercial peut être interprété afin d'intégrer plus de transparence sur le respect des normes morales et éthiques dans le cadre normatif légal. En effet, selon l'art. 961*c* al. 1 CO, les grandes entreprises doivent préparer un rapport annuel qui doit présenter la marche des affaires et la situation économique de la société ou du groupe de société en mettant en évidence les aspects qui n'apparaissent pas dans les comptes annuels. A ce titre, il est possible de déduire une certaine obligation de rendre compte des activités dans le contexte de la responsabilité sociétale de l'entreprise.[249]

De plus, l'art. 961*c* al. 2 ch. 2 CO invite l'entreprise à rendre compte de la réalisation d'une évaluation des risques, ce qui suppose que la société ait évalué ces risques, y compris les risques de réputation qui peuvent être associés au non-respect des normes de responsabilité sociétale des entreprises.[250] Par conséquent, il est possible de voir un ancrage légal des rapports sur les diverses questions non-financières que les grandes sociétés préparent à titre volontaire.

Toutefois, cet exercice d'interprétation n'est pas à l'abri de toute critique et il ne saurait être comparé à une norme prévoyant expressément des obligations de transparence dans ce domaine. De plus, comme nous l'avons déjà vu, le rapport annuel ne fait pas l'objet d'un contrôle ordinaire ou restreint par l'organe de révision. Plus généralement, les sanctions contre une violation de ces normes sont limitées.

c. Droit boursier: une solution partielle

Le droit boursier offre une deuxième piste de réflexion: il faut toutefois voir que le droit des marchés financiers est resté relativement timide jusqu'à présent. En effet, ni la LIMF ni la LSFin ne prescrivent d'obligation d'information concernant la prise en compte de critères ESG ou en matière de responsabilité socié-

---

247 Art. 7 (3) Règlement 2017/821.

248 Art. 7 (4)(a) et (b) Règlement 2017/821.

249 Neri-Castracane (note 135), p. 418. Voir aussi, déjà sous l'ancien droit, von der Crone/Hoch (note 215), p. 46.

250 Giulia Neri-Castracane (note 135), p. 418.

tale des entreprises que ce soit dans le cadre du règlement de cotation ou du prospectus.

Il est vrai que l'art. 35 a. 2 lit b et c LIMF exige que la bourse publie un règlement qui tienne compte des standards internationaux et comprenne, en principe des indications sur *«la publication des informations à fournir aux investisseurs pour leur permettre d'apprécier les caractéristiques des valeurs mobilières et la qualité de l'émetteur;»* et *«les obligations de l'émetteur, de ses mandataires et de tiers pour toute la durée de la cotation ou de l'admission des valeurs mobilières à la négociation.»* Cette norme d'une portée générale reste relativement peu précise quant aux exigences d'information sur la responsabilité sociale dans les autres parties du rapport.

Le droit boursier intervient, cependant, indirectement: sur la base de l'art. 53 du Règlement de cotation, le l'art. 9 de la Directive Corporate Governance prescrit que les émetteurs peuvent déclarer auprès de SIX Exchange Regulation SA qu'ils établissent un rapport de développement durable.[251] Dans ce cas, ils doivent respecter une norme internationale reconnue par SIX Exchange Regulation[252] et publier le rapport sur leur site Internet dans les huit mois suivant la date d'arrêté des comptes annuels. Ce rapport doit ensuite rester disponible pendant cinq ans à compter de la date de publication.[253] En d'autres termes, SIX Exchange Regulation AG n'impose pas d'obligation d'information sur le développement durable, mais permet aux émetteurs de s'engager volontairement à respecter des normes de publicité concernant ces critères.

De plus, SIX Exchange Regulation n'impose pas le choix d'un ensemble de norme, mais laisse aux émetteurs le soin de choisir quel cadre normatif, ils entendent appliquer. En effet, SIX Exchange Regulation reconnait: le Global Report Initiative (GRI), les Norme du Sustainability Accounting Standards Board (SASB), le cadre mis en œuvre par le UN Global Compact (UNGC) ainsi que l'European Public Real Estate Association, Best Practice Recommendations on Sustainability Reporting (EPRA, Sustainability BPR).[254]

Contrairement à ce que prévoit le régime européen, les rapports de développement durable ne doivent pas, selon la DCG, faire l'objet d'un contrôle ou d'un audit. Cependant, dans la mesure où ils s'inscrivent dans le cadre normatif établi par le Règlement de cotation, le respect des principes énoncés par la DCG et indirectement le respect de normes internationales sur le développe-

251 Art. 9 al. 1 DCG.

252 Art. 9 al. 2 DCG.

253 Art. 9 al. 3 DCG

254 Voir Normes internationalement reconnues par SIX Exchange Regulation AG/réglementations relatives à l'établissement d'un rapport de développement durable, juin 2017 (‹https://www.ser-ag.com/dam/downloads/publication/obligations/guidelines/standards-sustainability-fr.pdf›). En revanche, SIX Exchange Regulation n'a pas reconnu le cadre développé par la Task Force on Climate-related Financial Disclosures du Financial Stability Board (Voir (‹https://www.fsb-tcfd.org›) qui se concentre il est vrai sur les aspects financiers liés aux risques induits par le changement climatique.

ment durable peuvent faire l'objet d'un contrôle par SIX Exchange Regulation et de sanction boursière dans le cadre du régime instauré par cet instrument de droit privé. En effet, une sanction peut être ordonnée si un émetteur enfreint les devoirs fixés par le Règlement de cotation, par les règlements complémentaires ou par leurs dispositions d'exécution (et notamment les devoirs de renseignement, de coopération ou d'information), ou s'il ne fait pas en sorte qu'ils soient respectés.[255] Cette sanction peut ainsi aller de l'avertissement, à la décotation ou l'exclusion de nouvelle cotation en passant par une amende de jusqu'à 10 millions de francs en cas de violation intentionnelle.[256]

En pratique, le résultat est quelque peu mitigé: d'un côté, seule une minorité des émetteurs de titres de participations côtés (24 sur 253 émetteurs) se sont engagés à présenter un rapport sur le développement durable. De l'autre côté, il faut voir que les grandes entreprises sont surreprésentées dans cette population: sept émetteurs préparant un rapport appartiennent à l'indice SMI, qui regroupe les 20 sociétés avec la plus grande capitalisation, et pas des moindres. En effet, parmi eux, il faut compter deux des trois poids lourds du SMI, Nestlé SA et Novartis SA, ainsi que les deux grandes banques UBS SA et Credit Suisse Group SA, ainsi que Compagnie Financière Richemont SA, Swisscom SA et Swiss Life Holding SA. Plus positivement, alors que la DCG peut faire craindre à un foisonnement de standards destinés à mesurer les performances environnementales et sociales des émetteur, force est de constater que les GRI se sont établis en tant que standard incontesté en Suisse puisque tous les émetteurs qui ont procédé à un *opting-in* dans ce domaine se sont soumis à ces normes.[257]

3. Synthèse

En définitive, la transparence joue un rôle essentiel afin de permettre aux membres du conseil d'administration et les dirigeants de communiquer aux parties prenantes et aux investisseurs intéressés leur contribution à la poursuite d'une activité socialement responsable. Les vecteurs de cette communication sont de deux ordres: premièrement, des codes de conduite, à caractère normatif et prospectif, et deuxièmement, des rapports destinés à rendre compte sur une base rétrospective de l'activité que la société anonyme a déployée au titre de sa responsabilité sociétale. Pour l'heure, ces deux types de documents ont avant tout un caractère volontaire. Les sociétés ne sont pas tenues de les élaborer, ce qui soulève la question du contrôle de l'information. Si la LCD et le droit pénal peuvent ouvrir des pistes, les possibilités de remettre en cause judiciairement ces informations sont limitées.

---

255 Article 61 du Règlement de cotation.

256 Article 61 du Règlement de cotation.

257 Voir (‹https://www.six-group.com/exchanges/shares/companies/sustainability_reporting_fr.html›).

En droit positif, il est délicat de parler d'une obligation d'informer. Tout au plus, certains auteurs considèrent que cette information doit figurer dans le rapport annuel. Une obligation de cette nature ne peut cependant pas être reconnue aussi facilement. C'est sans aucun doute pourquoi SIX Exchange Regulation SA a décidé de donner aux sociétés cotées la possibilité de se soumettre volontiers à un régime de transparence sur les critères non financiers défini par un cadre de référence reconnu. La réalité est toutefois moins rose: Sous réserve des plus grandes capitalisations, les émetteurs préfèrent souvent ne pas se soumettre à ces exigences, ce qui limite l'effectivité de cette norme.

VI. Synthèse

Malgré la controverse entre *shareholder* et *stakeholder* value, la société anonyme reste une institution fondée sur la volonté des actionnaires de mettre une partie limitée de leurs ressources financière à disposition de la société anonyme, qui s'émancipe de ses fondateurs en devenant une personne morale. Cette personne morale continue cependant à poursuivre le but pour lequel elle a été créée. En général, il s'agit d'un but lucratif, c'est-à-dire générer tôt ou tard un bénéfice afin de le distribuer tôt ou tard aux actionnaires. Ce but lucratif est la boussole qui guide l'activité sociale, mais il serait illusoire de vouloir en tout temps maintenir le cap. Premièrement, il s'agit d'une activité qui se poursuit à long terme sur une durée indéterminée. Il en résulte une obligation de poursuivre une activité qui soit durable. Deuxièmement, la poursuite du but lucratif ne doit pas se faire au détriment des intérêts de tiers. Au contraire, bien souvent, la poursuite du but lucratif passe par la prise en compte des intérêts des autres parties prenantes: créanciers, travailleurs, clients et fournisseurs et même de la communauté au sens large à laquelle la société appartient.

Il en résulte que la société anonyme doit ainsi – c'est une évidence, mais il faut le rappeler – respecter les lois et les règlements qui lui sont applicables. Il en va ainsi non seulement du droit suisse, mais aussi des normes d'autres ordres juridiques avec lesquels elle entre en contact dans son activité. Plus encore, il en va de même pour ses organes, le conseil d'administration et la direction. Plus encore, à ce titre, il est possible de déduire non seulement une certaine obligation d'agir de respecter les exigences de la responsabilité sociétale des entreprises afin d'atteindre le but lucratif en vue d'anticiper les conséquences de la loi et de participer activement à ce développement mais encore d'exercer les devoirs de diligence et fidélité en prenant compte des limites qu'imposent la responsabilité sociale des entreprises.

Ces conclusions fortes en apparence sont toutefois diluées en pratique: dans les rapports externes, le but social devrait agir comme limite du pouvoir de représentation. En réalité, la jurisprudence extensive du Tribunal fédéral destinée à éviter, dans un souci de préserver la sécurité des transactions, que les actes des organes ne lient pas la société considère que tous les actes qui peuvent abstraitement contri-

buer à la poursuite du but social sont couverts par la présomption de l'art. 718a CO. Par conséquent, rares seront les actes qui feront l'objet d'un contentieux, hormis un véritable abus du pouvoir de représentation. De même, s'agissant des décisions des organes de gestion, il sera difficile de les remettre en cause, puisque les tribunaux reconnaissent un large pouvoir d'appréciation lorsqu'ils examinent les décisions de gestion prise de bonne foi sur une base informée en l'absence de conflit d'intérêts. La *business judgment rule* et se large pouvoir d'appréciation ont pour effet que les dirigeants peuvent selon leur bon vouloir tantôt invoquer leur responsabilité sociétale afin de se dédouaner de toute responsabilité face aux actionnaires, mais aussi ne pas l'invoquer lorsqu'il s'agit pour eux au contraires de s'opposer à la critique des parties prenantes, qui d'ailleurs se limitera en principe à un exercice de relations publiques puisqu'ils ne peuvent pas faire valoir une action en responsabilité pour violation de ces devoirs en dehors de la faillite.

C'est, dans ce contexte, que les actionnaires et les investisseurs plus généralement sont appelés à prendre le relai. En effet, loin d'être irresponsable – ce que le droit des sociétés leur permet d'être – les actionnaires et, surtout, les investisseurs institutionnels peuvent contribuer activement au fonctionnement de la société et s'intéresser à la responsabilité sociétale des entreprises auxquelles ils participent. Les explications de ce phénomène sont nombreuses. Elles sont tantôt liées à la nature de leurs investissements effectués dans une perspective à long terme sans possibilité de vendre tantôt à leur propre fonctionnement empreint par une participation d'acteurs politiques ou, dans le contexte des institutions de prévoyance professionnelle, influencé par la nature partiaire de leur gestion. L'obligation d'exercer le droit de vote joue également un rôle important dans ce contexte, même s'il reste timide.

En réalité, le principal instrument de contrôle du respect des principes de responsabilité sociale des entreprises relève de la transparence: celle-ci reste avant tout volontaire, que ce soit par la publicité faite autour des codes de conduite promulgué par les entreprises elles-mêmes ou les rapports sur la question. Il en résulte un degré relativement faible de standardisation et de contrôle. Une réponse au premier problème a été trouvée par le développement de standards par des organismes privés seuls ou de concertation avec des promoteurs institutionnels. Quant au second, il n'a pas (encore) trouvé de réponse définitive. Certes, les instruments de la responsabilité du fait du prospectus, de la lutte contre la concurrence déloyale ou encore du droit pénal suggèrent des pistes de réflexion. Cependant, ils sont encore trop généraux pour garantir une mise en œuvre de ces principes. SIX Swiss Regulation s'est aussi attelée à la tâche en offrant la possibilité aux émetteurs de se soumettre volontairement à des standards reconnus, avec pour conséquence de créer pour les entreprises qui le feraient d'avoir un engagement ferme accompagné par une mise en œuvre par les instruments de contrôle de l'autorégulation boursière.

A titre de conclusion de cette première partie, le droit des sociétés laisse la place à la responsabilité sociétale des entreprises de se développer sans créer de

contrainte dure dans ce sens. Cette conclusion vaut tant pour le conseil d'administration que les actionnaires. C'est sans aucun doute pourquoi la transparence joue un rôle essentiel dans le processus: il s'agit ainsi non seulement de veiller à ce que les sociétés rendent compte de leurs activités dans ce domaine mais aussi d'offrir un mécanisme destiné à garantir la crédibilité de l'information. Si des outils existent aujourd'hui, leur utilisation reste entièrement volontaire.

D. Responsabilité sociétale des entreprises comme instrument d'action de l'Etat

I. Introduction

1. Changement de perspective: l'Etat, promoteur de la responsabilité sociétale des entreprises

Jusqu'à présent nous nous sommes concentrés sur la question de savoir si le droit des sociétés laisse suffisamment de place à la responsabilité sociétale des entreprises. Dans cette optique, il s'est avant tout agi de déterminer si le droit des sociétés permet voire encourage les sociétés anonymes, leurs dirigeants et leurs actionnaires à prendre en compte des intérêts plus vastes et d'agir de façon responsable face à la communauté au sens large ou au contraire si le droit des sociétés est un frein à cette prise de responsabilité. La responsabilité sociétale des entreprises dans ce contexte est définie et perçue comme un fait extra-juridique. Elle se manifeste là où le droit s'arrête en laissant aux acteurs privés le soin de répondre à leurs devoirs moraux et éthiques.[258] Il ne s'agirait donc pas d'un phénomène juridique au sens étroit du terme ou, plus précisément, il s'agit d'un phénomène typique du pluralisme juridique, par lequel des acteurs non étatiques viennent contribuer à la formation du droit.[259]

L'interaction entre droit des sociétés et responsabilité sociétale des entreprises revêt toutefois une autre dimension. En effet, le droit des sociétés est trop souvent conçu dans une perspective ordo-libérale.[260] Dans cette conception, le droit des sociétés définit le cadre, le mode d'organisation de la société anonyme, laisse ensuite les acteurs privés opérer dans le cadre de l'autonomie de la volonté et n'intervient que pour mettre en œuvre les accords et réagir contre les abus. Le droit public intervient en dehors de ce cadre et fixe les conditions dans lesquelles les sociétés comme tous les autres sujets de droit peuvent intervenir. Dans une large mesure, le droit privé et, dans ce contexte, le droit des sociétés est traité comme une question distincte du reste de l'ordre juridique,

258 Bohrer (note 5), p. 273; Schenker, (note 7), p. 636; Watter/Spillmann (note 6), p. 100 s.
259 Voir p.ex. Amstutz (note 12), *passim*, Schneuwly (note 8), p. 101;
260 De Rossa Gissimondo/Cavadini-Birchler (note 73), p. 347; ZK-Jung, avant art. 620–625, N 11 et 17.

comme s'il y avait, d'une part, le droit des sociétés et, d'autre part, le droit du travail, le droit de l'environnement, le droit de la consommation, et que ces deux systèmes fonctionneraient indépendamment les uns et des autres.[261] Cette vision reflète la perception de Milton Friedman et des partisans de la *shareholder value*: Le droit des sociétés se concentre sur la question de régler les rapports entre la société, ses actionnaires, ses organes et ses créanciers et laisse à d'autres domaines du droit le soin de répondre aux questions propres aux relations avec les employés, les clients, l'environnement.[262]

Cette vision ignore la réalité dans laquelle les sociétés anonymes évoluent et méconnait au demeurant l'évolution du droit des sociétés. Comme nous l'avons mentionné en introduction, la réalité de la société anonyme est qu'une personne morale et surtout une grande société anonyme n'est pas comparable avec une personne physique. Elle interagit avec la communauté différemment qu'une personne physique, aussi fortunée ou puissante qu'elle soit. La société est immortelle et peut accumuler auprès d'un cercle indéterminé de personnes des moyens financiers qui sont hors de portée de simples humains. Sa structure lui permet aussi de conjuguer les talents de personnes innombrables pour le bien de la communauté, mais aussi, si elle est utilisée à mauvais escient, avec des conséquences désastreuses. Ce vaste pouvoir, elle le doit au droit des sociétés, qui lui reconnaît la personnalité juridique et met sur pied le véhicule juridique par lequel ces efforts peuvent se conjuguer. Par conséquent, le droit des sociétés ne peut pas rester inactif, mais doit s'assurer qu'avec ce vaste pouvoir vienne une responsabilité correspondante.[263]

Vu dans cette perspective, la responsabilité sociétale des entreprises constitue un moyen d'atteler la société anonyme au service de la communauté et de l'utiliser afin de mettre en œuvre des politiques publiques.[264] La tentation est dès lors grande d'utiliser le droit des sociétés pour la mise en œuvre d'objectifs politiques.[265] Il ne faut pas se faire d'illusion; le phénomène n'est pas nouveau. Le droit des sociétés a longtemps été empreint de politique qui a formé non seulement le contenu du droit des sociétés mais aussi l'organisation des sociétés.[266] Nous avons mentionné l'*enlightened shareholder value* du Companies

---

261 Voir DE ROSSA GISSIMONDO/CAVADINI-BIRCHLER (note 73), p. 347; PETER V. KUNZ, Funktion(en) des Aktienrechts – vom Organisationsrecht zum Katalysator der Gesellschaftspolitik?, RSDA 2018, p. 253 ss, p. 257. Voir, p.ex. SCHENKER (note 7), p. 648.

262 Voir ci-dessus section B.II.

263 Voir MAYER (note 17), Oxford 2014; COLIN MAYER, Prosperity, Oxford 2018.

264 Voir DE ROSSA GISSIMONDO/CAVADINI-BIRCHLER(note 73), p. 356; SCHENKER (note 7), p. 637. Comp. la critique de CHRISTOPH BÜHLER, Entwicklungen der Corporate Governance nach der Umsetzung der Minder-Initiative: Corporate Social Responsibility, Geschlechterquote und weitere Neuerungen, RSJ 2015 p. 349 ss, 353.

265 PETER V. KUNZ (note 254), RSDA 2018, p. 253 ss, p. 257.

266 Voir MARK J. ROE, Strong Managers, Weak Owners: Political Roots of American Corporate Finance, Princeton 1994, *passim*; MARK J. ROE, Political Determinants of Corporate Governance, Oxford/New York 2003, *passim*.

Act 2006 reflet d'une vision du capitalisme au service de la communauté propre au New Labour de Tony Blair et Gordon Brown, mais il ne faut pas oublier que l'intérêt de l'entreprise et ce que nous appellerions aujourd'hui la responsabilité sociétale avaient une toute autre signification en Allemagne en 1937 où le droit de la société anonyme prescrivait que la direction doit *«unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten [hat], wie das Wohl des Betriebs und seiner Gefolgschaft und der gemeine Nutzen von Volk und Reich es fordern»*.[267]

2. *Révolution du gouvernement d'entreprise*

Ce phénomène s'inscrit dans la lignée de la révolution du gouvernement d'entreprises. Alors que, dans une vision statique, les normes doivent être prescriptives, le développement du concept de gouvernance a redessiné les cartes vers une lecture plus dynamique du droit: dans cette perspective qui s'est développée de façon croissante au cours des trois dernières décennies, le droit ne doit pas nécessairement prescrire des normes de de comportement à suivre, des obligations d'actions ou des interdictions, mais peut aussi mobiliser l'organisation afin d'atteindre un but défini.[268] La loi et la réglementation définissent ainsi un objectif et exigent qu'une organisation soit mise sur pied afin d'atteindre ce but, sans prescrire les moyens à utiliser..

Le gouvernement d'entreprise *(corporate governance)* constitue sans aucun doute le cas d'école: il a donné à l'organisation de la société anonyme pour but de conjuguer les avantages de la délégation de la gestion à des managers professionnels et expérimentés tout en minimisant les coûts d'agence qui résulte de ce phénomène.[269] La solution préconisée a consisté à mettre en place des instruments de contrôle et de surveillance destiné à s'assurer qu'ils agissent – dans un premier temps – dans l'intérêt des actionnaires, bailleurs de capital propres.[270] Avec l'évolution de l'interprétation de la notion d'intérêt social vers la *stakeholder value*[271] est venue une lecture plus ouverte aux autres parties prenantes, dans l'intérêt de l'entreprise au sens large.[272]

Dans cette optique la politique de rémunération des dirigeants est devenue un moyen de créer des incitations en faveur d'une gestion plus orientée vers

---

267 Voir § 70 des Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (AktG) vom 30. Januar 1937, cité par FORSTMOSER, Gewinnmaximierung oder soziale Verantwortung?, in: Rainer Maria Kiesow/Regina Ogorek/Spiro Simitis, (éds), Summa Dieter Simon zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 2005, p. 207 ss, p. 226

268 Voir aussi BÜHLER (note 91), N 441 ss et 579 ss. Voir plus généralement FLÜCKIGER (note 117), p. 388 ss, sur le gouvernement.

269 Voir, notamment, PETER BÖCKLI, Corporate Governance: Erfolg und Versagen einer Leitidee: Eine Standortbestimmung nach zwölf Jahren «Swiss Code», EF 2016, p. 349 ss, p. 349.

270 Voir, notamment, BÖCKLI (note 262), p. 349.

271 Voir ci-dessus section B.III.

272 Voir, notamment, BÖCKLI (note 262), p. 350.

l'intérêt de l'entreprise,[273] puis une source de problèmes.[274] L'art. 93 al. 3 Cst. poursuit un but explicite: *«protéger l'économie, la propriété privée et les actionnaires et d'assurer une gestion d'entreprise durable»*. Malgré le caractère marqué de l'intervention préconisée par l'Initiative Minder, il s'agit de recourir au gouvernement d'entreprise afin de résoudre le problème: plutôt que prescrire ou interdire des formes de rémunérations,[275] il s'est agi avant tout de mettre sur pied un comité le de rémunération[276] au sein du conseil d'administration chargé de vérifier en toute indépendance du caractère adéquat de la politique de rémunération, de soumettre au vote de l'assemblée générale certains éléments de la rémunération[277] et enfin de rendre compte dans un rapport de rémunération des rémunérations effectivement versées.[278]

Le phénomène s'est développé de façon croissante dans de nombreux domaines: le droit de la surveillance bancaire et des marchés financiers a ainsi eu recours de façon croissante au gouvernement d'entreprises afin de s'assurer que les organes de haute surveillance et de direction veillent aux objectifs de cette législation.[279] Il est aussi manifesté dans le contexte des rémunérations afin d'éviter que celle-ci ne crée des fausses incitations à prendre des risques excessifs au détriment de la stabilité financière.[280] Ce phénomène se conjugue désormais dans d'autres domaines: le droit de l'environnement[281] ou le droit de la protection des données.[282] Il serait d'ailleurs possible de réinterpréter une partie du droit collectif du travail du travail comme un recours à la gouvernance afin

---

273 Voir Lucian Bebchuk/Jesse Fried, Pay without Performance: The Unfulfilled Promise of Executive Compensation, Cambridge 2004, Michael C. Jensen/Kevin J. Murphy., CEO Incentives: It's Not How Much You Pay, But How, Harvard Business Review, May–June 1990), p. 138 ss.

274 Voir Rashid Bahar, Executive Compensation: Is Disclosure Enough, in: Luc Thévenoz, Rashid Bahar, Conflicts of Interest: Corporate Governance & Financial Markets, Aahen van der Rijn/Zurich 2007, p. 85 ss, p. 87 ss; Lucian Bebchuk/Jesse Fried, Pay without Performance: The Unfulfilled Promise of Executive Compensation, Cambridge 2004.

275 Art. 20 et 21 ORAb.

276 Art. 7 ORAb et EconomieSuisse, Code suisse de bonne pratique en matière de gouvernement d'entreprises, Annexe I, ch. 32 et 33

277 Art. 18 al. 1 ORAb.

278 Art. 13 ss ORAb.

279 Voir FINMA, Circulaire 2017/1 Gouvernance d'entreprise – banques: Gouvernance d'entreprise, gestion des risques et contrôles internes des banques, et FINMA, Circulaire 2017/2 Gouvernance d'entreprise — assureurs: Gouvernance d'entreprise, gestion des risques et système de contrôle interne en matière d'assurance.

280 Voir FINMA, Circulaire 2010/1 Systèmes de rémunération: Normes minimales des systèmes de rémunération dans les établissements financiers, N. 1.

281 Art. 43a al. 1 lit. b LPE. Voir à ce sujet Petitpierre-Sauvain (note 94), p. 431.

282 Les art. 40 ss du Règlement général sur la protection des données encouragent également à l'élaboration de code de conduites et de processus de certification destinés à contribuer à la bonne application du règlement. Voir, en droit européen, l'art. 40 al. 1 du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (Règlement général sur la protection des données) (JO L 119 du 4.5.2016, p. 1–88).

de régler les questions de droit du travail: plutôt que définir les obligations des employeurs et employés dans un contexte collectif, le droit définit un mode d'organisation fondé tantôt sur l'information tantôt sur la consultation[283] afin de conduire à la paix sociale, le résultat souhaité.

3. La responsabilité sociétale des entreprises comme moyen d'action

Le droit des sociétés s'inscrit alors dans une perspective plus cybernétique: le droit des sociétés devient un moyen de gouverner, un instrument de régulation entre les mains de l'Etat. Ce dernier peut intervenir avec des normes contraignantes afin de mettre en œuvre des politiques publique dans le modèle du droit public, mais il peut aussi mobiliser les sociétés anonymes afin que celle-ci contribuent au programme politique que l'Etat entend développer.[284] Le Conseil fédéral a appelé ce mélange de volontarisme et d'impulsions étatiques un *smart mix*.[285] Plus fondamentalement, l'Etat intervient avec un *nudge* pour reprendre l'expression de Thaler et Sunstein[286] afin de pousser gentiment les acteurs privés à agir dans le sens souhaité, sans les y contraindre.

Cette action de l'Etat s'inscrit dans une logique d'efficacité et d'efficience:[287] premièrement, comment est-ce que l'Etat peut s'assurer que les objectifs de ses politiques publiques seront atteints? Deuxièmement, comment y parvenir en utilisant le moins de ressources possibles? Dans ce second calcul, l'Etat ou, plus précisément les acteurs qui définissent et mettent en œuvre ses politiques (les parlementaires, le gouvernement et l'administration) prennent en compte non seulement les ressources financières mises à contribution par l'Etat, mais aussi le capital politique qu'ils engagent dans cet exercice. Dans cette optique, l'Etat décide consciemment de ne pas intervenir de façon dure, non seulement afin de s'épargner les coûts d'une mesure administrative contraignante qui viendrait grever son budget, mais aussi afin de ne pas ostraciser

---

283 Voir les art. 9 et 10 de loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises. (Loi sur la participation) du 17 décembre 1993 (RS 822.1), l'art. 333a al. 1 et al. 2 CO (information et consultation en cas de transfert d'exploitation) et l'art. 335*d* (consultation en cas de licenciement collectif). Voir aussi les art. 28, 50 et 77 LFus pour les sociétés commerciales.

284 De Rossa Gissimondo/Cavadini-Birchler (note 73), p. 349 ss,

285 La responsabilité sociétale des entreprises: Position et plan d'action du Conseil fédéral concernant la responsabilité des entreprises à l'égard de la société et de l'environnement, Berne, le 1er avril 2015 (‹https://www.seco.admin.ch/dam/seco/fr/dokumente/Aussenwirtschaft/Wirtschaftsbeziehungen/CSR/Weitere_Informationen/CSR-Positionspapier.pdf.download.pdf/03%20Beilage_CSR-Positionspapier-f_1_4_2015.pdf›), p. 6; Bohrer (note 5), p. 274.

286 Richard H. Thaler/Cass Sunstein, Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness, New Haven/New York 2008, *passim*. Le *nudge* dans le sens de Thaler et Sunstein consiste toutefois à utiliser des biais cognitifs afin d'atteindre un objectif sans avoir recours à une norme prescriptive.

287 Voir Flückiger (note 117), p. 443 ss.

des acteurs qui seraient susceptibles de le soutenir politiquement.[288] En lieu et place, il peut opter pour un instrument moins contraignant et tout de même bénéficier des avantages, certes réduits, de cette politique publique.[289] Cette approche reflète une conception plus dynamique du droit: l'Etat peut intervenir de façon souple dans un premier temps et, s'il ne voit pas de progrès, intervenir plus activement et avec des moyens plus contraignants.[290] La question du rôle précurseur de l'autorégulation prend une autre tournure dans cette optique: l'intervention de l'Etat devient alors l'expression de l'échec du droit moins contraignant.[291] Incidemment, le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale opèrent sous une menace comparable: s'ils ne parviennent pas à répondre aux attentes populaires, des solutions moins plus tranchées peuvent être adoptée suite à une initiative populaire.[292]

Cette dynamique n'est pas propre à la responsabilité sociétale des entreprises mais s'est exprimée sous des formes diverses dans de nombreux domaines. Cependant, le droit des sociétés est devenu un champ d'expérimentation croissant pour ce mode de réglementation en raison de facteurs fondés sur l'efficience aux yeux des acteurs politiques pour plusieurs raisons: premièrement, en mobilisant les grandes sociétés, il est plus facile d'obtenir un effet important à coût moindre.[293] Il suffit d'obtenir l'adhésion de quelques grandes sociétés pour que la norme soit mise en œuvre à grande échelle.[294] Dans l'optique des grandes entreprises, comme on l'a vu précédemment, il est aussi dans leur intérêt égoïste d'adopter une norme non contraignante si elles craignent que si elles restent inactives une norme contraignante moins favorable sera mise en œuvre.[295] L'intervention de l'Etat prend alors une forme différente: elle vient donner des

288 Voir aussi FLÜCKIGER (note 117), p. 443 ss.

289 BOHRER (note 5), p. 275. Voir sur la question de l'autorégulation, JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, (Dé-, re-, sur-, auto-, co-, inter-) réglementation en matière bancaire et financière. Thèses pour un état des lieux en droit suisse, RDS 2004 II, p. 479 ss.

290 FLÜCKIGER (note 117), p. 300 ss.

291 De Rossa Gissimondo/Cavadini-Birchler (note 73), p. 349 ss; Neri-Castracane (note 4), p. 18 s.

292 DE ROSSA GISSIMONDO/CAVADINI-BIRCHLER (note 73), p. 350.

293 Il s'agit ainsi d'avoir des normes qui ne s'appliquent qu'aux grandes entreprises ou du moins qui s'appliquent différemment aux entreprises de taille plus réduite. En droit des sociétés, cette application différenciée concerne actuellement avant tout le droit comptable, qui soumet les grandes entreprises (art. 961 CO) ainsi que les entreprises dont les titres sont cotés en bourse (art. 962 al. 1CO) à des exigences accrues et le droit de la révision qui distingue entre contrôle ordinaire, contrôle restreint et possibilité de renoncer au contrôle selon la taille de l'entreprise (art. 727 al. 1 CO *cum* art. 961 CO, art. 727a al. 1 et al. 2 CO). Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 3 octobre 2003 (Loi sur la fusion, LFus; RS 221.301) avait déjà introduit un nombre important d'allègements pour les petites et moyennes entreprises. L'ORAb a introduit des exigences supplémentaires pour les sociétés anonymes dont les actions sont cotées en bourse. Comme nous le verrons plus bas, les cas se multiplient.

294 Voir aussi l'exemple du UN Global Compact et des Principles for Responsible Investment sont des exemples simples et élégants d'une «co-régulation» entre les Nations Unies et les entreprises respectivement les investisseurs institutionnels. Voir aussi FLÜCKIGER (note 117), p. 354.

295 Voir ci-dessus section C.II.2.

outils au secteur privé et facilite l'échange de bonnes pratiques plutôt que de le mettre au pilori.[296] *«Knowing and sharing rather than naming and shaming»*, dira JOHN RUGGIE, père spiritual les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme.[297] Elle fait appel à la coopération des acteurs privés, mais garantit la transparence et l'égalité des chances entre les concurrents, le fameux *level playing field*, afin que les forces du marché prennent le relai.[298]

Deuxièmement, des considérations liées à la proportionnalité peuvent justifier un accent plus grand sur les grandes sociétés. En même temps, les grandes sociétés sont politiquement plus faibles en termes relatifs que d'autres entreprises en tout cas dans le contexte suisse: derrière chaque petite ou moyenne entreprise se trouve souvent un entrepreneur qui s'identifie fortement avec celle-ci, alors que peu de personnes s'identifient à une grande entreprise surtout s'il s'agit d'une société cotée à l'actionnariat dispersé ou d'une multinationale dont les actionnaires étrangers ne disposent pas des droits politiques. Les employés et la communauté où l'entreprise est active ont certes un attachement à celle-ci, mais le lien est moins fort et parfois leurs intérêts divergent. Le résultat n'est pas nécessairement équitable ou économiquement efficient en ce sens que les grandes sociétés doivent alors supporter une charge règlementaire plus importante que les autres,[299] sans que cette différence soit justifiable objectivement en raison de la différence de taille. Le problème est d'autant plus marqué si la loi se rattache non pas à la taille de l'entreprise, mais à la cotation en bourse ou, plus arbitraire encore, la forme juridique. Il en résulte alors une distorsion de la concurrence. Par ailleurs, certaines sociétés décideront de ne pas croître ou n'auront pas recours aux marchés de capitaux pour se financer afin d'éviter ce surcoût. Il en résulte une mise en garde: le recours à la responsabilité sociétale de l'entreprise doit s'appliquer indifféremment de la forme juridique ou d'un recours à la cotation. Ces critères ne sont en effet que rarement pertinents pour satisfaire au but poursuivi par ces normes.[300]

Enfin, le recours à la responsabilité sociétale des entreprises avec son caractère mou et non contraignant permet aussi de déployer des effets au-delà des limites territoriales et du champ d'emprise de l'Etat et de formuler des normes à l'emprise globale.[301] Il est délicat pour un Etat de s'immiscer dans les affaires dans un autre Etat. La coopération internationale et le multilatéralisme connaissent aussi leurs limites. C'est une réalité des relations internationales, sans men-

---

296 BOHRER (note 5), p. 276.

297 JOHN RUGGIE, Engaging Business: Addressing Respect for Human Rights, Keynote Address, Atlanta, 25 February 2010, (‹https://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/newsandstories/Ruggie_Atlanta.pdf›).

298 BOHRER (note 5), p. 275–276.

299 Voir, dans le contexte des quotas, DE ROSSA GISSIMONDO/CAVADINI-BIRCHLER (note 73), p. 358.

300 Voir FORSTMOSER (note 13), p. 173; HÄUSERMANN (note 75), p. 500; HANS CASPAR VON DER CRONE/KARIN BEYELER/DANIEL DEDEYAN, Stakeholder im Aktienrecht, ZSR 2003 I p. 409 ss, p. 443 ss; WATTER/SPILLMANN (note 6), p. 115.

301 BOHRER (note 5), p. 277.

tionner les contraintes du droit international.[302] Là encore, il est possible de mobiliser le droit des sociétés et la responsabilité sociétale des entreprises afin de mettre en œuvre une politique publique au-delà des frontières. En se rattachant aux sociétés incorporées dans l'Etat ou ayant recours aux marchés de capitaux de cet Etat, il est possible de réglementer des acteurs qui agissent sur un plan international sans pour autant prétendre réglementer des questions dans la sphère d'influence d'autres Etats: alors que le droit du travail ou le droit de l'environnement ont un champ d'application local,[303] il est possible par le biais d'un rattachement fondé sur le droit des sociétés de s'intéresser au comportement d'une société à l'échelle de la planète.[304]

Ce phénomène est nouveau et encore protéiforme en droit suisse: toutefois, l'examen du projet de révision du droit de la société anonyme et la question du traitement de la protection des droits de l'homme, notamment par l'initiative populaire sur les multinationales responsables, illustre qu'il existe une velléité croissante d'avoir recours au droit des sociétés afin de traiter des questions sociétales aussi divergentes que la lutte contre la corruption, la promotion de l'égalité des genres ou encore les droits humains et le droit de l'environnement.

