



Chapitre de livre

2019

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La gestion sociale et environnementale, un devoir des dirigeants sociaux

Petitpierre-Sauvain, Anne

How to cite

PETITPIERRE-SAUVAIN, Anne. La gestion sociale et environnementale, un devoir des dirigeants sociaux. In: Vers les sommets du droit : Liber amicorum pour Henry Peter. Rita Trigo Trindade, Rashid Bahar et Giulia Neri-Castrane (Ed.). Genève : Schulthess éditions romandes, 2019. p. 427–441. (Collection genevoise. Recueils de textes)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:146530>

La gestion sociale et environnementale, un devoir des dirigeants sociaux

Sommaire	Page
Introduction	428
I. Valeur sociétale et valeur actionnariale.....	429
II. L'objectif de développement durable et les entreprises commerciales.....	429
A. Le développement durable.....	430
B. La gestion durable.....	431
C. L'investissement durable.....	432
III. La responsabilité de l'entreprise.....	433
A. La responsabilité de l'entreprise envers des tiers	434
B. La responsabilité envers les investisseurs	435
1. Les droits des actionnaires.....	435
2. Le dommage potentiellement subi par l'investisseur.....	436
C. L'entreprise responsable - les groupes de sociétés.....	438
Conclusion.....	438
Bibliographie	440

* Professeure honoraire à l'Université de Genève.

Introduction

La responsabilité sociale et environnementale, la gestion durable, la création de valeur partagée, l'audit environnemental, le management environnemental, une série de notions plus descriptives que juridiques (ESG, CSR, SME),¹ mais parfois traduites en instruments législatifs (EMAS, SVA)² ou en objectifs généraux comme ceux de développement durable des Nations Unies,³ ont fait leur entrée dans la vie des sociétés commerciales. La portée juridique pour les entreprises et leurs dirigeants de ce type d'information demeure un objet de débat, mais la prise en compte des facteurs sociaux et environnementaux constitue d'ores et déjà un devoir des dirigeants sociaux.

Pour apprécier la portée de ce devoir, il faut se référer à quelques notions décisives pour la définition des responsabilités des sociétés et dans les sociétés. Au premier rang on trouve la querelle entre les tenants d'une responsabilité des entreprises envers la société au sens le plus large et ceux pour qui une entreprise ne serait qu'une « pompe à phynance » pour les actionnaires, soit, entre les promoteurs de la valeur sociétale et ceux de la valeur actionnariale. Les valeurs sociétales sont liées à une conception du rôle des entreprises dans la société (prise en compte de différents « stakeholders »⁴ tels qu'employés, consommateurs, communautés de proximité), mais aussi à une analyse des intérêts à court ou à long terme des investisseurs et à la durabilité de l'activité sociale. Un second problème concerne l'identification des sociétés concernées, soit, la définition des responsabilités dans les groupes de sociétés, et les intérêts protégés par cette responsabilité : ceux des actionnaires (respectivement des investisseurs) ou ceux des créanciers (respectivement de tiers lésés).

¹ Par exemple : « *L'acronyme ESG (Environnemental, Social et Gouvernance) désigne les principales considérations non financières que les investisseurs peuvent intégrer dans leur processus d'investissement* » (<https://www.ubp.com/fr/lexique-classe-dactifs/esg>) ; PETER, HENRY / JACQUEMET, GUILLAUME, p. 1027 ss.

² Système communautaire de management environnemental et d'audit, établi dans l'UE par un règlement du Parlement et du Conseil, dernière version modifiée le 25 novembre 2009 n° 1221/2009 (JO 22.12.2009, L 342/1) ; Social Value Act (UK) 2012.

³ <https://www.un.org/sustainabledevelopment/fr/objectifs-de-developpement-durable>; ou des organisations directement orientées vers les sociétés commerciales comme « Business for Social Responsibility » (<https://www.bsr.org/fr>).

⁴ Selon la traduction la plus courante, il s'agit des « parties prenantes » à une décision, une orientation politique ou un projet, ce qui, dans le cas des entreprises regroupe un ensemble d'acteurs, individuels ou collectifs activement ou passivement concernés ou affectés par l'activité sociale (voir par exemple la définition d'ActuFinance, site d'actualité financière : <http://definition.actufinance.fr/stakeholders-849>).

I. Valeur sociétale et valeur actionnariale

La prise en compte d'intérêts divers, mais également légitimes, dans la gestion des sociétés a fait l'objet de débats de longue date. Il s'est longtemps agi de déterminer quelle était la portée du droit de l'actionnaire individuel à la distribution d'un bénéfice par rapport au développement à long terme de l'activité sociale, avec la prise en compte des intérêts des collaborateurs ou de la collectivité locale. De l'avis du Tribunal fédéral, le droit de l'actionnaire n'est pas violé si la société poursuit, pour des motifs objectifs, une politique commerciale ne rapportant des bénéfices qu'à long terme.⁵ Cette question a pris une dimension nouvelle avec la reconnaissance de l'importance des acteurs économiques, et en particulier des entreprises commerciales, dans la réalisation de l'objectif de développement durable.⁶ Cette reconnaissance a amené, d'une part, les entreprises à recourir à des méthodes de gestion basées sur les principes de durabilité, et, d'autre part, les investisseurs (et le secteur financier en général) à la recherche de produits qui prennent en compte les problèmes environnementaux et les facteurs sociaux.⁷

II. L'objectif de développement durable et les entreprises commerciales

Les « parties prenantes » à l'activité sociale dont les intérêts sont évoqués dans le cadre des systèmes de gestions environnementales et sociales sont en grande partie les mêmes que ceux qu'intègre le développement durable dans la décision économique : les communautés locales touchées par les retombées économiques ou environnementales de l'activité sociale, les collaborateurs ou sous-traitants de l'entreprise qui en dépendent pour leur survie économique, les consommateurs

⁵ ATF 100 II 382, avec références ; voir ég. le chapitre consacré aux controverses doctrinales sur ce sujet par FORSTMOSER, PETER / MEIER-HAYOZ, ARTHUR / NOBEL, PETER, §3, N 11-28 ; sur la distinction entre le caractère commercial (recherche d'un profit) qui constitue un droit absolu de l'actionnaire et le droit à la distribution du bénéfice, susceptible d'être limité : RUEDIN, ROLAND, p. 323.

⁶ Sur cette notion, PETITPIERRE SAUVAIN, ANNE, Que fait le développement durable dans la constitution fédérale ? p. 553 ss ; FAVRE, ANNE-CHRISTINE, p. 85 ss.

⁷ BÜRGENMEIER, BEAT, Investissement socialement responsable : un instrument du développement durable, p. 87 ss.

ou les investisseurs.⁸ Le développement durable inclut en outre la prise en compte des intérêts des générations futures que l'entreprise ne peut intégrer que par le maintien de certaines conditions sociales et, surtout, par une gestion appropriée des ressources naturelles.

Le développement durable n'est pas la seule notion faisant une synthèse entre l'activité économique et des considérations de nature environnementales et sociales. Les sociétés commerciales recourent souvent à des concepts tels que la « création de valeur partagée »⁹ qui évitent l'usage d'une notion trop clairement définie sur le plan économique et juridique.¹⁰ Le développement durable n'en demeure pas moins la notion la plus précise pour indiquer un changement fondamental dans l'approche économique, à la différence d'une prise en compte des retombées externes (ou externalités) de cette activité.¹¹

A. Le développement durable

Le développement durable a trait à l'utilisation des ressources naturelles, au sens le plus large du terme¹² en faisant appel moins à leur exploitation accrue qu'à l'amélioration du rendement de leur utilisation. Cette conception, à l'origine relative au rapport entre environnement et développement,¹³ a été étendue au domaine de la gestion des entreprises. En particulier, de nombreuses multinationales se réfèrent aujourd'hui au « Global Compact » des Nations Unies dont elles acceptent les dix principes directeurs issus de la Déclaration universelle

⁸ BEAT BÜRGENMEIER (Economie du développement durable, p. 42 ss) souligne toutefois les insuffisances du marché dans ce domaine qui nécessitent des interventions correctrices de l'Etat.

⁹ Sur la notion de « Shared value » voir : FORSTMOSER, PETER, Corporate Social Responsibility, ein (neues) Rechtspflicht für Publikumsgesellschaften, p. 158-162 ; pour Nestlé, la création de valeur partagée inclut « *trois ambitions globales pour nous aider à atteindre nos engagements 2020 ainsi que les Objectifs de développement durable des Nations-Unies* », afin de contribuer à un avenir plus sain et protéger les ressources pour les générations futures (Rapport annuel, sur <https://www.nestle.ch/fr/engagement>).

¹⁰ La notion de développement durable a fait son entrée dans de nombreuses législations et s'est constitutionnalisée dans de nombreux pays : PETITPIERRE SAUVAIN, ANNE, Fondements écologiques de l'ordre constitutionnel suisse, § 36 ; pour une vision globale des constitutions européennes : PRIEUR, MICHEL, p. 21 ss.

