

## NOTE DE SYNTHÈSE- Travail de certification ACAD 2018 Comment faire progresser les CAs vers une véritable gouvernance environnementale ?

Laurent DEVELLE

**La finalité d'une entreprise n'a aucune raison d'être limitée au seul profit. Il est possible de repenser la gouvernance des entreprises dans le cadre d'une stratégie de profitabilité durable et adaptée pour penser le monde de demain.**

**Avant-Propos.** Bhopal 1984 (Union Carbide), Tchernobyl 1986, Alaska Exxon Valdez 1989, Toulouse AZF Total 2001, bercé des idéaux de la jeunesse, je rentrai en 1991 comme avocat au département Droit de l'Environnement chez Clifford Chance à Londres et Paris. Près de 30 ans plus tard, mes interactions régulières avec les directions et conseils d'administration (CAs) d'entreprises de secteur industriel et de gouvernance divers (étatique, cotée, familiale, groupes multinationaux, PME, etc.) ont renforcé ma perception de la faible prise en compte des enjeux de long terme de RSE, notamment environnemental. Fort de cette expérience de terrain, je poursuis désormais ma « croisade » auprès de mes clients et autres décideurs économiques et politiques afin d'engager les entreprises vers un autre modèle juridique de gouvernance environnementale responsable et rentable.

**Résumé.** S'il est indéniable que les conflits d'intérêts au sein des CAs illustrent les comportements « déviants » en matière de responsabilité environnementale, force est de constater que l'un des obstacles significatifs est d'ordre juridique : le confort des régimes actuels d'autorégulation peu contraignante et d'absence de véritable opposabilité juridique des décisions des CAs. Pour parvenir à relever les défis environnementaux majeurs et pressants, il conviendra nécessairement de passer par une véritable refonte du droit des sociétés, qui déboucherait sur des modifications obligatoires des statuts des sociétés, permettant d'instaurer une responsabilité effective des CAs afin de prendre en compte les intérêts RSE, dépassant la gestion restreinte à la valeur actionnariale. D'autres leviers d'actions (comptable, fiscaux, financiers, etc.) devront également être ajoutés à la panoplie. Au-delà de cet arsenal dont le caractère contraignant facilitera la nécessaire transition, ce travail est aussi un plaidoyer adressé aux directions et CAs pour les inciter à radicalement modifier leur « logiciel » afin d'intégrer les enjeux environnementaux au business model comme levier de création de valeur, de croissance, d'emplois, d'innovation et de différenciation commerciale et stratégique.

**1) Conflits d'intérêts et conscience environnementale des CAs.** Endossant le costume du « spectateur engagé », l'étude porte un premier coup de projecteur sur un flot d'histoires vécues, dans les domaines du négoce international et de l'énergie, qui illustre la relation conflictuelle entre les intérêts notamment financiers des actionnaires et l'importance d'une conscience environnementale des CAs. **L'intensité et la gravité d'un conflit d'intérêt affectent le discernement des administrateurs qui ne sont plus exclusivement centrés sur l'intérêt social de l'entreprise.** Les décisions sont alors « au mieux » gangrénées par des validations de stratégies ayant pour seul objectif de maximiser le profit immédiat, au détriment de rechercher à réduire leur impact écologique ; au pire, motivées par des comportements irrationnels conduisant à des stratégies erronées, aux rentabilités douteuses et donc déficientes au regard de la pérennité de l'entreprise et de l'intérêt de ses actionnaires.

**2) Le système actuel d'autorégulation ne répond pas à l'urgence et l'intensité des enjeux.** Quel que soit le pays, y compris la Confédération Suisse, les régimes actuels reposent sur l'utilisation de systèmes d'évaluation et de mesures de performance RSE relativement optionnels, volontaires et sans valeur contractuelle. La lecture des magnifiques rapports RSE laisse le professionnel perplexe tant ces codes sont souvent vidés de substances par des pratiques différentes (« *greenwashing* », voir les rapports RSE de Glencore et Walmart...) et souvent absents ou éloignés des CAs où sont discutés les mécanismes profonds de création et de partage de valeur. Et pourtant les comités exécutifs des entreprises travaillent pendant des mois à définir leur « *mission statement* », leurs « valeurs » et à les communiquer en interne et à l'externe, mais **ces objectifs louables restent dépourvus de force obligatoire sans fondement juridique.** Par conséquent, la politique de RSE d'une entreprise, même quand elle est fortement incarnée par sa direction et son CA, ne résiste pas aux multiples changements de culture actionnariale et managériale, inhérent au capitalisme actuel.

**3) Seule une refonte du droit des sociétés permettra de créer un véritable régime de responsabilité juridique des CAs en matière de RSE.**

a) **Le droit des sociétés et la gouvernance qui en découle permettent aux entreprises d'échapper à leur responsabilité vis-à-vis des tiers et des parties prenantes ?** Primo, le droit actuel des sociétés ne concerne que les relations dirigeants/actionnaires, il donne un droit exclusif aux intérêts des associés, sans refléter la diversité des parties que composent une entreprise. La mission définie dans les statuts (le « but social » en droit suisse) est aujourd'hui « monothéiste » se focalisant uniquement sur l'intérêt des actionnaires. **Le droit ne protège donc pas l'entreprise, mais seulement sa rentabilité économique.** Secundo, le devoir de diligence des administrateurs est rarement engagé, tant il est commode d'échapper à ses responsabilités en démontrant avoir accompli sa mission avec toute la diligence nécessaire (CO 717-1 en Suisse) et grâce à une interprétation minimaliste du « *business judgement rule* » par les tribunaux. Tertio, le droit a également développé ses propres mécanismes de protection (recours au concept anglo-saxon de « *corporate veil* », faiblesse de la responsabilité de « groupe » en droit civil), ce qui rend toute action juridique en réparation de dommages écologiques

difficile à l'encontre d'une société holding pour les agissements de ses filiales à l'étranger (voir pour partie le débat Suisse sur l'Initiative sur les Multinationales).

**b) De nombreux pays font preuve de créativité et de modernisme juridique conscient de la nécessité de créer un cadre juridique dédié afin d'articuler la rentabilité économique et contribuer au bien commun.**

(i) Dans la pure tradition du droit anglo-saxon, certains pays (USA, Canada, UK, etc.) ont adopté des législations et cadres juridiques (souvent accompagnés de systèmes de certification rigoureux, permettant, **de manière optionnelle**, la création d'entreprises à mission (*Benefit Corporation (B-Corp)*, *Special Corporation*, etc.). Patagonia, est le meilleur exemple de ce nouveau type de B-Corp, dont la mission hybride est inscrite de manière très détaillée dans les statuts et engage la responsabilité de son CA (« *legally binding fiduciary responsibility*») en cas de manquement ou violation de ses statuts.

(ii) dans le même esprit, mais allant encore plus loin, la récente **Loi Pacte en France** a choisi de modifier les très symboliques **articles 1832 et 1833** de son Code Civil pour consacrer ainsi, **avec une portée générale**, la notion développée par la jurisprudence d'un intérêt social dépassant celui des actionnaires. Dans ce cadre juridique nouveau, les entreprises pourront (optionnel) formaliser leur RSE et inclure dans leurs statuts leurs objectifs, projet entrepreneurial de long terme et sans renoncer à la performance économique, inscrire un objet social élargi à des sujets sociétaux, environnementaux, qui intègrent des parties-prenantes autres que les seuls actionnaires.

(iii) il semble regrettable qu'en Suisse, le projet de révision du droit de la SA en Suisse reste silencieux sur ces évolutions et le débat sur l'initiative multinationale se soit articulé maladroitement autour des « mauvais » sujets, pêchant par un déficit de vision et d'audace.

c) Même si ces innovations juridiques soulèvent certainement de nombreuses questions et incertitudes, **le mouvement est en marche dans de nombreux pays**. Ceux qui choisiront la voie du « statu quo » ne mettront pas pour autant « à l'abri » leurs groupes nationaux, dont les filiales établies dans ces juridictions au régime de responsabilité plus contraignant, permettront aux plaignants de structurer des plaintes judiciaires efficaces à l'encontre de ces CAs. De nombreux juristes travaillent sur ces nouvelles actions de « *jurisdiction shopping* » par les ONG, médias, réseaux sociaux, autorités, etc.

d) **Pourquoi recourir au formalisme juridique et ne pas faire confiance au monde de l'entreprise ?** En premier lieu, le temps presse et les défis actuels exigent des moyens plus coercitifs ; Le système économique et juridique n'a pas été modifié après 2008, la financiarisation est toujours présente et ne militent pas en faveur du volontarisme vertueux. La contrainte juridique doit donc faire partie de la panoplie des outils de transformation, en particulier la force juridique d'un engagement statutaire est mieux assuré que celles des chartres et codes de bonne conduite. C'est bien au niveau de la loi et/ou des statuts que la responsabilité des CA en matière de haute surveillance (CO 716a en Suisse) pourra être engagée et rendre ainsi leurs décisions opposables aux tiers. Par ailleurs, la grande volatilité de l'actionnariat rend indispensable le verrouillage de la mission de l'entreprise dans ses statuts pour permettre de maintenir la mission sociale et environnementale de l'entreprise sur le long terme. L'essor des entreprises à mission répond également à une évolution profonde de la demande et des attentes des consommateurs. Enfin, et sans verser dans un sacralisme du droit excessif, le droit des sociétés n'est pas seulement un élément étatique de contrainte, mais doit être envisagé comme **un outil au service de stratégie de croissance durable**.

4) **Autres leviers d'actions**. La meilleure gouvernance environnementale passera également par un **renforcement des obligations comptables** : transparence financière obligatoire en matière RSE (« *Sustainable Information Disclosure* » (SASB) pour les entreprises cotées et pour les opérations de marchés de capitaux (IPO, financements obligataires, etc.), renforcement des organes indépendants de contrôle (Commissaires aux Comptes en France, Réviseurs en Suisse). Outre leur rôle novateur dans la définition de nouveaux cadres juridiques, les Etats devront également adapter leur **politique fiscale pour favoriser les entreprises vertueuses** (ayant par exemple opté pour le statut d'entreprise à mission), agir sur les politiques de dividendes en dissuadant les rachats excessifs d'actions, inciter le réinvestissement dans l'innovation de nouvelles technologies vertes, etc. Enfin, il ne se passera rien de tangible sans la **participation des investisseurs et de la finance**. Des initiatives se multiplient en matière de « finance positive » et d'« *impact investing* » (le « *Sustainable Finance Geneva* »), mais le marché des « green bonds » reste microscopique. **La Suisse a une opportunité unique de devenir un hub mondial de la finance durable**, de créer des nouvelles règles de « *fiduciary duties des trustees* » pour les gestionnaires de fonds et ainsi de contribuer à « redorer son blason » à l'étranger.

5) **Tous ces leviers d'actions ne suffiront pas, si le RSE n'est pas intégré au business model des entreprises et compris comme une formidable opportunité de compétitivité, innovation et rentabilité pour les entreprises**. L'innovation, telle qu'elle existait aux origines du capitalisme d'entrepreneur, à l'opposé d'un capitalisme financiarisé, doit revenir encore davantage comme pierre angulaire du système de gestion et de gouvernance. Des initiatives telles que celle de Bertrand Piccard (1000 Solutions Project) participent à la démonstration que l'innovation est un formidable moteur de croissance rentable et durable. **Les CAs doivent se replacer au cœur de la problématique sur la finalité et le sens de leur entreprise**, en veillant par exemple, à adopter des stratégies compatibles avec leurs consommateurs (exigeants sur le RSE, très présents sur les réseaux sociaux), à positionner leurs entreprises sur ces marchés de croissance durable (transports, mobilité, production énergétique et agricole, etc.) pour créer un avantage comparatif par rapport à leurs concurrents, à permettre ainsi une plus grande motivation de leurs employés autour du « bien commun » et enfin de recruter des CEO et dirigeants, peut-être d'une nouvelle espèce, capables de diffuser cette culture de la profitabilité durable dans l'entreprise.