

Droit de la responsabilité des administrateurs et Corporate Social Responsibility. Quelles interactions ? Perspectives de droit belge et de droit australien

Auteur : Flament, Simon

Promoteur(s) : Caprasse, Olivier

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit, à finalité spécialisée en mobilité interuniversitaire

Année académique : 2017-2018

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/4943>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

**Droit de la responsabilité des administrateurs et Corporate
Social Responsibility. Quelles interactions ?
Perspectives de droit belge et de droit australien**

Simon FLAMENT

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en mobilité interuniversitaire

Année académique 2017-2018

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Olivier CAPRASSE

Professeur ordinaire

RESUME

Ce travail est une analyse des liens entre la *Corporate Social Responsibility* et la responsabilité des administrateurs, en droit belge et en droit australien. La CSR est d'abord définie et quelques critiques à son sujet sont présentées (I). Ensuite, des notions de droit de la responsabilité des administrateurs sont exposées, en droit belge puis en droit australien (II). Différents points par lesquels la CSR est appréhendée par le droit de la responsabilité des administrateurs sont alors abordés (III). Les points étudiés dans ce travail sont l'intérêt social (A), l'engagement unilatéral de volonté (B), l'approche des *stepping stones* (C), les principes de *marginale toetsing* et de *business judgment rule* (D), les codes de *corporate governance* (E), la gestion de la société en ce qu'elle inclut la CSR (F), la responsabilité extracontractuelle (G) et les actions pertinentes du point de vue de la CSR (H). Quelques considérations générales concluent le propos.

Table des matières

Introduction	4
I. <i>Corporate Social Responsibility</i>	6
A. Définition.....	6
B. Critiques.....	9
II. Règles de base de la responsabilité des administrateurs.....	11
A. Droit belge	11
1) Généralités.....	11
2) Responsabilité pour faute de gestion.....	11
3) Responsabilité pour violation du Code des sociétés et des statuts.....	13
4) Responsabilité extracontractuelle	13
B. Droit australien	15
1) Généralités	15
2) <i>Duty of care, skill and diligence</i>	15
3) <i>Duty to act bona fides and for a proper purpose</i>	17
4) <i>Civil penalty provisions</i>	18
III. Responsabilité des administrateurs et CSR	20
A. Intérêt social	20
1) Théories.....	20
2) Jurisprudence	27
3) Critiques.....	33
B. Engagement unilatéral de volonté.....	38
C. <i>Stepping stones</i>	40
D. <i>Marginale toetsing</i> et <i>business judgment rule</i>	42
1) Considérations générales.....	42
2) <i>Business judgment rule</i> australienne	43
3) <i>Marginale toetsing</i>	44
E. <i>Corporate governance</i>	46
1) Codes de <i>corporate governance</i> et transparence	46
2) Recommandations et responsabilité	48
F. Faute de gestion et CSR	51
G. Responsabilité extracontractuelle.....	54
H. Actions.....	56
1) Action minoritaire	56
2) Injonctions.....	56

3) Action publique.....	59
Conclusion.....	61
Bibliographie.....	63

Introduction

La *Corporate Social Responsibility* (CSR) est un processus par lequel les sociétés adoptent des lignes de conduite plus respectueuses de la communauté dans laquelle elles s'insèrent¹. Les sociétés sont créatrices de richesse mais leur activité s'accompagne souvent de conséquences négatives. Celles-ci peuvent être environnementales, sociales, humaines, etc. De nombreux scandales impliquant des sociétés attestent fréquemment de ces conséquences négatives².