II. Transparence sur les matières premières

La lutte contre la corruption et, plus généralement, les efforts en faveur d'une bonne gouvernance des ressources publiques constituent un élément important des efforts internationaux dans le cadre du développement durable. Il s'agit également d'un aspect important de la responsabilité sociétale des entreprises et des critères ESG que les investisseurs institutionnels peuvent prendre en compte. Plutôt que de légiférer ou réglementer directement dans ce domaine, le Conseil fédéral a proposé dans le cadre de la réforme du droit de la société anonyme d'appuyer les efforts dans ce domaine du secteur non gouvernemental en renforçant la transparence des paiements effectués au profit de gouvernements. Il reprend ainsi, à l'exemple des Etats-Unis[305] et de l'Union européenne,[306] les recommandations de l'Initiative pour la transparence des indus-

302 Voir Evelyne Schmid, Exigences internationales de prendre des mesures législatives: la Suisse doit-elle légiférer dans le domaine des «entreprises et droits humains»?, PJA 2017 p. 930 ss, p. 939 ss.

303 Voir Schenker (note 7), p. 647.

304 Bohrer (note 5), p. 277.

305 § 1504 du Dodd- Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. No. 111–203 (July 21, 2010), mise en œuvre par la Securities Exchange Commission qui a adopté une nouvelle Rule 13q-1, Disclosure of Payments by Resource, 17 CFR 240 et et 249. Voir Securities Echange Commission, Exchange Release, No 34-78167 (September 26, 2016), (‹https://www.sec.gov/rules/final/2016/34-78167.pdf›).

306 Voir l'article 41 de la Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement euro-

tries extractives et les ancre dans le droit comptable suisse. L'objectif explicitement poursuivi est de lutter contre le détournement des paiements effectués dans ce cadre par une mauvaise gestion ou l'utilisation de ces ressources afin de financer des conflits.[307] Cette voie a été privilégiée en raison de la faiblesse institutionnelle dans les pays producteurs:[308] il n'est pas possible de compter exclusivement sur ces Etats pour éviter ces abus. Certes, la Suisse peut assister ces Etats dans la lutte contre la corruption par son propre dispositif pénal qui réprime la corruption d'agents étrangers[309] ainsi que le blanchiment d'argent[310] ainsi que par l'entraide internationale en matière pénale.[311] Toutefois, en policant très légèrement par des instruments de publicité les entreprises ayant leur siège social en Suisse, le droit suisse contribue à encourager un comportement socialement responsable de ces entreprises, mais aussi facilite le travail des Etats étrangers et des acteurs non gouvernementaux

Le mode choisi consiste à obliger les entreprises soumises au contrôle ordinaire – c'est-à-dire les grandes entreprises et les sociétés ayant recours aux marchés de capitaux par le biais d'une cotation de leurs actions ou l'émission d'obligation d'emprunt – de publier un rapport à l'échelle de chaque société ou du groupe sur une base consolidée si elles sont actives dans les activités de production de minerais, de pétrole ou de gaz naturel ou dans l'exploitation de forêts primaires.[312] Les sociétés actives dans le négoce de matières premières ne sont, en revanche, pas soumise à des obligations de transparence. Toutefois, il

---

péen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil (JO L 182 du 29.6.2013, p. 19) et l'article 2 (1)(d) ainsi que l'article 6 de la Directive 2013/50/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 modifiant la directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé, la directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation et la directive 2007/14/CE de la Commission portant modalités d'exécution de certaines dispositions de la directive 2004/109/CE (JO L 294, p. 13).

307 Message concernant la modification du code des obligations (Droit de la société anonyme) du 23 novembre 2016, FF 2017 353, 420: *«La plus grande partie d'entre elles provient des pays en développement. Or, dans ces pays, les structures de l'état de droit sont souvent insuffisantes.»*

308 Message concernant la modification du code des obligations (Droit de la société anonyme) du 23 novembre 2016, FF 2017 353, 420.

309 Art. 322septies CPS. Faut-il rappeler que cette norme a été introduite en droit suisse le 1er mai 2000 par la loi fédérale du 22 décembre 1999 (Révision du droit pénal de la corruption), en vigueur depuis le 1er mai 2000 (RO 2000 1121 1125) et a été révisé par l'Arrêté fédéral du 7 octobre 2005 (Mise en œuvre de la Conv. pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et de son Prot. add.) ((RO 2006 2371)?

310 Voir généralement la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme du 10 octobre 1997 (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA, RS 955.0).

311 Voir généralement la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale du 20 mars 1981 (Loi sur l'entraide pénale internationale, EIMP, RS 351.1).

312 Art. 964a al. 1 et 2 P-CO (FF 2017 625). Si une entreprise ayant son siège en Suisse est incluse dans le rapport sur les paiements du groupe établi par elle ou par une autre entreprise ayant son siège à l'étranger, elle n'est pas tenue d'établir son propre rapport. Dans ce cas, l'entreprise doit

ne s'agit là pas d'un parti pris mais du reflet de la tendance internationale qui s'intéresse avant tout à l'activité d'extraction.[313] Afin de répondre à cette critique, l'Assemblée fédérale a donc prévu que le Conseil fédéral peut dans le cadre d'une procédure harmonisée à l'échelle internationale, décider que ces obligations s'appliquent également aux entreprises actives dans le négoce de matières premières.[314]

Ce rapport doit couvrir tous les paiements effectués au profit de gouvernements qui dépassent 100 000 francs, peu importe qu'ils soient effectués en nature ou en espèce, pour autant qu'ils soient en lien avec les activités de production de minerais, de pétrole ou de gaz naturel ou de l'exploitation des forêts primaire.[315] Il peut ainsi s'agir de droits à la production, d'impôts ou taxes sur la production, le revenu ou le bénéfice des entreprises, des redevances et d'éventuels dividendes spéciaux, à l'exclusion d'éventuels dividende qui sont versés en raison de sa participation au capital et qui lui sont versés à des conditions identiques à celles applicables aux autres associés, aux primes de signature, de découverte ou de production, des droit de licence, de location, d'entrée et toute autre contrepartie d'autorisation ou de concessions ou, enfin, de paiement pour l'amélioration des infrastructures.[316] Le rapport doit mentionner le montant total des paiements ainsi que le montant par types de paiement au profit de chaque gouvernement et chaque projet spécifique.[317]

Afin d'assurer une intégration dans la gouvernance générale de la société, ce rapport doit être approuvé par l'organe supérieur de direction ou d'administration.[318] Il doit ensuite être publié sous forme électronique dans un délai de six mois à compter de la fin de l'exercice et rester accessible pendant au moins dix ans,[319] obligation que le droit comptable n'impose, en principe qu'aux sociétés ayant des titres de participation cotés en bourse ou débitrice d'emprunt par obligation et même dans ces circonstances l'obligation de rendre accessible les compte ne dure que douze mois.[320] Enfin, le rapport, les pièces justificatives et la correspondance relative à ce rapport doivent être conservés conformément à l'art. 958*f* CO.[321]

L'espoir du gouvernement est de renforcer la transparence afin que les investisseurs et les banques puissent reprendre le relai et se faire une idée sur la manière dont les entreprises interviennent sur les plans économiques et financiers

---

indiquer dans l'annexe aux comptes annuels le nom de l'autre entreprise qui établit le rapport dans lequel elle est incluse et elle doit publier ce rapport. Art. 964a al. 3 P-CO (FF 2017 625).

313 Voir Forstmoser (note 13), p. 166.

314 Voir Art. 964f P-CO (suite aux délibérations des deux chambres).

315 Art. 964c al. 2 *cum* art. 964a al. 4 et 5 P-CO (FF 2017 625).

316 Art. 964b al. 1 P-CO (FF 2017 625).

317 Art. 964c al. 3 P-CO (FF 2017 625).

318 Art. 964c al. 4 P-CO (FF 2017 625).

319 Art. 964d al. 1 et 2 P-CO (FF 2017 625).

320 Voir l'art. 958*e* al. 1 CO

321 Art. 964e P-CO (FF 2017 625).

dans les pays producteurs. Le rôle de l'Etat est ainsi de renforcer la lutte contre la corruption non pas par les instruments classiques du droit pénal ou l'aide au développement, mais en rendant transparents les paiements officiels aux gouvernements, ce qui permet ensuite à d'autres acteurs d'identifier des cas d'abus et intervenir soit directement soit en faisant pression sur les investisseurs, les banques finançant ces activités, ou les entreprises directement.

III. Quotas féminins au sein des conseils d'administration et de la direction

La question de la représentation de chaque sexe est un autre cas où le Conseil fédéral a opté pour le recours à la responsabilité sociétale des entreprises plutôt qu'une législation contraignante.[322] Comme le constate le Conseil fédéral lui-même, la question de la définition de quota pour la représentation des deux genres au sein du conseil d'administration et de la direction fait l'objet de vifs débats.[323] Certes, l'Etat fédéral a un mandat constitutionnel de veiller à l'égalité de droit et de fait entre les sexes.[324] Toutefois, plutôt que d'imposer des quotas stricts, le Conseil fédéral a proposé de mettre en place un cadre juridique destiné à favoriser une évolution vers une plus grande diversité. En d'autres termes, la voie préconisée consiste à faire appel par des instruments juridique à la responsabilité sociétale des entreprises à contribuer à plus de diversité dans leur conseil d'administration et leur direction.[325] Il s'agit d'une réponse somme toute très modeste qui vient réagir face à l'échec de l'autoréglementation: le Conseil fédéral motive, en effet son intervention non seulement par le fait que la représentation n'est pas équilibrée dans les faits, mais aussi parce que, selon lui, le Code suisse de bonne pratique en matière de gouvernement d'entreprise, qui se contente d'une remarque précisant que le conseil d'administration doit réunir des hommes et des femmes dotés des aptitudes requises,[326] est trop timide à son goût et n'a pas livré de résultats concrets.[327]

---

322 Comp. SCHENKER (note 7), p. 646, pour qui cet aspect de la révision n'appartient pas à la responsabilité sociétale de l'entreprise.

323 Message concernant la modification du code des obligations (Droit de la société anonyme) du 23 novembre 2016, FF 2017 353, 405.

324 Art. 8 al. 3 Cst. Pour BÜHLER, (note 84), p. 17 s., il s'agit plutôt d'une mesure justifiée par des considérations fonctionnelles afin d'améliorer le gouvernement d'entreprises.

325 Message concernant la modification du code des obligations (Droit de la société anonyme) du 23 novembre 2016, FF 2017 407. Voir aussi VALERIE JUNOD, «Comply or Explain»: la solution au dilemma des quotas?, RSDA 2015, p. 478 ss, p. 479 s.; URS SCHENKER, Gleichstellung – ein aktienrechtliches Thema, RSDA 2015, p. 469 ss.

326 ECONOMIESUISSE, Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprises, 2014, Ch. 12. Voir aussi Voir FRICK (note 84a), p. 436 s.

327 Message concernant la modification du code des obligations (Droit de la société anonyme) du 23 novembre 2016, FF 2017 406.

La proposition de modification du code des obligations préconise ainsi de demander aux grandes sociétés cotées visées par l'art. 727 al. 1 ch. 2 CO (mais pas les autres sociétés cotées) de respecter des quotas de représentation des deux sexes au sein du conseil d'administration et de la direction tout en leur laissant le soin de s'écarter de ce principe si elles expliquent d'une par les motifs de ce choix ainsi que les mesures prises afin de remédier à la situation.[328]

Par ce biais, la révision du droit de la société anonyme vient renforcer la responsabilité sociétale des entreprises de contribuer à une meilleure représentation des genres sans les y contraindre. Il fixe certes un quota de 30% pour le conseil d'administration et de 20% pour la direction,[329] mais laisse non seulement les sociétés une longue période transitoire pour s'adapter et former ou recruter les talents nécessaires,[330] mais aussi leur permet de renoncer au respect de la norme selon le principe *«comply or explain»*. Toutefois, il ne s'agit pas d'un véritable choix: les sociétés qui ne respectent pas la norme doivent expliquer pourquoi elles n'atteignent pas le minimum prévu.[331] Implicitement, le texte suggère que c'est déjà un manquement pour lequel elles doivent rendre compte. Par ailleurs, dans ce cas, le projet de code des obligations impose la transparence non seulement sur les raisons de ne pas respecter la norme mais aussi sur les mesures destinées plus généralement à promouvoir le sexe le moins représenté, ce qui suggère – bien que la norme n'appelle pas de sanction – qu'une société ne peut pas rester inactive. Il n'en reste pas moins que la mesure est avant tout un appel aux entreprises de respecter la norme plutôt qu'une véritable obligation.[332] Les exigences de transparence sont d'ailleurs faibles et les moyens de mise en œuvre se limitent au contrôle ordinaire qui s'applique au rapport de rémunération.[333]

Plus encore, il faut voir que la mesure a une portée limitée. Elle ne s'applique qu'aux plus grandes entreprises qui dépassent les valeurs fixées à l'art 727 al. 1 ch. 2 CO, c'est-à-dire qui, aux cours des deux exercices précédents remplissent deux des trois critères suivants: ont une somme de bilan de plus de 20 millions de francs, réalisent un chiffre d'affaires de plus de CHF 40 millions de francs ou occupent plus de 250 emplois à plein temps en moyenne annuelle. Les autres entreprises ne sont pas concernées par la mesure aussi souple qu'elle soit, même si leurs actions sont cotées en bourse ou si elles ont fait appel à financement par emprunt par obligations.

---

328 Art. 734f P-CO (FF 2017 625).

329 Art. 734f P-CO (FF 2017 625).

330 Art. 4 Dispositions transitoires (FF 2017 625).

331 Schenker (note 311), p 476; Comp. Junod (note 311), p. 479.

332 de Rossa Gissimondo/Cavadini-Birchler (note 73), p. 358; Junod (note 311), p. 479. Comp. Schenker (note 311), p. 476 qui y voit l'expression du principe de la proportionnalité.

333 de Rossa Gissimondo/Cavadini-Birchler (note 73), p. 358; Junod (note 311), p 479. Comp Schenker (note 311), p 476.

Cela étant cet appel à la responsabilité sociétale des entreprises permet de trouver une solution intermédiaire entre des quotas obligatoires, peut-être politiquement inacceptables aujourd'hui, et la passivité face à un constat insatisfaisant. Par ailleurs, il faut voir aussi que, par le biais d'une norme non contraignante et la transparence sur les mesures mise en œuvre afin de promouvoir le sexe le moins représenté, le code des obligations donne d'une part un signal clair et d'autre part collecte des informations sur des mesures qui pourront le cas échéant être intégrées dans des politiques publiques. Elle constitue donc plus qu'un ballon d'essai: il s'agit d'un coup de semonce à l'attention de l'économie privée afin que celle-ci soit moins réticente à l'avenir, faute de quoi des mesures plus contraignantes devraient être prises.[334]

IV. Respect des droits de l'homme et de l'environnement et Initiative sur les multinationales responsables

1. Principes internationaux

Si la protection des droits de l'homme est avant tout une mission de l'Etat, leur respect par les multinationales est sans aucun doute une des préoccupations centrales de la responsabilité sociétale des entreprises.[335] Voilà plus de 40 ans que l'OECD[336] et l'OIT[337] cherchent par le biais d'instruments de droit souple à engager les entreprises afin qu'elles développent leurs activités et stratégies afin de mettre en œuvre certains principes fondamentaux des droits de l'homme, du droit du travail, du droit de l'environnement et de la lutte contre la corruption. Le UN Global Compact de 2000 est ensuite venu plus explicitement demander aux entreprises d'adhérer à des principes fondamentaux dans ce domaine.[338] Ce soutien s'exprime par leur engagement de contribuer à mettre en œuvre dix principes concernant les droits humains, le droit du travail, l'environnement et la lutte contre la corruption.[339] En 2011, les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: mise en œuvre du cadre de

---

334 Voir Message concernant la modification du code des obligations (Droit de la société anonyme) du 23 novembre 2016, FF 2017 406, qui note que, en 35 ans, l'autoréglementation n'a pas abouti à une représentation équilibrée des hommes et femmes.

335 Voir généralement Christine Kaufmann, Wirtschaft und Menschenrechte – Anatomie einer Beziehung, PJA 2013, p. 744, p. 744–751 ss.

336 OCDE, Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales (2011) (‹https://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/2011102-fr.pdf›).

337 Voir la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, adoptée par la Conférence internationale du Travail à sa 86e Session, Genève, 18 juin 1998 (Annexe révisée le 15 juin 2010) (disponible (‹http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/WCMS_716595/lang–fr/index.htm).

338 Voir(‹https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission›).

339 Voir United Nations Global Compact, Online Application Guide – Business Applicants, (‹https://www.unglobalcompact.org/participation/join/application/business›).

référence «protéger, respecter et réparer» sont venus mettre les entreprises à contribution dans la mise des droits de l'homme.[340]

Il s'agit là cependant d'instruments non contraignant qui ne lient pas – directement en tout cas – les entreprises.[341] Le UN Global Compact suppose une adhésion volontaire au pacte et, même dans ce cas, l'engagement reste relativement peu contraignant: il suppose que l'adhérent exprime son engagement au UN Global Compact, agisse en faveur des *Sustainable Development Goals* et enfin soumette sur une base annuelle une communication sur les progrès (Communication on Progress, COP) composé d'une déclaration du CEO exprimant son engagement continu en faveur du UN Global Compact, une description des actes concrets et une mesure des résultats.[342] Il en va de même pour les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: conscients des limites du droit international public, ces principes font appel à la responsabilité sociétale des entreprises – dans sa dimension non-contraignante,[343] afin que les entreprises les mettent en œuvre respectent (dans le sens anglais du terme, qui se traduit en allemand par *Achtung*) les droits de l'homme.[344] Les Principes directeurs pour les entreprises de l'OECD contiennent également des recommandations aux entreprises, mais *«le respect des Principes directeurs par les entreprises est volontaire et n'est pas juridiquement contraignant.»*[345] En revanche, ils ont ceci d'original qu'ils exigent que les Etats adhérant mettent sur pied un point de contact national, en Suisse le SECO: (i) faire mieux connaître les Principes directeurs; (ii) contribuer à leur mise en œuvre; (iii) gérer les demandes de renseignements et contribuer à la résolution des différends (organe de dialogue et médiation informel); (iv) collaborer et échanger des expériences avec d'au-

340 Principes directeurs de 2011 relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, 2011, doc. NU A/HRC/17/31.

341 Voir notamment, Isabelle Chabloz/Julie Periard, Responsabilité sociale des entreprises: responsabilité de la société mère ou de son conseil d'administration? in: Rita Trigo Trindade/Rashid Bahar/Giulia Neri Castracane (éds), Aux sommets du droit: Liber Amicorum Henry Peter Genève/Zurich 2019, p. 319 ss, p. 323; Kaufmann (note 321), p. 744; Kaufmann (note 166), p. 329 ss, p. 332.

342 Voir United Nations Global Compact, Online Application Guide – Business Applicants, (‹http s://www.unglobalcompact.org/participation/join/application/business›).

343 Voir Nations Unies, Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, 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, A/HRC/17/31, ch. 14: *«La contribution des Principes directeurs sur le plan normatif ne consiste pas à créer de nouvelles obligations juridiques internationales mais à préciser les conséquences découlant des normes et pratiques existantes pour les États et les entreprises; à intégrer ces normes et pratiques dans un seul modèle de portée globale qui soit logiquement cohérent; à recenser les cas où le régime en vigueur se montre insuffisant; et à voir comment il convient de l'améliorer. Chaque principe est assorti d'un commentaire qui en précise le sens et les incidences.»*

344 Kaufmann (note 135), p. 510.

345 OCDE, Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, 2011, Partie I, ch. 1.

tres points de contact nationaux; (v) présenter un rapport annuel de ses activités à l'occasion de la réunion annuelle des points de contact nationaux.[346] Toutefois, ce mécanisme de résolution des différends relève de la médiation et n'est pas comparable pas à une mise en œuvre d'une responsabilité juridique.[347]

2. *La mise en œuvre en Suisse: Plan d'action du Conseil fédéral de 2015*

En réponse à la pétition «droit sans frontière»[348] et divers postulats et motions présentés au parlement, le Conseil fédéral s'est penchée sur le plan politique sur les modalités de la mise en œuvre des principes internationaux sur le respect des droits de l'homme:[349] ainsi, la Commission de politique extérieure du Conseil national rejeta cette pétition mais déposa un postulat au Conseil fédéral de préparer un rapport de droit comparé sur la question.[350] Dans son rapport sur lquestion, le Conseil fédéral prépara à la question concluant qu'il n'y avait pas lieu d'intervenir sur le plan législatif et qu'une action concertée sur le plan internationale serait préférable, si nécessaire.[351] Conseil fédéral opta de ne pas imposer des obligations particulières aux entreprises dans ce domaine, préférant faire appel à la responsabilité sociale des entreprises. Il décida en lieu et place de préparer un rapport détaillé sur la question de la responsabilité sociétale des entreprises afin d'expliquer l'approche suivie: celle-ci se fonde ainsi sur une approche mixte destinée à renforcer et soutenir la mise en œuvre volontaires des principes de la responsabilité sociétale des entreprises.[352] Cette approche était censée permettre aux entreprises d'assumer leur responsabilité tout en leur laissant le soin de tenir compte des circonstances particulières dans lesquelles elles opèrent.[353]

---

346 OCDE, Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, 2011, Partie II, ch. 1. Voir aussi KAUFMANN (note 321), p. 744; KAUFMANN (note 166), p. 332 s.

347 BOHRER (note 5), p. 274.

348 Voir (‹ http://www.droitsansfrontieres.ch/fr/›).

349 Voir généralement à ce sujet Message relatif à l'initiative populaire «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement» du 15 septembre 2017, FF 2017 5999, 6001; BÖCKLI/BÜHLER (note 103), p. 9.

350 Voir Commissions de politique extérieure du Conseil national, La commission demande un rapport au Conseil fédéral, Communiqué de presse du 30 octobre 2012, https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/2012/mm-apk-n-2012-10-30-2.aspx?lang=1036.

351 Divers mécanismes de diligence possibles pour les entreprises, Communiqué de presse du 28 mai 2014, https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2014/2014-05-28.html.

352 Voir La responsabilité sociétale des entreprises: Position et plan d'action du Conseil fédéral concernant la responsabilité des entreprises à l'égard de la société et de l'environnement, Berne, le 1er avril 2015 (‹https://www.seco.admin.ch/dam/seco/fr/dokumente/Aussenwirtschaft/Wirtschaftsbeziehungen/CSR/Weitere_Informationen/CSR-Positionspapier.pdf.download.pdf/03%20Beilage_CSR-Positionspapier-f_1_4_2015.pdf ›), p. 9.

353 Voir La responsabilité sociétale des entreprises: Position et plan d'action du Conseil fédéral concernant la responsabilité des entreprises à l'égard de la société et de l'environnement, Berne, le 1er avril 2015 (‹https://www.seco.admin.ch/dam/seco/fr/dokumente/Aussenwirtschaft/Wirtschaftsbeziehungen/CSR/Weitere_Informationen/CSR-Positionspapier.pdf.download.pdf/03%20Beilage_CSR-Positionspapier-f_1_4_2015.pdf ›), p. 9.

3. *L'initiative sur les multinationales responsables*

L'Initiative sur les multinationales responsables[354] vise à changer cela en attachant des conséquences juridiques au non-respect des standards internationaux dans ce domaine: elle prescrit ainsi que «l*es entreprises doivent respecter à l'étranger les droits de l'homme internationalement reconnus et les normes environnementales internationales; elles doivent veiller à ce que ces droits et ces normes soient également respectés par les entreprises qu'elles contrôlent.*»[355]

En principe, l'initiative s'adresse à toutes les entreprises privées ou publiques, peu importe leur forme juridique. Elle aménage la possibilité de prévoir des petites entreprises qui ne sont pas actives dans un secteur à haut risque.[356] Elle exige que toutes les entreprises fassent preuve de diligence afin d'éviter de répondre non seulement des violations. La diligence requise exige ainsi notamment *«d'examiner quelles sont les répercussions effectives et potentielles sur les droits de l'homme internationalement reconnus et sur l'environnement, prendre des mesures appropriées en vue de prévenir toute violation des droits de l'homme internationalement reconnus et des normes environnementales internationales, mettre fin aux violations existantes et rendre compte des mesures prises.»*[357] Il en résulte une véritable obligation contraignante de respecter ces principes. Il faut voir le défi que pose cette obligation de diligence face à des normes indéterminées: en principe, la protection des droits de l'homme revient à l'Etat qui peut et doit positivement en assure la mise en œuvre effective. Les entreprises ne sont pas destinataires des obligations prévues par le droit international[358] ou les normes destinées aux entreprises n'ont pas une nature contraignante.

L'obligation de diligence prévue par l'Initiative ne s'étend pas seulement aux activités de l'entreprise (plus exactement la personne morale concernée), mais qui, aussi d'entreprises qu'elle contrôle. Le texte de l'initiative définit à ce titre les entreprises contrôlées de façon particulière et couvre s'intéressent ainsi aux rapports effectifs: il ne suffit donc pas que l'entreprise soit en mesure de contrôlé une autre afin d'être tenue responsable, il faut que ce pouvoir soit

---

354 Initiative populaire fédérale «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement», FF 2015 2979.

355 Art. 101a al. 2 lit. a P-Cst.

356 Art. 101a al. 2 lit. b P-Cst. Voir à ce propos Association initiative multinationales, Rapport explicatif de l'initiative populaire fédérale «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement, p. 35 et 39. (‹https://initiative-multinationales.ch/wp-content/uploads/2018/05/20170912_Erläuterungen-FR.pdf ›); Voir critique sur la portée de ces exceptions, Böckli/Bühler (note 103), p. 18; Lukas Handschin, Konzernverantwortungsinitiative: Gesellschaftsrechtliche Aspekte, PJA 2017, p. 998 ss, p. 1003.

357 Art. 101a al. 2 lit. b P-Cst.

358 Böckli/Bühler (note 103), p. 19–20; Andreas Bohrer, Haftung schweizerischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland? Überlegungen zur «Konzern -Initiative»., GesKR 2017, 323 ss, p. 325–326.

effectivement exercé.[359] En même temps, le vecteur du contrôle est indifférent et les initiant précisent que *«le contrôle peut résulter d'un lien de pouvoir économique»*, par exemple qu'exerce une entreprise sur un de ces fournisseurs.[360] Plus encore, ces obligations de diligence s'étendent non seulement aux entreprises contrôlées mais aussi à l'ensemble des relations d'affaires, sans qu'il ne soit clair dans le second cas quelle sont les limites de ce devoir de diligence dans les affaires d'un tiers[361] et quelle est la conséquence d'une violation de l'obligation de diligence.[362] Le but est clair: il s'agit d'assurer le respect de ses standards de diligence non seulement en Suisse mais aussi à l'étranger. Les entreprises suisses devraient à ce titre s'intéresser non seulement aux sociétés de leur groupe qu'elles contrôlent, mais aussi à des tiers.

Enfin, s'inspirant du modèle de l'art. 55 CO qu'elle applique aux groupes d'entreprises compris au sens large, mais non aux autres relations d'affaires,[363] l'Initiative sur les multinationales responsables instaure un régime de responsabilité causale avec preuve libératoire: il suffit au demandeur d'établir qu'une violation des droits de l'homme ou l'atteinte à l'environnement imputable à l'entreprise ou une entreprise contrôlée ait causé un dommage pour que la responsabilité soit donnée. Une fois le lien de subordination établi, peu importe que l'entreprise contrôlée ait agi dans l'intérêt ou pour l'entreprise contrôlante.[364] L'entreprise peut toutefois se libérer en apportant la preuve de sa diligence.[365] La question de la diligence requise pour apporter la preuve libératoire

---

359 Art. 101a al. 2 lit. a P-Cst *in fine*.

360 Initiative multinationales responsables, Explications sur le texte de l'initiative, Factsheet V, (‹https://initiative-multinationales.ch/wp-content/uploads/2018/05/3.2_KVI_Factsheet_5_F_low.pdf›); Voir à ce sujet HANDSCHIN (note 356), p. 1001. KARL HOFSTETTER, Konzernverantwortungsinitiative und Geschäftsherrenhaftung, RSJ 2019, p 271 ss, p. 279. Voir, plus nuancés, Association initiative multinationales, Rapport explicatif de l'initiative populaire fédérale «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement, p. 42–43. (‹https://initiative-multinationales.ch/wp-content/uploads/2018/05/20170912_Erläuterungen-FR.pdf›). Voir aussi BÖCKLI/BÜHLER (note 103), p. 16, qui mettent en évidence que cette définition remonte à l'ancien concept utilisé dans les normes comptables internationales qui ne sont plus en vigueur depuis 2012.

361 Voir BÖCKLI/BÜHLER (note 103), p. 46; HANDSCHIN (note 356), p. 1002.

362 Association initiative multinationales, Rapport explicatif de l'initiative populaire fédérale «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement, p. 37. (‹https://initiative-multinationales.ch/wp-content/uploads/2018/05/20170912_Erläuterungen-FR.pdf›), précisant qu'il ne s'agit pas d'un chef de responsabilité délictuelle et n'a pas de conséquence en terme de responsabilité délictuelle, mais seulement d'obligation de diligence (sans devoir d'agir!) et de transparence.

363 Association initiative multinationales, Rapport explicatif de l'initiative populaire fédérale «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement, p. 41–44. (‹https://initiative-multinationales.ch/wp-content/uploads/2018/05/20170912_Erläuterungen-FR.pdf›). Voir la critique de HOFSTETTER (note 340), p. 274 ss.

364 BOHRER (note 338), p. 329; CHRISTINE KAUFMANN, Konzernverantwortungsinitiative: Grenzenlose Verantwortlichkeit?, RSDA 2016, p. 45 ss.

365 Art. 101a al. 2 lit. c P-Cst. Association initiative multinationales, Rapport explicatif de l'initiative populaire fédérale «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environne-

devient alors essentielle et le caractère indéterminé de la norme soulève un problème de sécurité du droit,[366] ce d'autant qu'il s'agit d'un chef de responsabilité primaire, qui s'applique même s'il est possible de rechercher la société contrôlée.[367]

L'ensemble s'applique à toutes les sociétés ayant un siège en Suisse, compris largement afin d'inclure tant le siège statutaire que le lieu de l'administration centrale ou de l'établissement principal,[368] ainsi qu'indirectement aux sociétés du groupe, indifféremment du droit applicable selon le droit international privé.[369]

A ce titre, l'initiative sur les multinationales responsables fait bien plus que d'imposer le respect des normes de responsabilité sociétale des entreprises: elle en change fondamentalement la nature. Alors que, jusqu'à présent, ces normes fondées sur le volontariat n'avaient pas d'effet obligatoire pour les entreprises,[370] elles deviennent par le biais du jeu de l'initiative sur les multinationales responsables de véritables normes de droit dont la violation entraîne la responsabilité civile de l'entreprise.[371] De ce fait, le respect de ces normes ne relève plus de la «simple» responsabilité sociétale des entreprises mais d'obligations juridiques au sens strict du terme.[372]

La méthode peut *a priori* paraitre élégante de prime abord. Toutefois, elle déforme les instruments du droit international: est-ce que des normes internationales non-contraignante pour les entreprises peuvent être reprises en bloc dans l'ordre juridique national et mises en œuvre en tant que chef de responsabilité?

---

ment, p. 41–44. (‹https://initiative-multinationales.ch/wp-content/uploads/2018/05/20170912_Erläuterungen-FR.pdf›).

366 Voir Hofstetter (note 340), p. 277; Rolf H. Weber, Auf dem Weg zu einem neuen Konzept der Unternehmensverantwortlichkeit?, RDS 2016 I p. 25 ss, p. 27 s. Voir aussi Kaufmann (note 166), p. 340–341 en faveur d'une référence explicite aux standards de l'OECD.

367 Schenker (note 7), p. 648. Voir aussi Böckli/Bühler (note 103), p. 49 ss.

368 Art. 101a al. 2 P-Cst. Voir à ce sujet Handschin (note 356), p. 999.

369 Art. 101a al. 2 lit. d P-Cst. Voir à ce sujet Böckli/Bühler (note 103), p. 62 ss.

370 Bohrer (note 5), p. 277; Schenker (note 7), p. 648. Voir Nations Unies, Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, 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, A/HRC/17/31 ch. 14: *«La contribution des Principes directeurs sur le plan normatif ne consiste pas à créer de nouvelles obligations juridiques internationales mais à préciser les conséquences découlant des normes et pratiques existantes pour les États et les entreprises; à intégrer ces normes et pratiques dans un seul modèle de portée globale qui soit logiquement cohérent; à recenser les cas où le régime en vigueur se montre insuffisant; et à voir comment il convient de l'améliorer. Chaque principe est assorti d'un commentaire qui en précise le sens et les incidences.»*

371 Dans ce sens, Hofstetter (note 340), p. 277. Comp. Association initiative multinationales, Rapport explicatif de l'initiative populaire fédérale «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement, p. 22 ss. (s'agissant des droits de l'homme internationalement reconnus) et p. 28 ss (s'agissant des normes sur l'environnement). (›https://initiative-multinationales.ch/wp-content/uploads/2018/05/20170912_Erläuterungen-FR.pdf›).

372 Comp. Flückiger (note 117), p. 319 qui traite ce cas de figure de norme semi-obligatoire.

Il ne s'agit pas là de remettre en question la légitimité de ces normes[373] ou le fait – à mon avis reconnu par les standards – que la responsabilité de protéger les droits de l'homme revient en première ligne aux Etats,[374] mais bien de plus de déterminer si ces normes avaient vocation à imposer des obligations aux entreprises et, plus encore, de constituer un chef de responsabilité civile pour les entreprises. En effet, bien souvent ces normes ont obtenu le soutien des différentes parties prenantes, parce qu'elles n'imposaient pas d'obligations mais appelaient seulement un soutien de principe non contraignant.[375]

A ce titre, la démarche devrait être plus subtile: plutôt qu'adopter en bloc les standards internationaux et en faire des principes obligatoires pour les entreprises, il aurait plutôt fallu mettre en œuvre ces standards dans le cadre du droit national et préciser les attentes concrètes que l'ordre juridique suisse formule à l'égard des entreprises.[376] Idéalement, cet exercice devrait se faire à l'échelle internationale afin de garantir une solution harmonieuse.[377] Puis, ces standards mis en œuvre en droit national, il aurait été opportun également de se poser la question de savoir si la responsabilité civile constitue le meilleur moyen d'assurer le respect de ces normes. Peut-être le droit des sociétés ou le droit commercial plus généralement aurait pu être mobilisé afin d'assurer la transparence sur les efforts en matière de vigilance pour le respect des principes ESG?[378] Peut-être qu'il aurait fait sens de donner plus de chance aux instruments de résolution des litiges mis en place dans le cadre d'initiative internationale comme le système des Points de compétence nationale mis en place dans le cadre des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales?[379] Si le recours à des normes contraignantes s'avérait inévitable, plutôt que de recourir à la responsabilité civile, un cadre de droit administratif ou, dans des cas particulièrement graves, de droit pénal aurait été plus approprié.[380]

---

373 Comp. Hofstetter (note 340), p. 277, qui remet en question le fait que les standards internationaux ne disposent pas de la légitimité démocratique d'une loi suisse.

374 Hofstetter (note 340), p. 277.

375 Bohrer (note 5), p. 277.

376 Voir Schenker (note 7), p. 647. Voir à ce titre Nations Unies, Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, 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, A/HRC/17/31, ch. 15: *«Les Principes directeurs ne sont pas conçus pour autant comme une boîte à outils, qu'il suffit de prendre sur l'étagère et d'utiliser aussitôt. Certes, ils sont en soi universellement applicables mais leurs modes d'application illustreront le fait que nous vivons dans un monde qui compte 192 Etats membres de l'ONU, 80 000 entreprises transnationales, 10 fois plus de filiales et des millions et des millions de firmes nationales, dont la plupart sont des petites et moyennes entreprises. Ainsi, au stade des moyens de mise en œuvre, aucune solution unique ne s'impose.»*

377 Böckli/Bühler (note 103), p. 23.

378 Voir Chabloz/Periard (note 327), p. 324.

379 Voir Bohrer (note 5), p. 274; Kaufmann (note 321), p. 744; Kaufmann (note 166), p. 332 s.

380 Les initiants reconnaissent toutefois que la responsabilité délictuelle constitue l'élément essentiel de leur projet, mais concèdent que l'initiative devra être mise en œuvre dans l'ensemble de

Sans aucun doute le vecteur choisi pour exprimer cette volonté politique, l'initiative populaire, est responsable de ce défaut: destinée à répondre à l'absence de volonté du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale de mettre en œuvre les Principes directeurs des Nations Unies qui a été ressentie par les initiants,[381] elle vise à fixer des jalons pour la procédure législative normale afin de limiter le pouvoir d'appréciation du législateur au sens formel. Autrement dit, les initiants ont essayé d'éviter de voir leur projet dilué voir détourné par l'administration fédérale, le Conseil fédéral ou le parlement.[382] Toutefois, le résultat final reste fondamentalement paradoxal: une tentative de rendre obligatoire des instruments qui avaient initialement revêtu une nature non contraignante afin d'obtenir l'adhésion du plus grand nombre. De l'autre côté, l'incapacité du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale de trouver une solution politiquement acceptable pousse les acteurs, de part et d'autre, vers une solution du tout ou rien, qui ne conduit pas à une réponse satisfaisante.

4. Contre-projet indirect

Sur le plan politique, la Conseil fédéral décida de recommander le rejet de l'initiative sans proposer de contre-projet direct ou indirect.[383] Le Conseil national décida, dans le cadre du projet de révision du droit de la société anonyme, de lui opposer un contre-projet indirect. Ce contre-projet se distinguait de l'Initiative principalement en ce qu'il limitait le cercle des normes constituant la base de l'obligation de diligence et atténuant l'étendue de la responsabilité pour les faits de sociétés contrôlées.[384] Ce contre-projet fut toutefois rejeté par le Conseil des Etats. Le Conseil fédéral intervint alors auprès du Conseil des Etats afin d'instaurer une obligation de rendre compte dans un rapport de durabilité sur le respect des droits humains et des normes environnementales sans pour autant imposer de nouvelles normes de responsabilité civile.[385] Ce contre-projet fut à

---

l'ordre juridique. Voir Association initiative multinationales, Rapport explicatif de l'initiative populaire fédérale «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement, p. 13 (‹https://initiative-multinationales.ch/wp-content/uploads/2018/05/20170912_Erläuterungen-FR.pdf›).

381 Association initiative multinationales, Rapport explicatif de l'initiative populaire fédérale «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement, p. 8 ss (‹https://initiative-multinationales.ch/wp-content/uploads/2018/05/20170912_Erläuterungen-FR.pdf›).

382 Voir, en tant que tel, le rapport explicatif de 59 pages préparés par les initiants qui explique que l'initiatve doit être mise en œuvre conformément à la volonté des initiants. Association initiative multinationales, Rapport explicatif de l'initiative populaire fédérale «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement, p. 16 (‹https://initiative-multinationales.ch/wp-content/uploads/2018/05/20170912_Erläuterungen-FR.pdf›).

383 Voir Message relatif à l'initiative populaire «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement» du 15 septembre 2017, FF 2017 5999, 6001.

384 Voir Hofstetter (note 340), p. 277; Kaufmann (note 166), p. 329 ss,

385 Voir Conseil fédéral, Communiqué: Les entreprises suisses appelées à rendre compte du respect des droits humains et des normes environnementales, 14 août 2019, (‹https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/news/2019/ref_2019-08-140.html›).

son tour refusé par le Conseil national. En fin de compte, les chambres sont parvenues à un accord sur proposition de la Conférence de conciliation.

a. Rapport sur les questions non financières

Le contre-projet propose maintenant à l'exemple du droit européen[386] d'imposer une obligation de transparence sous la forme d'un rapport non financier à toutes les sociétés d'intérêt public au sens de la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs du 16 décembre 2005,[387] c'est-à-dire les sociétés dont les actions sont cotées en bourse ou qui ont débitrice d'un emprunt par obligation et les sociétés importantes du groupe de l'art. 727 al. 1 let. c CO ainsi que les sociétés assujetties à la FINMA obligée de se soumettre à un audit par une société d'audit, qui, de plus, ont un effectif de 500 emplois à plein temps au moins en moyenne annuelle, ainsi que, une somme de bilan de plus de 20 millions de francs ou un chiffre d'affaires annuel de plus de 40 millions de francs.[388] Ce rapport doit rendre état des activités de l'entreprise et de l'ensemble des autres entreprises suisses ou étrangère qu'elle contrôle seule ou conjointement.

Ce rapport non financier rend compte des questions environnementales, notamment des objectifs en matière de CO_2, des questions sociales, des questions de personnel, du respect des droits de l'homme et de la lutte contre la corruption. Le rapport contient les informations qui sont nécessaires pour comprendre l'évolution des affaires, la performance et la situation de l'entreprise ainsi que les incidences de son activité sur ces questions.[389] Plus précisément ce rapport doit comprendre une description du modèle commercial[390] et des concepts appliqués pour assurer le respect des principes et la procédure de diligence mise en œuvre.[391] Ce rapport doit également comprendre une description des mesures prises en application de ces concepts et une évaluation de leur efficacité.[392] Par ailleurs, le rapport rend compte des principaux risques et la manière dont l'entreprise les gère.[393] Dans ce cadre, elle doit prendre en compte tant les risques qui découlent de son activité propre, mais aussi les risques, dans la mesure où cela s'avère pertinent et proportionné, de ses relations d'affaires, de ses produits ou de ses services.[394] Enfin, afin de répondre au besoin de

386 Voir Directive 2013/34/UE telle que modifiée par la directive 2014/95/UE. Voir généralement C. V.2.a.
387 Art. 2 let. c Loi sur la surveillance de la révision, LSR, SR 221.302.
388 Art. 964bis P-CO.
389 Art. 964ter al. 1 P-CO
390 Art. 964ter al. 2 ch. 1 P-CO
391 Art. 964ter al. 2 ch. 2 P-CO
392 Art. 964ter al. 2 ch. 3 P-CO
393 Art. 964ter al. 2 ch. 4 P-CO
394 Art. 964ter al. 2 ch. 4 lit. a et b P-CO

comparabilité, le rapport doit aussi comprendre des indicateurs clés de performance.[395]

De façon intéressante, le contre-projet permet aux entreprises de préparer leur rapport sur la base d'une réglementation nationale, européenne ou internationale, comme les principes directeurs de l'OCDE.[396] Il ne s'agit toutefois pas d'un cas de *substitute compliance*[397] en ce sens que le respect de ces normes ne libère pas des exigences du droit suisse. Au contraire, dans ce cas également le droit suisse doit être respecté le cas échéant en rédigeant un rapport supplémentaire.

Il convient néanmoins d'insister sur deux faits: le contre-projet n'impose en définitive pas d'obligation de respecter les droits de l'homme ou les normes sur l'environnement. Il s'agit d'un cas d'application du principe *comply or explain*. Si une entreprise n'entend pas appliquer de concept sur tout ou partie des principes ESG, elle peut le faire, mais elle doit alors intégrer dans son rapport une explication claire et motivée des raisons le justifiant.[398] Bien entendu, la menace est claire: avec le rapport les actionnaires, les parties prenantes et l'Etat ont un outil d'information leur permettant d'identifier les déviants. Si la norme n'est pas mise en œuvre volontairement, il est possible de prévoir qu'elle deviendra à terme obligatoire.

Le rapport sur les questions non financières doit être approuvé et signé par l'organe suprême de direction ou d'administration, c'est-à-dire le conseil d'administration d'une société anonyme, et approuvé par l'organe compétent pour l'approbation des comptes annuels, c'est-à-dire l'assemblée générale d'une société anonyme.[399] Il doit ensuite être publié électroniquement immédiatement après son approbation et rester accessible pendant au moins dix ans.[400] En revanche, il ne doit pas être contrôlé que ce soit dans le cadre d'un contrôle complet ou restreint.

b. Devoir de diligence et transparence en matière de minerais provenant de zone de conflits et de travail des enfants

Le contre-projet laisse une obligation de diligence qui comprend la chaîne d'approvisionnement pour les entreprises dont le siège, l'administration centrale ou l'établissement principal se trouve en Suisse si elles mettent en libre circulation ou traitent en Suisse *«des minerais ou des métaux constitués d'étain, de tantale, de tungstène ou d'or de zone de conflit et de haut risque»* ou si elles offrent des

395 Art. 964ter al. 2 ch. 5 P-CO

396 Art. 964ter al. 4 P-CO

397 Voir sur la *substitute compliance*, l'art. 95 LIMF. Voir généralement RASHID BAHAR, in: Rolf Watter/Rashid Bahar (éds) Basler Kommentar zum Finanzmarktaufsichtsgesetz/Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3e éd., Bâle 2019, art. 96 LIMF, N 1 ss.

398 Art. 964ter al. 5 P-CO.

399 Art. 964quater al. 1 P-CO.

400 Art. 964quater al. 2 P-CO.

biens ou des services, pour lesquels il existe un soupçon fondé de recours au travail des enfants.[401]

Ces obligations reprises en parties du droit européen[402] et inspirées par le droit américain[403] s'appliquent en principe à toutes les entreprises, peu importe qu'elles soient cotées ou non. En principe, il appartient dès lors – à raison – à toutes les entreprises petites ou grandes de se poser la question de savoir si leur chaine d'approvisionnement présente un soupçon fondé d'utilisation de minerais ou métaux issues de zone de conflits ou de recours au travail des enfants. Toutefois, le Conseil fédéral se voit à ce titre déléguer la compétence de déterminer les volumes annuels d'importations jusqu'auxquels les entreprises les entreprises sont libérées de leurs devoir de diligence et de rapport[404] De même, le Conseil fédéral peut aussi déterminer des conditions auxquelles les petites et moyennes entreprises sont libérées du risque d'examiner la présence de soupçon fondée de travail des enfants.[405]

Par ailleurs, le Conseil fédéral dispose également de la compétence d'exempter les sociétés du respect des normes du code des obligations dans ce domaine si elles respectent une réglementation internationalement reconnue et équivalente, comme les principes de l'OCDE.[406] Il s'agit là d'un véritable cas de *substitute compliance* qui libère intégralement du respect du droit suisse en cas d'application d'une norme équivalente.

Le devoir de diligence, appelé à être concrétisé par le Conseil fédéral sur la base des principes directeurs de l'OCDE,[407] comprend une obligation de mettre en place un système de gestion couvrant leur politique relative à la chaine d'approvisionnement que ce soit en lien avec les minerais provenant potentiellement de zone de conflits ou avec les biens et services pour lesquels un soupçon fondé de travail des enfants existe et un système qui permet d'établir la traçabilité de la chaîne d'approvisionnement.[408] Par ailleurs, les entreprises doivent également dans ce cadre identifier et évaluer les risques négatifs pouvant découler de leur chaîne d'approvisionnement et mettre en place un système de gestion des risques accompagnés de mesures destinées à minimiser ces risques.[409] Il s'agit là ainsi d'une norme particulière: l'obligation de diligence est imposée à

401 Art. 964*g* al. 1 ch. 1 et 2 P-CO.
402 Voir le Règlement (UE) 2017/821.
403 Voir § 1502 du Dodd- Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. No. 111–203 (July 21, 2010) mis en œuvre par Securities Exchange Commission, Exchange Release, No 34-67716 (November 16, 2012), (‹https://www.sec.gov/rules/final/2012/34-67716.pdf›).
404 Art. 964*g* al. 2 P-CO.
405 Art. 964*g* al. 3 P-CO.
406 Art. 964*g* al. 4 P-CO.
407 Art. 964*h* al. 4 P-CO.
408 Art. 964*h* al. 1 P-CO.
409 Art. 964*h* al. 2 P-CO.

l'entreprise par le droit privé à sans pour autant définir de créancier qui peut se prévaloir de ce devoir.

En réalité la mise en œuvre passe par d'autre mécanisme: ce régime, s'agissant des minerais de zone de conflits, sera accompagné d'une obligation de soumettre l'entreprise à la vérification par un expert indépendant.[410] En parallèle, la mise en œuvre des devoirs de diligence doit faire l'objet d'un rapport annuel soumis aux mêmes exigences quant à son approbation et sa publication que le rapport sur les questions non financières.[411] Le mécanisme de la transparence à l'attention des investisseurs et du public reprend dans ce domaine également le relai.

c. Sanction pénale

Les exigences de diligence et de transparence du contre-projet ne font pas l'objet de norme de responsabilité civile particulière. Cela ne signifie pas qu'elles sont sans effet: elles contribuent indirectement à faciliter la mise en œuvre d'une action en responsabilité civile contre une entreprise ayant violé ses obligations générales et commis de ce fait un acte illicite. En effet, en faisant la transparence sur les mesures prises (ou leur absence), ces rapports rendent la tâche d'un demandeur plus aisée sans pour autant modifier le régime de responsabilité civile.

Plus encore, le contre-projet prévoit de punir par une amende de 100 000 francs au plus, le fait de donner de fausses indications dans les rapports sur les questions non financières ou ceux sur les minerais de zone de conflits et le travail des enfants, l'omission de préparer un rapport ainsi que les obligations légales de conservation et de documentation liées à ces rapports[412]. La négligence est également punissable d'une amende de 50 000 francs au plus.[413]

V. Synthèse

En fin de compte, l'Etat s'est emparé désormais de la responsabilité sociétale des entreprises afin d'en faire un moyen de mise en œuvre des politiques publiques. Plutôt que d'intervenir par la réglementation prescriptive du droit administratif, il mobilise les entreprises afin qu'elles contribuent à la concrétisation du programme politique. Cette technique a certes l'avantage de la flexibilité et de l'efficacité: elle permet aux sociétés de choisir si elles entendent se soumettre à la norme, avec la promesse qu'elle sera lors mieux intégrée et respectée.

Le droit des sociétés cesse alors d'être un droit qui définit l'organisation de la personne morale pour devenir un moyen de mobiliser l'organisation afin

410 Art. 964*h* al. 3 P-CO.
411 Art. 964*i* P-CO.
412 Art. 325ter al. 1 P-CPS
413 Art. 325ter al. 2 P-CPS.

d'atteindre des objectifs politiques. Fondamentalement, il n'y a rien de choquant à cela: les entreprises, et les sociétés anonymes en particulier, ont un impact important sur notre société. Cet impact, elles le doivent en partie à l'Etat qui leur reconnaît dans le cadre du droit privé la personnalité morale et, plus généralement, une structure juridique qui leur permet de recueillir des capitaux du public grâce à des actions librement ou du moins aisément transmissibles. Dans ce contexte, l'appel à la responsabilité sociétale des entreprises prend une autre dimension: elle constitue un trait d'union entre l'intervention de l'Etat et la libre concurrence sur le marché. En renforçant le caractère pro-social des entreprises, l'Etat s'évite les coûts financiers et politiques d'une intervention plus directe. Il peut aussi agir de façon plus ciblée, en s'adressant aux plus larges entreprises son action devient plus effective. Cette approche molle permet aussi aux Etats de franchir les frontières et déployer une action globale.

La tendance était modeste en droit suisse jusqu'à récemment. Toutefois, dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme, nous avons désormais trois champs d'action où le recours à la responsabilité sociétale des entreprises se manifeste: tout d'abord, les normes sur la transparence sur les matières premières constituent la forme la plus simple de mobilisation du secteur privé et de la responsabilité sociétale. Ils obligent les entreprises à rendre compte dans un rapport public de leur activité, concrètement dans le contexte des industries extractives, les versements aux gouvernements. Cette transparence renforce d'une part l'effet disciplinant qu'exerce la réputation sur les entreprises concernée et, d'autre part, facilite l'intervention d'autres acteurs étatiques ou non gouvernementaux (journalistes et organisations non gouvernementales). En revanche, ces normes ne sont pas accompagnées de mécanisme de contrôle ou de mise en œuvre particuliers.

Les quotas féminins au sein du conseil d'administration et de la direction forment une seconde approche légèrement plus incisive: la règlementation exige que les grandes sociétés cotées remplissent des quotas de représentation des deux sexes au sein du conseil d'administration et de la direction. Toutefois, cette prescription n'est pas accompagnée d'une sanction au sens propre. Au contraire, le code des obligations applique une variante du principe *comply or explain* et demande aux entreprises qui n'atteignent pas le quota d'expliquer non seulement les raisons pour lesquelles l'objectif légal n'est pas rempli, mais aussi les mesures prises afin de promouvoir les mesures prises pour corriger le tir à l'avenir. Dans une perspective de politique législative, cette intervention légale se comprend comme une réaction à l'incapacité du secteur privé que ce soit à l'échelle des entreprises ou du secteur dans son ensemble d'adopter volontairement un mécanisme efficace afin de mettre en œuvre le mandat constitutionnel de l'art. 8 al. 3 Cst.

Le troisième exemple d'intervention étatique ajoute un degré de complexité à l'exercice: l'impulsion est venue cette fois non pas de l'exécutif fédéral, mais d'acteurs politiques mécontents de l'inaction du Conseil fédéral. C'est ainsi que

l'initiative populaire sur les multinationales responsables est venue imposer aux sociétés suisses de veiller au respect des droits de l'homme et des principes relatifs à la protection de l'environnement au sein des sociétés qu'elles contrôlent et même dans leurs rapports avec leurs fournisseurs. Plus encore, cette initiative demande un instrument pour fort afin de garantir l'effectivité des normes qu'elle prescrit: la responsabilité civile. Elle impose, s'inspirant du modèle de l'art. 55 CO, une responsabilité causale de la société mère pour les sociétés qu'elles contrôlent, mitigée par la possibilité offerte au défendeur d'apporter la preuve libératoire qu'elle a exercé la diligence requise en matière de respect des droits de l'homme et de protection de l'environnement, notion qui reste toutefois indéterminée. Ce faisant, cet instrument ne fait plus appel à la responsabilité sociétale des entreprises, mais franchit un seuil supplémentaire et impose de nouvelles obligations aux acteurs économiques.

La réponse de l'Assemblée fédérale sous la forme d'un contre-projet indirect, en revanche, continue à mobiliser activement les entreprises au service de la responsabilité sociétale des entreprises: sous réserve de deux questions très particulières, les minerais et métaux issus de zones de conflits et le travail des enfants où la loi prévoit des obligations de diligence, il fait avant tout appel à la transparence et demande aux grandes sociétés cotées et sociétés assujetties à un audit prudentiel de préparer un rapport non financier dans lequel elles rendent compte de leurs activités en matière de protection de l'environnement et de respect des droits de l'homme. Il ne demande pas aux entreprises de faire plus que ce que leur prescrit la loi, mais d'expliquer ce qu'elles font et, si elles ne font rien, de justifier ce choix. Le respect de ces obligations ne fait pas l'objet d'un contrôle par une société d'audit, mais le rapport devra être soumis à l'approbation de l'assemblée générale, qui a dans ce contexte une fonction avant tout symbolique. Toutefois, le contre-projet fait intervenir le droit pénal afin de sanctionner les fausses indications dans les rapports sur les questions non financières ou ceux sur les minerais de zone de conflits et le travail des enfants, l'omission de préparer un rapport ainsi que les obligations légales de conservation et de documentation relatives à ces rapports. Par ce biais, il prête le concours de l'Etat et du droit pénal afin de veiller à ce que les informations sur la responsabilité sociétale des entreprises soient fiables, mais laisse aux entreprises le choix de répondre ou non aux attentes de la communauté et aux parties prenantes d'en tirer les conséquences.

En définitive, la révision du droit de la société anonyme qui vient d'aboutir a conduit à un ancrage de la responsabilité sociétale des entreprises en droit positif suisse. Elle mobilise cet instrument afin de mettre en œuvre des politiques publiques diverses: la lutte contre la corruption, le renforcement de l'égalité entre les sexes ou encore le respect des droits de l'homme et la protection de l'environnement. Sans faire appel à la contrainte ou à une règlementation de droit public prescriptive dont le respect est surveillé par une autorité administrative, elle demande avant tout la transparence. Parfois, par exemple, dans le

contexte de la représentation féminine au sein du conseil d'administration et de la direction, elle formule des attentes concrètes. Parfois, elle se contente de demander des informations sur les mesures prises et des explications quant à l'absence de mesures. Cependant, dans tous les cas, elle ancre clairement une attente de l'Etat à l'égard du secteur privé de faire plus que respecter la loi et d'adopter un comportement socialement responsable.

E. Conclusion

Au terme de ce rapport, un constat s'impose: la responsabilité sociétale des entreprises est devenue une composante importante du droit de la société anonyme ou, plus généralement, du droit de l'entreprise. Peu importe que l'on adopte une approche *bottom up* ou au contraire une approche *top down*. D'un côté le droit de la société anonyme permet voire exige que les organes sociaux dans la poursuite du but lucratif prennent en compte la responsabilité sociétale de l'entreprise et fassent plus que «simplement» respecter la loi. Il leur permet de s'engager activement en faveur du bon fonctionnement de la communauté à laquelle la personne morale appartient et à qui elle doit son existence. De l'autre côté, l'Etat ne se limite pas à adopter des normes prescriptives. En lieu et place, il recourt à cet instrument dans la mise en œuvre des politiques publiques. A ce titre, il ne se contente pas de formuler un appel à la responsabilité sociétale des entreprises mais prête son concours afin de renforcer son effectivité.

Dans sa dimension libérale fondée sur l'autonomie de la volonté des personnes morales, la responsabilité sociétale des entreprises s'inscrit dans le pouvoir d'appréciation des organes. Les organes doivent en tenir compte dans la poursuite du but social ou au titre de leur devoir de diligence. Certes, les impératifs de la sécurité du droit et la *business judgment rule* dans sa concrétisation suisse permettent aux dirigeants de les intégrer tant dans leurs actes de représentation que dans le cadre de la gestion des affaires sociales. Cependant, ces mêmes arguments permettent aux dirigeants de les ignorer tant qu'ils agissent de bonne foi libre de conflits d'intérêts. Ce constat vaut d'autant plus que la responsabilité civile du droit de la société anonyme ne constitue pas un instrument efficace de mise en œuvre de ce devoir: hors faillite, la société et ses actionnaires peuvent intenter une action pour réparer un dommage qui est causé indirectement. Les autres parties prenantes n'ont pas leur voix au chapitre.

Dès lors, il faut plutôt se tourner vers les instruments sociaux et l'exercice du droit de vote. Ce phénomène a d'ailleurs pris de l'ampleur avec le développement des investisseurs institutionnels et la tendance croissante d'imposer à ces acteurs une obligation d'exercer les droits de vote. Toutefois, une étape supplémentaire devrait être franchie pour que les investisseurs prennent véritablement le relai: les investisseurs institutionnels devraient être intégrés dans le mouvement de la finance durable. En définitive, c'est la transparence qui impose la

contrainte la plus forte: les sociétés doivent se tenir aux règles auxquelles elles se soumettent volontairement et rendre compte de leurs actes. Le régime actuel est toutefois trop timide faute d'instruments destinés à garantir la fiabilité des informations.

C'est là que la dimension plus interventionniste qui sous-tend l'action de l'Etat dans le domaine de la responsabilité sociétale des entreprises prend le relai. Ce phénomène devient un moyen d'action de la collectivité publique afin de mettre en œuvre des politiques publiques sans avoir recours à des instruments contraignants. Plutôt que de se livrer à l'exercice coûteux de prescrire un comportement et surveiller le respect du cadre règlementaire par les administrés, l'Etat peut faire appel à l'aide des entreprises en les encourageant à adopter un comportement désirable. Les acteurs privés seront alors enclins à se soumettre à cette invective préférant une obligation souple et flexible à une obligation dure. Cette dynamique opère au mieux dans les interactions avec les grandes entreprises qui ont une réputation à perdre et ne peuvent pas espérer passer inaperçus. Par conséquent, il n'est pas surprenant que le recours à cet instrument est plus marqué pour mobiliser les grandes sociétés cotées.

D'un point de vue formel, les moyens de mise en œuvre des appels à la responsabilité sociale des entreprises sont devenus plus nombreux: certes, il s'agit avant tout d'un renforcement des normes de transparence afin que les entreprises rendent compte non seulement aux actionnaires mais au public. Toutefois, l'exigence de transparence ne reste pas entièrement neutre: les entreprises restent libres de suivre ou non les normes propagées dans ce cadre, mais doivent accepter de voir leur choix passer en revue et même justifier leurs actes s'ils ne remplissent pas les attentes de l'Etat. De plus, cette intégration dans l'information sur les entreprises a pour effet que la société ne peut pas se contenter de paroles en l'air. En effet, la crédibilité de l'information est renforcée de façon croissante par des instruments de contrôle externe par l'organe de révision, voire des sanctions pénales dans le cadre du contre-projet indirect à l'initiative sur les multinationales responsables.

De ce fait, le droit des sociétés devient politique. Certains pourront, avec nostalgie, regretter ce développement. A mon avis, ce phénomène n'est en réalité ni nouveau ni étranger au système. En effet, cela fait longtemps que le droit des sociétés est influencé par la politique: ce n'est pas un hasard que la codétermination s'est développée en Allemagne pendant l'après-guerre, pas plus que le fait que l'*enlightened shareholder value* ait vu le jour au Royaume Uni au début du millénaire. Autrement dit, le libéralisme dont fait preuve le droit suisse des sociétés n'est pas apolitique, mais le reflet des tendances politiques qui ont marqué notre ordre juridique au cours des dernières décennies. Plus fondamentalement, il ne faut pas s'étonner que l'ordre juridique prescrive aux sociétés et leurs organes une responsabilité de soutenir et renforcer les valeurs éthiques et morales de la communauté à laquelle elles appartiennent. Au contraire, il est légitime que l'ordre juridique demande à la personne morale, qui lui doit son exi-

stence, de le soutenir dans le cadre de sa responsabilité sociétale des entreprises.

C'est pourquoi le phénomène n'est pas isolé, mais une question qui est appelée à se développer dans le futur afin de mieux intégrer la société anonyme dans la communauté politique. Pour l'ordre juridique se pose alors plutôt la question de savoir quand est-ce qu'il est opportun et légitime d'avoir recours à cet instrument plutôt qu'à un autre. Pour le droit des sociétés, la question plus importante est celle de savoir si le champ d'application choisi par la loi est opportun: d'une part, se pose la question de savoir si le critère de rattachement à la société est justifié. D'autre part, il reste nécessaire de déterminer si le choix de soumettre certaines entreprises à ces exigences à raison de leur recours au marché du capital, le nombre d'employés qu'ils occupent, leurs actifs ou encore leur chiffre d'affaires motivé par des soucis d'efficience et de proportionnalité ne constitue pas une distorsion de la concurrence qui peut s'avérer contre-productif.