¹¹ Comme l'explique BÜRGENMEIER, BEAT, (note 8), p. 16.

¹² PETITPIERRE SAUVAIN, ANNE, articles en ligne sur : archive-ouverte.unige.ch/unige:88387 ; ég. FAVRE, ANNE-CHRISTINE, (note 6), p. 88 ss.

¹³ Voir : « Notre avenir à tous », édition française, 1988 ; ég. la Stratégie du Conseil fédéral pour un développement durable en Suisse, OFEFP, 1997 ; PETITPIERRE SAUVAIN, ANNE, (note 10) §36.

des droits de l'homme, de la Déclaration de l'Organisation internationale du Travail relative aux principes et droits fondamentaux au travail, de la Convention des Nations Unies contre la corruption et de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (comprenant le Principe de développement durable).¹⁴ Qualifié d'« appel » aux sociétés en faveur de la poursuite de buts sociétaux, mais aussi pour qu'elles s'inspirent de ces principes dans leur activité sociale, il suppose un « engagement » de l'entreprise qui l'approuve en faveur d'une gestion durable.¹⁵

B. La gestion durable

La gestion durable concerne en premier lieu l'impact environnemental dans son double aspect de gestion des ressources et de gestion des risques.¹⁶ La législation suisse sur l'environnement contient des dispositions fixant des objectifs de conformité environnementale qui laissent aux entreprises le soin de définir les modalités de leur réalisation.¹⁷ Les objectifs ainsi fixés relèvent de l'exécution de la loi, mais l'entreprise peut s'engager volontairement dans un processus de « gestion (ou : « management ») environnemental(e) » (art. 43a LPE) d'autoévaluation et de fixation d'objectifs visant à améliorer sa "performance environnementale", en particulier par une gestion plus conservatrice des ressources naturelles et par une limitation des risques allant au-delà des contraintes de la loi ou des règles usuelles à la branche. L'art. 43a LPE ne précise pas la notion de « management environnemental », mais constitue une base légale

¹⁴ Les sociétés devraient aligner leurs stratégies et leurs opérations sur les principes universels des droits de l'homme, du droit du travail, de la protection de l'environnement et de la lutte contre la corruption : <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>; voir ég. FAVRE, ANNE-CHRISTINE (note 9), p. 91-95 ; d'autres initiatives sont mentionnées par POMADE, ADÉLIE, p. 176.

¹⁵ Voir, par exemple, les lignes directrices de Novartis en matière de droits humains : "*We respect and support the protection of human rights, as enshrined in the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) [...] We are also committed to upholding the core labor standards set out by the International Labor Organization (ILO). Since 2001 Novartis is a signatory of the UN Global Compact, endorsing the 10 universal principles covering human rights, labor, the environment and anti-corruption*" (www.novartis.com/sites/www.novartis.com/files/novartis-human-rights-guideline.pdf).

¹⁶ THIEFFRY, PATRICK, (p. 545) décrit l'objectif de développement durable comme « clairement inscrit dans les gènes du droit de l'environnement » ; PETITPIERRE SAUVAIN, ANNE, Droit de l'environnement, p. 5.

¹⁷ FAVRE, ANNE-CHRISTINE, (note 6), p. 101 ss ; PETITPIERRE SAUVAIN, ANNE, La responsabilité environnementale de l'entreprise, Droit des sociétés, Mélange en l'honneur de Roland Ruedin, 2006, p. 127 ss.

pour des « prescriptions » du Conseil fédéral sur « un système volontaire d'évaluation et d'amélioration des résultats de l'entreprise en matière de protection de l'environnement », que le Conseil fédéral s'est abstenu de définir, car, selon lui, des systèmes de ce type étaient disponibles sur le marché. A la différence de l'art. 43a LPE, le règlement européen sur le « management environnemental » (EMAS) se réfère expressément au développement durable.¹⁸

La gestion environnementale au sens le plus large est un moyen d'éviter des risques sociaux (épuisement de ressources naturelles, atteinte irréversible à la qualité de certains éléments de l'environnement tels que l'eau, l'air, le sol, raréfaction de l'énergie, changements climatiques, accumulation de déchets ou de produits toxiques) qui peuvent être pour l'entreprise source de coûts additionnels, de pertes de profit ou de dégâts d'image. L'intérêt à l'égard des « stakeholders » correspond ici à l'intérêt à long terme de l'entreprise et de ses actionnaires, rejoignant ainsi l'argumentation « classique » qui veut que, la recherche de bénéfice étant admise, sa distribution immédiate peut légitimement être subordonnée à des intérêts à long terme.¹⁹

C. L'investissement durable

Lorsque l'entreprise s'engage dans un processus de gestion sociale et environnementale pour attirer des investisseurs désireux de placements durables, la valeur « sociétale » rejoint la valeur « actionnariale ». Actuellement, ce type d'investisseurs tend à augmenter au point de définir un véritable marché de l'investissement durable,²⁰ qui intéresse en particulier les investisseurs institutionnels.²¹ Pour être présents sur un tel marché, les émetteurs doivent

¹⁸ Selon ses objectifs il est « *un instrument important du plan d'action pour une consommation et une production durables et pour une politique industrielle durable* » et définit précisément le système de management environnemental comme « *la partie du système global de management qui comprend la structure organisationnelle, les activités de planification, les responsabilités, les pratiques, les procédures, les procédés et les ressources nécessaires pour développer, mettre en œuvre, réaliser, analyser et maintenir la politique environnementale, ainsi que pour gérer les aspects environnementaux* ».

¹⁹ ATF 100 II 382 ; RUEDIN, ROLAND, (note 5), p. 323-4.

²⁰ Rapport annuel publié par la revue Environmental Finance sur le marché des « green bonds » (obligations vertes réparties en « green bonds », « social bonds » et « sustainability bonds ») : Environmental Finance, Sustainable Bonds Insight 2019, disponible sur www.environmental-finance.com ; sur la possibilité de créer des « actions de fidélité » (durables), FORSTMOSER, PETER, (note 9), p. 175.

²¹ BÜRGENMEIER, BEAT (note 7), p. 93 ss ; site de la Fondation Ethos qui regroupe des fonds de pension dans leur rôle d'investisseurs : « *Ethos propose quatre lignes de prestations*

définir les critères d'un investissement durable et démontrer l'adéquation de leur activité avec ces critères,²² en particulier ceux éthiques et écologiques également déterminants dans les systèmes de gestion sociale et environnementale.²³

L'investissement durable implique d'autre part une analyse spécifique des risques auxquels l'entreprise est exposée, en particulier dans le domaine environnemental. Cette dernière exigence n'est toutefois pas limitée aux émetteurs de titres « verts ». Il n'est plus envisageable au regard de l'évolution des enjeux environnementaux qu'une entreprise puisse négliger les risques de cette nature, à plus forte raison lorsqu'elle se finance auprès du public. Tel est le cas en particulier pour les risques liés aux changements climatiques dont l'ampleur au niveau des opérateurs économique est encore souvent sous-estimée.²⁴

III. La responsabilité de l'entreprise

La contribution des entreprises à l'objectif de développement durable par l'adoption de méthodes de gestion environnementale est un processus volontaire. Il s'agit en premier lieu d'un instrument de gestion interne. Ainsi, les « déclarations environnementales » que doivent périodiquement produire ces entreprises ne sont que l'évaluation du degré de réalisation de leurs objectifs.²⁵

entièrement dédiées à l'investissement socialement responsable et à la promotion du développement durable dans la finance » (<https://ethosfund.ch/fr>).

²² Environmental Finance identifie en 2018 des « sustainable bonds » d'une valeur globale de 70 milliards de dollars qui seraient en adéquation avec les objectifs de développement durable des Nations Unies (<https://www.un.org/sustainabledevelopment/fr>), dont 34% s'y référant expressément : Environmental Finance, Sustainable Bonds Insight 2019, p. 18.

²³ Les Principes d'investissement responsable (PRI) (www.unpri.org/investor-tools), une initiative commune au Programme de Nations Unies sur l'environnement et au « Global Compact » réalisée en collaboration avec des milieux d'investisseurs, se réfèrent expressément aux systèmes de gouvernance sociale et environnementale (ESG) ; ég. les « engagements » de Novartis à l'égard des investisseurs : « *We aim for sustainable performance over time to benefit patients, employees, shareholders and society. Solid financial results and maintaining the trust of society underpin our ability to create value* » : www.novartis.com/investors.

²⁴ Voir par exemple, les propos du Gouverneur de la Banque d'Angleterre rapportés par Environmental Finance : <https://www.environmental-finance.com/content/news>, daté du 21 mars 2019), ou le rapport du fonds d'investissement « BlackRock » : www.environmental-finance.com/content/news, daté du 4 avril 2019.

²⁵ FAVRE, ANNE-CHRISTINE, (note 6), p. 105-106 et les auteurs cités ; PETTPIERRE SAUVAIN, ANNE, (note 17), p. 130 ss, 138.

Elles n'engagent leur responsabilité que si elles ne respectent pas les règles (même volontairement définies) que la loi leur impose d'adopter.²⁶

Une politique de gestion « durable » ou un système de gestion environnementale et sociale peut, à l'inverse, constituer un élément positif, en faveur de l'entreprise, dans ses rapports avec l'Etat, ses clients, ses investisseurs et les tiers affectés par son activité. Elle peut constituer une condition d'octroi d'un contrat ou d'une aide publique, ou encore démontrer l'absence de faute en cas de dommage causé à des tiers.²⁷

A. La responsabilité de l'entreprise envers des tiers

En soi, l'absence de conformité d'un comportement de l'entreprise avec des valeurs « partagées » prenant en compte les intérêts de « stakeholders » externes au cercle des actionnaires n'est pas directement une source de responsabilité.²⁸ Toutefois, en négligeant ces intérêts dûment identifiés l'entreprise peut porter atteinte à un bien juridiquement protégé. Tel est le cas pour les violations de droits humains fondamentaux définis par le Global Compact ou pour les droits sociaux qu'il érige en principes de droit du travail.²⁹ Les systèmes de gestion sociale et environnementale se réfèrent très largement à ces devoirs généraux qui, tels le respect des droits de l'homme, s'imposent à tous.³⁰ Indépendamment de l'adoption de codes de conduite plus ou moins contraignants, la participation à une violation de droits fondamentaux (en particulier en matière de travail forcé ou d'atteintes graves à l'environnement) constitue un acte illicite au sens de l'art. 41 CO. Il en va de même pour l'omission de mesures destinées à la protection de

²⁶ Sur cette responsabilité : ROMY, ISABELLE / BRAHIER, JEAN-MICHEL, *Commentaire LPE*, n°64 ss ad art. 10 ; DUPONT, ANNE-SYLVE, *Commentaire LPE*, n° 12 ad art. 59a.

²⁷ Sur la prise en compte dans les marchés publics, voir FAVRE, ANNE-CHRISTINE, (note 6), p. 106-9 ; SUBILIA-ROUGE, LILIANE, *Commentaire LPE*, n° 65-72 ad art. 43a ; PETITPIERRE SAUVAIN, ANNE, (note 17), p. 138, 148.

²⁸ FAVRE, ANNE-CHRISTINE, (note 6), p. 104-106.

²⁹ Principes 3, 4, 5 et 6 : liberté d'association et droit aux négociations collectives du travail, élimination de toute forme de travail forcé et de travail des enfants, ainsi que de toute forme de discrimination à l'emploi.

³⁰ Pour FORSTMOSER, PETER (Schutz der Menschenrechte – eine Pflicht für multinationale Unternehmen ?) la protection des droits de l'homme et des activités syndicales serait un devoir des multinationales là où les Etats n'assument pas leur responsabilité (p. 712-13) ; pour un examen général du devoir de diligence relatif aux droits de l'homme et à l'environnement, KAUFMANN, CHRISTINE, p. 967 ss.

tiers par celui que les circonstances désignent comme tenu de veiller à la sécurité des victimes potentielles.³¹

B. La responsabilité envers les investisseurs

La simple adoption de modes de gestion « durables » ou de systèmes de « management environnementaux » volontaires (RSE, ESG, EMAS, certifications environnementales, sociales ou de bonne gouvernance) pourra avoir une influence sur la responsabilité des entreprises, si les mesures prises apparaissent comme des engagements ou si elles ont suscité chez un tiers un comportement qui s'est avéré dommageable pour lui. Tel peut être le cas lorsque l'entreprise noue des rapports contractuels avec les consommateurs ou ses collaborateurs, mais surtout dans ses rapports avec les investisseurs.

1. Les droits des actionnaires

La situation des investisseurs est particulière dans la mesure où ils peuvent fonder des droits sur la responsabilité des dirigeants sociaux. En soi, le fait d'acquérir un titre sur un marché organisé ne confère, certes, pas des droits particuliers à l'investisseur. La bourse suisse, par exemple, ne prévoit aucune action directe des investisseurs, mais seulement des règles disciplinaires, à l'encontre des sociétés émettrices qui ne respectent pas leurs engagements lors de la mise sur le marché. En revanche, le droit des sociétés prévoit une responsabilité des fondateurs et des dirigeants sociaux en cas de violation de leurs devoirs généraux (art. 752 et 754 CO). Les conditions de la responsabilité des fondateurs ne s'appliqueront toutefois que très rarement à des situations mettant en cause le respect de critères de durabilité car elle découle d'informations inexacts, trompeuses ou non conformes aux exigences légales figurant dans les prospectus d'émissions.³² Les actionnaires disposent en revanche du droit de demander réparation du dommage que leur cause la politique menée par les dirigeants sociaux qui violent leurs devoirs.³³ Le dommage qui en résulte affectera en premier lieu la société,

³¹ Voir en particulier l'affaire Nestlé, commentée par FORSTMOSER, PETER (note 30), et celles commentées par BUENO, NICOLAS, p. 1015 ; sur la prévention des violations des droits de l'homme, SAVOLAINEN, SYLVAIN / PASCHOUD, GÉRARD, p. 491 ss ; pour la responsabilité par omission de mesures, voir les ATF 93 II 89, 103 II 240, 112 Ib 322, 126 II 63, 126 III 113.

³² Voir : VON BÜREN, ROLAND / STOFFEL, WALTER / WEBER, ROLF, N 1205 ss pour les conditions d'application de l'art. 752 CO.

³³ Les porteurs de titres de créance disposent des mêmes droits, mais leurs conditions d'exercices les rendent très largement inopérants dans cette optique, car ils ne peuvent agir qu'en cas d'insolvabilité de la société : *ibidem*, N 1273.

mais l'actionnaire peut également faire valoir un dommage dit « direct », s'il se fonde sur la violation d'une règle le protégeant exclusivement, d'une violation de la confiance ou d'une *culpa in contrahendo*.³⁴

2. Le dommage potentiellement subi par l'investisseur

L'adoption d'un système de gestion sociale et environnementale (ESG, RSE, CSR) ne constitue en soi, ni une modification du but social, ni un abandon du caractère commercial d'une société.³⁵ Elle n'entraîne en principe, ni vote formel de l'assemblée générale, ni conséquence statutaire. Elle fera en revanche inévitablement l'objet de mesures figurant au rapport de gestion et aura un impact sur les comptes sociaux.³⁶ L'investisseur souhaitant un investissement durable acceptera donc un mode de gestion qui ne donne pas la priorité à la valeur actionnariale, mais admet que la création de valeur sociétale fait partie de son objectif de placement.³⁷ Il n'en va pas de même pour l'investisseur dont l'objectif se limiterait au rendement financier de son placement. On doit donc définir quels sont sur cette question les devoirs des dirigeants sociaux.

a) Les devoirs des dirigeants sociaux

L'art. 754 CO base la responsabilité des dirigeants sociaux sur des manquements à leurs « devoirs ». ³⁸ Selon l'art. 717 al. 1 CO ils doivent gérer l'entreprise « avec toute la diligence nécessaire » et veiller « fidèlement aux intérêts de la société ». La concrétisation de ces devoirs évolue avec l'évolution de la société. Une entreprise ne peut aujourd'hui ignorer que son activité a un impact social et

³⁴ *Ibidem*, N 1253-1260, pour les détails et les limites de cette action.

³⁵ Il faut se garder de confondre le droit au maintien du caractère commercial avec le but de la société, défini par les statuts et critère de conformité de l'activité sociale ; voir ég. sur cette question : RUEDIN, ROLAND (note 5), p. 323.

³⁶ Les processus de certification dans ce domaine sont coûteux et comportent des réorganisations de l'entreprise ; voir, par exemple, l'adoption du système EMAS selon le « Guide de l'utilisateur présentant les étapes nécessaires pour participer à l'EMAS conformément au règlement (CE) no 1221/2009 » (JO L 076 du 19.3.2013), ou la certification ISO (privée) 26000 sur la Responsabilité sociétale : <https://www.iso.org/fr/iso-26000-social-responsibility.html>.

³⁷ Les sociétés concernées insistent sur le fait que la création de « valeur partagée » n'est pas une « idée philanthropique » ou « une prestation complémentaire », mais constitue un élément fondamental de leur stratégie d'affaires de sorte que leur succès repose sur la création d'une valeur combinée, sociétale et actionnariale : « une entreprise doit créer de la valeur pour ses actionnaires et pour la société » (<https://www.nestle.ch/fr/engagement/csv>).

³⁸ Sur les conditions de la responsabilité : VON BÜREN, ROLAND / STOFFEL, WALTER / WEBER, ROLF, (note 32), N 1224 ss ; RUEDIN, ROLAND (note 5), p. 325.

environnemental, que ce soit localement et de façon limitée, ou dans un contexte multinational.³⁹ On peut traduire cette évolution par la priorité donnée aux intérêts à long terme de l'entreprise sur les considérations financières à court terme. Ainsi se concrétise le devoir de fidélité,⁴⁰ mais aussi le devoir de diligence qui porte en particulier sur la prise de risques. L'identification des risques auxquels la société est exposée ne peut donc plus se limiter aux risques financiers. Le domaine environnemental en particulier est sans doute beaucoup plus exposé aux risques que ne le révèlent bien des rapports annuels ou comptes des sociétés commerciales. Il apparaît donc que des obligations de « durabilité » sont partie intégrante des devoirs légaux des dirigeants sociaux, même en l'absence de système de gestion sociale et environnementale. A plus forte raison en présence d'un tel système, même volontairement adopté.⁴¹ Le devoir de diligence, en particulier, portera dans ce dernier cas sur l'application des engagements pris.

b) Le dommage subi

La reconnaissance d'une obligation de « durabilité » intrinsèque à l'activité économique des entreprises a pour conséquence qu'on ne peut considérer l'abandon d'une rentabilité à court terme comme étant en soi une source de dommage pour la société. Pour l'investisseur à la recherche d'un profit immédiat, il n'y aura pas non plus de dommage direct, puisqu'il ne peut se prévaloir d'une règle le protégeant exclusivement, ou d'une assurance contraire qui lui aurait été donnée. A l'inverse, l'investisseur « durable » pourrait subir un dommage direct par l'abandon d'une politique de responsabilité sociale et environnementale qui entraînerait une baisse de valeur de ses actions. A plus long terme, toutefois, une telle politique sera également nuisible à la société, en particulier lorsqu'elle comporte une sous-évaluation des risques.⁴² L'analyse des dommages que peut subir la société et de ceux que les actionnaires pourraient invoquer montre que c'est dans une politique à court terme de priorité au rendement actionnarial que réside avant tout le risque de responsabilité des dirigeants.

³⁹ PETER, HENRY / JACQUEMET, GUILLAUME, (note 1), p. 1027-8 ; RUEDIN, ROLAND (note 5), p. 324.

⁴⁰ ROLAND RUEDIN intègre dans le devoir de fidélité des dirigeants celui d'éviter la poursuite d'activité préjudiciables à l'environnement, même rentables à court terme (note 5), p. 325.

⁴¹ HENRY PETER et GUILLAUME JACQUEMET parviennent à cette conclusion à partir des informations publiées par les sociétés multinationales elles-mêmes (note 1), p. 1037.

⁴² Certains auteurs préconisent dans le domaine environnemental un « droit des risques » qui remplacerait le droit des dommages (MARTIN DA CRUZ, BRANCA, p. 331 ss, 343).

C. L'entreprise responsable – les groupes de sociétés

Une initiative actuellement en discussion sur les « Entreprises responsables »⁴³ a porté le débat sur la responsabilité des entreprises multinationales dans la violation des droits de l'homme et de l'environnement sur les actes commis hors de Suisse par des entreprises contrôlées depuis la Suisse. En premier lieu la question se pose toutefois très directement à chaque société sur le territoire de son siège et c'est dans ce contexte que la définition des devoirs des dirigeants sociaux est primordiale. Mais ces devoirs ne changent pas de nature si l'entreprise agit par l'intermédiaire d'entités sur lesquelles elle a une influence mais qui sont soumises un statut juridique différent. Si une entreprise soumise au droit suisse doit être gérée de façon « durable », il serait surprenant qu'elle exerce son influence dans une société tierce de façon à obtenir un résultat non durable. Les dirigeants sociaux exerceraient dans un tel cas les droits de la société dans une entreprise tierce en contradiction avec leurs obligations de fidélité et de diligence.

Cette question remet toutefois à l'ordre du jour celle de la responsabilité dans les groupes de sociétés que le législateur suisse a toujours su éviter de résoudre, sans pour autant éliminer les difficultés qu'elle suscite. Pour la définition des devoirs des dirigeants d'un groupe de sociétés on peut néanmoins se référer aux conditions posées par la jurisprudence pour qu'une société soit considérée comme l'organe de fait d'une autre.⁴⁴ Les devoirs de ses dirigeants exerçant leur pouvoir sur une société contrôlée sont les mêmes que ceux des organes formellement désignés.⁴⁵

Conclusion

En résumé, la responsabilité sociale et environnementale, qu'elle soit ou non formalisée dans un système de gestion (CSR, RSE, CSG), apparaît aujourd'hui comme un processus de gestion inévitable pour les entreprises. Elle est le moyen d'éviter des risques économiques et de réputation, l'instrument d'une

⁴³ Initiative populaire fédérale 'Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement' : <https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis462t.html>.

⁴⁴ ATF 128 III 92 ; DRUEY, JEAN-NICOLAS / VOGEL, ALEXANDRE, p. 346 ss, 350 ; PETER, HENRY, p. 11 ss, 12.

⁴⁵ Les questions en rapport avec la direction unifiée et la portée des devoirs des dirigeants des groupes ont traitées récemment de façon approfondie par HENRY PETER dans le cadre du CEDIDAC (Etendue et limites de la direction unique ou des *Konzernoberleitungspflichten* des organes de la société mère, Demi-journée du droit de l'entreprise, 8 mai 2019).

réorientation durable de l'activité sociale et la réponse à des attentes de partenaires contractuels de l'entreprise (collaborateurs, consommateurs, investisseurs). Dès lors, les devoirs imposés par la loi aux dirigeants sociaux ne peuvent qu'incorporer des exigences de respects des droits sociaux et environnementaux. Ces devoirs (fidélité à l'entreprise, diligence dans la gestion des affaires sociales) ne peuvent pas être différents selon le lieu où la société est active ou s'exerce le pouvoir des dirigeants sociaux par l'intermédiaire de partenaires contractuels ou sociaux sur lesquels l'entreprise exerce une autorité.

Bibliographie

- BUENO NICOLAS, La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme, PJA 8/2017, p. 1015
- BÜRGENMEIER, BEAT, Investissement socialement responsable : un instrument du développement durable, in: Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain, Genève/Zurich/ Bâle 2009
- BÜRGENMEIER, BEAT, Economie du développement durable, Bruxelles 2004
- DRUEY, JEAN-NICOLAS / VOGEL, ALEXANDRE, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zurich 1999
- FAVRE, ANNE-CHRISTINE, Durabilité - l'entreprise et le développement durable : entre démarches volontaires et exigences légales, in Les entreprises et le droit de l'environnement : défis, enjeux, opportunités, Lausanne 2009
- FORSTMOSER, PETER, Corporate Social Responsibility, ein (neues) Rechtspflicht für Publikumsgesellschaften, in Law and Economics, Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Berne, 2015, p. 158-162
- FORSTMOSER, PETER, Schutz der Menschenrechte - eine Pflicht für multinationale Unternehmen? in Liber Amicorum für Andreas Donatsch, Zurich/Bâle/Genève 2012
- FORSTMOSER, PETER / MEIER-HAYOZ ARTHUR / NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996
- KAUFMANN, CHRISTINE, Menschen- und umweltrechtliche Sorgfaltprüfung im internationalen Vergleich, PJA 8/2017, p. 967 ss
- MARTIN DA CRUZ, BRANCA, Le dommage écologique conjugué dans le futur in Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Gilles Martin, 2013, p. 331 ss
- PETER, HENRY / JACQUEMET, GUILLAUME, Corporate Social Responsibility, L'Expert-Comptable suisse 2014, 1027 ss
- PETER, HENRY, Les nouvelles sources de responsabilité des administrateurs en droit des sociétés, in Nouvelles responsabilités pour le conseil d'administration, publication du Centre d'Études Bancaires de l'Association Bancaire Tessinoise, p. 11 ss
- PETITPIERRE SAUVAIN, ANNE, La responsabilité environnementale de l'entreprise, Droit des sociétés, Mélanges en l'honneur de Roland Ruedin, Bâle/Genève/Munich 2006, p. 127 ss
- PETITPIERRE SAUVAIN, ANNE, Que fait le développement durable dans la constitution fédérale ? in Aux confins du droit, Bâle/Genève/Munich 2001
- PETITPIERRE SAUVAIN, ANNE, Fondements écologiques de l'ordre constitutionnel suisse, in Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001
- PIERRE MOOR, ANNE-CHRISTINE FAVRE, ALEXANDRE FLÜCKIGER (éd.), Commentaire de la Loi sur la protection de l'environnement (LPE)

- POMADE, ADÉLIE, La RSE au cœur des rapports entre l'entreprise et les parties prenantes, in Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Gilles Martin, Paris 2013
- PRIEUR, MICHEL, Droit de l'environnement, droit durable, Bruxelles 2014
- RUEDIN, ROLAND, Gestion durable et forme de société, in Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain, Genève/Zurich/Bâle 2009, p. 323
- SAVOLAINEN, SYLVAIN / PASCHOUD, GÉRARD, La responsabilité civile de l'entreprise en cas d'atteinte aux droits de l'homme, Revue de l'avocat 2017, p. 491 ss
- THIEFFRY, PATRICK, Le droit économique de l'environnement existe-t-il ? in Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Gilles Martin, Paris 2013
- VON BÜREN, ROLAND / STOFFEL, WALTER / WEBER, ROLF, Grundriss des Aktienrechts, 3^e éd, Zurich 2011