L'exemple de la société James Hardie a particulièrement marqué l'Australie. James Hardie fabriquait jusqu'en 1986 de nombreux produits à base d'amiante, des minéraux qui peuvent provoquer des cancers du poumon ou d'autres maladies respiratoires³. Les activités liées à l'amiante étaient concentrées dans deux filiales de la société⁴. James Hardie retira progressivement les actifs de ces filiales pour leur laisser les dettes nées et à naître des demandes en compensation des milliers de victimes de l'amiante⁵. James Hardie mit en place une fondation pour les victimes de l'amiante qui acquit gratuitement les deux filiales. La valeur totale des actifs nets donnés à la fondation s'élevait à 293 millions AUD et James Hardie déclara publiquement que la fondation disposait d'assez de fonds pour prendre en charge toutes les futures demandes liées à l'amiante. Il s'avéra que la fondation était sous-financée de 1,5 milliards AUD et que les administrateurs de James Hardie, qui avaient fait les déclarations, étaient au courant de ce sous-financement, ou du moins ne pouvaient l'ignorer⁶. Les administrateurs tentèrent de se défendre en disant que leurs obligations légales vis-à-vis des actionnaires de James Hardie les empêchaient de financer davantage la fondation⁷.

Cette affaire montre la tension qu'il peut y avoir entre une ligne de conduite respectueuse de la communauté et le profit attendu par les actionnaires. Les administrateurs, dont le rôle est de gérer et représenter la société, sont à l'épicentre de cette dialectique⁸. D'autant plus que les sociétés ne sont que des constructions légales, qui peuvent seulement agir via des individus ;

¹ La *Corporate Social Responsibility* se traduit en français par « Responsabilité sociale des entreprises » ou « Responsabilité sociétale des entreprises » mais l'emploi des termes en anglais est préféré.

² N. HACHEZ, « Responsabilité sociale des entreprises : l'Union avance-t-elle à reculons ? », *Journal de droit européen*, 2016, p. 378.

³ K. HEENETIGALA et C.S. DE SILVA LOKUWADUGE, « Directors Duties and Responsibilities towards other Stakeholders: A Discussion of Case Studies on Corporate Disasters », *Journal of Business Systems, Governance & Ethics*, 2013, pp. 54-55.

⁴ J. McCONVILL, « Directors' duties to stakeholders: A reform proposal based on three false assumptions », *Australian Journal of Corporate Law*, 2005, p. 89.

⁵ *Ibid.*

⁶ New South Wales Government, Special Commission of Inquiry into the Medical Research and Compensation Foundation, *Report of the Special Commission of Inquiry into the Medical Research and Compensation Foundation*, 2004, D.F. JACKSON Commissionner, disponible sur <https://catalogue.nla.gov.au/Record/3357790>, pp. 7-16.

⁷ P. REDMOND, « Directors' Duties and Corporate Social Responsiveness », *University of New South Wales Law Journal*, 2012, pp. 318-319.

⁸ N. WILSON, « Corporate Social Responsibility, the Business Judgment Rule and Human Rights in Australia - Warm Inner Glow or Warming the Globe », *Monash University Law Review*, 2012, p. 155, citant I. RAMSAY, *Corporate Governance and the Duties of Company Directors*, Melbourne, Centre for Corporate Law and Securities Regulation, 1997, p. 8.

une faute d'une société implique nécessairement l'action ou l'omission d'une personne physique⁹.

L'objet de ce travail est de présenter comment ces questionnements sont envisagés par le droit en Australie et en Belgique. Pour ce faire, nous commencerons par examiner la notion de CSR, en la définissant et en analysant les critiques à son sujet (I). Ensuite, nous décrirons les règles de base de la responsabilité des administrateurs en droit belge et en droit australien (II). Cela nous amènera à examiner les liens entre la CSR et la responsabilité des administrateurs, avec une attention particulière pour le concept d'intérêt social, mais aussi via divers mécanismes plus spécifiques (III).

⁹ A. HERZBERG et H. ANDERSON, « Stepping Stones – From Corporate Fault to Directors' Personal Civil Liability », *Federal Law Review*, 2012, p. 189.

I. Corporate Social Responsibility

A. DÉFINITION

Il est primordial de commencer par définir ce que nous entendons par *Corporate Social Responsibility* pour mettre en évidence les liens entre ce concept et la responsabilité des administrateurs.

Une des premières définitions de la CSR a été donnée par Bowen dans son ouvrage « *Social Responsibilities of the Businessman* », considéré comme fondateur en matière de CSR¹⁰. Selon l'ouvrage, la CSR « *refers to the obligations of businessmen to pursue those policies, to make those decisions, or to follow those lines of action which are desirable in terms of the objectives and values of our society* »¹¹. On souligne que pour nous, la CSR ferait tout autant référence aux obligations des *businesswomen* d'adopter ces comportements.

La CSR est ainsi née dans un contexte de libéralisme économique comme une initiative volontaire des acteurs économiques pour résoudre la problématique des externalités négatives, des dommages subis par les tiers à cause de l'activité économique et qui ne sont pas supportés par ceux qui les ont causés¹². La CSR n'a pas pour autant comme objectif d'empêcher la recherche de profit, mais invite les sociétés à aller plus loin que ce que le prescrit légal ou réglementaire exige¹³.

La définition que la Commission européenne a proposée envisage également la CSR comme « *la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société* »¹⁴. La Commission poursuit en déclarant que « *pour assumer cette responsabilité, il faut au préalable que les entreprises respectent la législation en vigueur et les conventions collectives conclues entre partenaires sociaux. Afin de s'acquitter pleinement de leur responsabilité sociale, il convient que les entreprises aient engagé, en collaboration étroite avec leurs parties prenantes, un processus destiné à intégrer les préoccupations en matière sociale, environnementale, éthique, de droits de l'homme et de consommateurs dans leurs activités commerciales et leur stratégie de base, ce processus visant à optimiser la création d'une communauté de valeurs pour leurs propriétaires/actionnaires, ainsi que pour les autres parties prenantes et l'ensemble de la société; à recenser, prévenir et atténuer les effets négatifs potentiels que les entreprises*

¹⁰ R. AYDOGDU, « La Corporate Social Responsibility, le droit par-delà le marché et l'Etat (partie 1) », *R.P.S.-T.R.V.*, 2016, p. 672 ; A.B. CARROLL, « A History of Corporate Social Responsibility. Concepts and Practices », *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 25 ; M.C. CAILLET, *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des entreprises transnationales*, Bordeaux, Université de Bordeaux, 2014, p. 3.

¹¹ H.R. BOWEN, *Social Responsibilities of the Businessman*, New York, Harper & Row, 1953, p. 6.

¹² R. AYDOGDU, « La Corporate Social Responsibility, le droit par-delà le marché et l'Etat (partie 1) », *R.P.S.-T.R.V.*, 2016, p. 671.

¹³ *Ibid.* ; Y. DE CORDT, *L'intérêt social comme vecteur de la responsabilité sociétale*, Louvain-La-Neuve, Academia-Bruylant, 2008, p. 6.

¹⁴ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 25 octobre 2011 - Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014, COM (2011) 681 final, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0681:FIN:fr:PDF>, p. 7.

peuvent exercer »¹⁵. Avec cette définition, la Commission insiste sur l'aspect de responsabilité qu'ont les entreprises vis-à-vis de leurs impacts sur les tiers, les *stakeholders*, plus que sur l'aspect volontaire, même si cette définition reste une simple déclaration politique¹⁶.

Nous choisissons de définir les *stakeholders* par la définition inclusive présentée dans le rapport du CAMAC sur la CSR, qui permet de prendre en compte tous ses aspects, y compris les groupes de pression ou les organisations non-gouvernementales qui défendent des intérêts publics pouvant être affectés par les sociétés¹⁷. Les *stakeholders* y sont définis comme « *those groups or individuals that: can reasonably be expected to be significantly affected by the organisation's activities, products and/or services; or whose actions can reasonably be expected to affect the ability of the organisation to successfully implement its strategies and achieve its objectives* »¹⁸.

Une autre définition intéressante de la CSR qui porte une plus grande attention à l'aspect institutionnel a été présentée par Sheehy, selon qui la CSR peut se définir comme « *a socio-political movement which generates private self-regulatory initiatives, incorporating public and private international law norms seeking to ameliorate and mitigate the social harms of and to promote public good by industrial organisations* »¹⁹. