

## L'APRÈS COVID-19: DES PRÉMISSSES À RECONSIDÉRER EN DROIT DES SOCIÉTÉS ET DE LA GOUVERNANCE

Ivan Tchotourian<sup>1</sup>

La pandémie de Covid-19 qui sévit sur la planète et à laquelle le Canada a été confronté à partir de mars 2020 amène à renouveler en profondeur la réflexion sur le droit des sociétés et la gouvernance de l'entreprise. Crise sanitaire devenue protéiforme (économique, financière, sociale, politique), elle place l'entreprise au cœur d'une relance durable... une entreprise qui se doit de devenir progressiste. Cette entreprise, dont le droit doit accélérer la transformation, présente les traits caractéristiques suivants :

1. elle repose sur une structure juridique innovante;
2. elle est définie de manière différente;
3. elle est juridiquement reconnue;
4. elle est gérée avec une préoccupation de l'Autre;
5. elle assume une responsabilité sociétale.

### 1. Une entreprise qui s'appuie sur un modèle innovant

La sortie de la tempête économique causée par la COVID-19 ne se fera qu'au prix d'entreprises qui vont reconstruire leur gouvernance, redéfinir leurs objectifs et repenser leurs relations avec leurs parties prenantes. Pour ce faire, le droit doit proposer une nouvelle structure de déploiement de l'activité économique. Depuis longtemps, les grandes entreprises dominent l'activité économique. Construite d'abord autour d'une logique de réunion de capitaux en vue de poursuivre un objectif économique, la société commerciale s'est imposée comme modèle d'affaires; le droit lui apportant la consécration au XVIII<sup>e</sup> siècle. Mais, les entreprises se sont progressivement financiarisées et déshumanisées pour devenir d'authentiques actifs. Elles ont par la même occasion

<sup>1</sup> Professeur agrégé;

Codirecteur du Centre d'études en droit économique (CÉDÉ);

Membre fondateur du Laboratoire interdisciplinaire de la responsabilité sociale des entreprises (LIRSE);

Chercheur régulier de l'Institut EDS &

Membre régulier de la Chaire en gouvernance des sociétés, Faculté de droit, Université Laval

organisé une lucrativité outrancière en faisant supporter aux tiers leurs externalités – quelle qu'en soit la nature : environnementale, sociale, fiscale... Des stratégies sont venues soutenir cette financiarisation. Alors que la responsabilité sociétale et l'éthique renvoient à la responsabilité élargie des entreprises, cette responsabilité fait cohabiter deux objectifs en apparence contradictoires : être rentable et être responsable. C'est dans cette perspective que s'inscrit l'entreprise à mission sociétale. Prenant la forme d'une société par actions, cette entreprise est construite pour allier rendement financier et mission sociétale. Rappelant l'institution sociale porteuse d'espoir qu'ont pu être les sociétés commerciales, l'entreprise à mission sociétale offre une structure adéquate qui doit être davantage promue par le droit (notamment canadien), seul à même de transcrire les valeurs d'une communauté et de défendre la justice sociale.

## 2. Une entreprise qui rompt avec la lecture économique dominante

La gouvernance de l'entreprise a été bâtie sur plusieurs théories d'essence économique. Jusqu'au milieu des années 70, la théorie micro-économique a été dominée par la théorie de l'équilibre général assimilant toute organisation à une « boîte noire ». Puis, les théories contractualistes, dont la théorie du réseau de contrats (« *nexus of contracts* ») et la théorie de l'agence (« *agency theory* »), ont servi d'assise scientifique aux règles structurant la gouvernance de l'entreprise qui ont été érigées en *dogma*. Ces théories ont analysé les conflits d'intérêts entre les acteurs économiques d'une organisation, les coûts qui y étaient associés et les mécanismes de contrôle de tels conflits. L'analyse contractuelle qui en résulte, en plus de nier le concept de personnalité morale en légitimant la propriété des actionnaires, a placé ces derniers au centre des décisions et des choix de l'entreprise. Les dictatures du court terme et du dividende ont été alors légitimées au prix de l'apparition de nouvelles pratiques managériales, tels les licenciements boursiers. La valeur de l'entreprise a été assimilée à la valeur actionnariale et le droit a fourni l'armature institutionnelle. Mais, la COVID-19 rebat les cartes de cette perception restreinte de la gouvernance de l'entreprise centrée sur l'actionnaire, héritage des propos de Milton Friedman exprimés dans le *New York Times*. La volonté de sortir de la pandémie de coronavirus fait émerger une volonté de réinventer certains présupposés économiques. La voix des juristes doit se faire entendre sur ce sujet et aussi sur ce

qu'est l'entreprise et sur ce qu'implique une personnalité morale. Le manifeste de Davos et la *Business Roundtable* y contribuent en redéfinissant la relation de l'entreprise avec ses parties prenantes.

### 3. Une entreprise qui n'est plus « hors-la-loi »

Les problèmes contemporains les plus graves (pollution, crise climatique, violation des droits de l'Homme...) ont le plus souvent lieu dans le cadre de groupes de sociétés, c'est-à-dire les entreprises « multinationales » ou « transnationales ». Les groupes sont en effet souvent utilisés pour contourner la responsabilité qui devrait découler de leurs activités économiques si elles étaient menées par une seule et unique société commerciale. Les stratégies fiscales des GAFAM (*Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft*) illustrent cette instrumentalisation des structures sociétaires. L'utilisation stratégique des groupes fait obstacle à l'identification et à la sanction des véritables responsables des activités économiques. En dépit d'une définition du groupe par les lois en société par actions, le droit ne régit pas la gouvernance des groupes ni la responsabilité de ces structures pour se concentrer sur chacune des sociétés commerciales composant lesdits groupes. Cette irresponsabilité est d'autant plus problématique que les groupes disposent d'un pouvoir considérable proche, voire parfois supérieur, à celui des États. Plus de la moitié des 100 plus grandes puissances économiques sont des entreprises privées (et donc des groupes). Les 500 plus grandes multinationales ont contrôlé 52,8 % de toutes les richesses produites sur la planète en 2009. Si les solutions à apporter ne sont pas aisées, la COVID-19 doit amener le droit à améliorer sa compréhension de la dynamique des groupes afin de contribuer à leur responsabilisation et réconcilier *ad fine* pouvoir et responsabilité. Le droit doit faire obstacle aux stratégies d'instrumentalisation des groupes de sociétés. Ce sont les doctrines américaines de l'entité (« *entity theory* ») et européennes de l'entreprise qui sont réactivées et montrent toute leur utilité. Les groupes constituent une unité économique formée par une combinaison de sociétés commerciales et dotée d'une animation commune sous l'impulsion de la société du groupe détenant le pouvoir : la société tête de groupe (ou société mère). Si le devoir de vigilance a été récemment consacré comme source possible de responsabilité extracontractuelle (le dépassement de la personnalité morale se révélant trop complexe à prouver), ce devoir manque encore de mordant et sa construction est loin d'être achevée. En droite ligne, la pertinence des mécanismes alternatifs

de règlement des différends (Point de contact national ou Ombudsman) ou, encore, l'accessibilité difficile des victimes à la justice doivent être débattues.

#### 4. Une entreprise qui est animée par une gouvernance de l'Autre

Avec la COVID-19, le conseil d'administration (CA) fait face à un défi de taille qui requiert que ses membres se posent les bonnes questions. Longtemps simple organe de prestige à la fonction symbolique, le CA occupe depuis une vingtaine d'années un rôle central dans la gouvernance et, conséquemment, dans la sortie de crise qui se dessine. Placés devant des risques démultipliés, les CA deviennent les dépositaires d'une entreprise orientée vers des objectifs plus larges que la satisfaction de l'intérêt des apporteurs de capitaux. Sujet longtemps dans l'ombre, la rémunération des hauts dirigeants est aujourd'hui dans la lumière et son fondement de l'alignement d'intérêts entre dirigeants et actionnaires de plus en plus contesté, encore plus depuis que la COVID-19 a créé de profondes inégalités. Devoir de loyauté et devoir de prudence et de diligence sont des outils à leur disposition pour définir de larges objectifs, à condition d'être interprétés de manière originale. Pourquoi ne pas consacrer un nouveau devoir pour relayer ces larges objectifs comme le préconisent certains auteurs : un devoir de responsabilité sociétale ? De leur côté, les actionnaires sont revenus sur le devant de la scène et le droit leur a octroyé de plus en plus de prérogatives au point d'avoir le pouvoir de mettre en péril leurs propres entreprises, sans que leurs devoirs aient cependant fait l'objet d'une attention identique. L'incompréhension entourant leur irresponsabilité est aggravée par le fait que les actionnaires ont changé de visage, loin de l'image de petits porteurs qu'ils ont longtemps eue. Ils ont aujourd'hui des moyens pour peser de tout leur poids sur les entreprises et pourraient offrir une voix à l'entreprise de demain, à condition que leurs devoirs fiduciaires ne se limitent pas au strict intérêt financier des bénéficiaires. Longtemps concentrée sur la seule relation entre dirigeants et actionnaires, la gouvernance doit faire place à bien d'autres relations et acteurs. Salariés, retraités, fournisseurs, professionnels des chiffres, gouvernement, environnement sont apparus comme des acteurs devant être pris en compte. La COVID-19 place les salariés et les retraités dans une situation vulnérable et les CA ne semblent plus pouvoir les exclure de leurs réflexions sur la bonne gouvernance de leurs entreprises. L'objectif et la raison d'être (le « *purpose* » qui prend tant de place dans les travaux

universitaires) des entreprises occupent d'ailleurs une place inégalée dans l'histoire du droit des sociétés. Si des modèles de gouvernance alternatifs ont été développés par le passé, ils trouvent le moyen de s'épanouir avec la pandémie de coronavirus. Pourtant, du chemin reste encore à parcourir : l'acceptation d'une vision ouverte de l'intérêt social ou la reconnaissance de recours judiciaires au profit des parties prenantes.

## 5. Une entreprise qui porte un destin public

Si les entreprises ont pris des engagements de longue date en matière de responsabilité sociétale (RSE), il y a toujours des doutes sur leur sincérité. La société commerciale traditionnelle – qui prend la forme juridique d'une société par actions – semble vouée dans l'imaginaire collectif à faire du profit (elle a été inventée en partie pour cette raison) et une grande méfiance l'entoure quand elle prône un autre objectif. Elle est souvent perçue comme opportuniste recherchant un gain financier au travers une démarche sans profondeur ou réel investissement. La RSE est vue comme un moyen pour une fin : la rentabilité. La société commerciale nourrit d'ailleurs cette méfiance quand elle délocalise à l'étranger, n'hésite pas à polluer, ne respecte pas les droits des communautés locales à l'étranger, corrompt pour arriver à ses fins, méprise l'État et la démocratie, joue avec les règles juridiques et les limites inhérentes à leur territorialité, ou encore sacrifie ses retraités. Dans ces situations, les parties prenantes subissent une injustice qui est paradoxale dans la mesure où tout est souvent parfaitement légal. L'entreprise elle-même se sent schizophrène ayant toutes les peines à concilier ses responsabilités économique, juridique, sociale et morale. Avec la COVID-19, il est attendu des entreprises qu'elles assument enfin leur destin public (vis-à-vis de leurs salariés, de leurs fournisseurs, de leurs clients, de la communauté) et pas seulement économique. Dans le contexte de crise sanitaire, les entreprises peuvent être porteuses de valeurs sociétales, en rupture avec le libéralisme sans cesse accru et un recul de l'État qu'elles ont prônés. Les entreprises doivent comprendre que la RSE n'est ni une contrainte ni un coût... elle est une rencontre à ne pas manquer. Le droit doit être en relais et apporter sa pierre à l'édifice du changement. Dans ce cadre, les avancées dans le domaine de la transparence non financière démontrent une volonté de sortir du schéma de pensée réduisant les conséquences des activités des entreprises aux données chiffrées. De même, les États et les organisations internationales commencent à saisir l'importance de s'intéresser au financement des entreprises pour asseoir la pérennité

d'une finance sociale qui ne demande qu'à croître. Dans le contexte de la COVID-19, l'encadrement des politiques de placement, la création de taxonomies pour les investissements durables, ou l'engagement sont autant de pistes à explorer pour les juristes.

La COVID-19 permet la remise en cause de multiples fondamentaux du droit des sociétés et de la gouvernance d'entreprise. Cette remise en cause est plus que nécessaire sous peine de bloquer l'émergence d'un capitalisme de parties prenantes qui seul assurera la préservation et la résilience à long terme des sociétés commerciales et leur ancrage dans la société.

## Bibliographie sommaire

Armen, Alchian A. et Harold Demsetz, « Production, Information Costs, and Economic Organization », (1972) 62-5 *The American Economic Review* 777.

Business Roundtable, « Statement on the Purpose of a Corporation », 19 août 2019, en ligne : <<https://opportunity.businessroundtable.org/wp-content/uploads/2019/09/BRT-Statement-on-the-Purpose-of-a-Corporation-with-Signatures-1.pdf>>.

Champaud, Claude (dir.), *L'entreprise dans la société du 21<sup>e</sup> siècle*, Bruxelles, Larcier, 2013.

Friedman, Milton « The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits », *The New York Times Magazine*, 13 septembre 1970.

Greenfield, Kent, *The Failure of Corporate Law: Fundamental Flaws and Progressive Possibilities*, Chicago, University of Chicago Press, 2006.

Jensen, Michael C. et William H. Meckling, « Theory of Firm: Management Behavior, Agency Costs and Ownership Structure », (1976) 3-4 *Journal of Financial Economics* 305.

Kramer, Mark R., « Coronavirus Is Putting Corporate Social Responsibility to the Test », *Harvard Business Review*, 1<sup>er</sup> avril 2020, en ligne : <<https://hbr.org/2020/04/coronavirus-is-putting-corporate-social-responsibility-to-the-test>>.

Mooney, Attracta, « ESG passes the Covid challenge », *Financial Times*, 2 juin 2020, en ligne : <<https://www.ft.com/content/50eb893d-98ae-4a8f-8fec-75aa1bb98a48>>.

Notat, Nicole, et Jean-Dominique Sénard (avec la collab. de Jean-Baptiste Barfety), *L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, rapport remis aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances, du Travail, 9 mars 2018.

Pailusseau, Jean, « Entreprise et société. Quels rapports ? Quelle réforme ? », (2018) 25 *Recueil Dalloz* 1395.

Schwab, Klaus, « Manifeste de Davos 2020 : L'objectif universel d'une entreprise dans la Quatrième Révolution Industrielle », *Forum Économique Mondial*, 2 décembre 2019, en ligne : <<https://fr.weforum.org/agenda/2019/12/manifeste-de-davos-2020-l-objectif-universel-d-une-entreprise-dans-la-quatrieme-revolution-industrielle/>>.

Sjafjell, Beate et Benjamin J. Richardson (dir.), *Company Law and Sustainability. Legal Barriers and Opportunities*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

Tchotourian, Ivan et Margaux Morteo, *L'entreprise à mission sociétale : analyse critique et comparative du modèle*, Cowansville, éditions Yvon Blais, 2019 (avec la collab. de Karine Morin).

Whittaker, Martin, « Is COVID-19 Killing Shareholder Primacy? », *Forbes*, 9 avril 2020, en ligne : <<https://www.forbes.com/sites/martinwhittaker/2020/04/09/is-covid-19-killing-shareholder-primacy/>>.

Zochodne, Geoff, « Canadian Companies Can Care about More than Profit, and Could Pay a Price if They Don't », *The Globe and Mail*, 3 juin 2020, en ligne : <<https://business.financialpost.com/business/canadian-companies-can-care-about-more-than-profit-and-could-pay-a-price-if-they-dont>>.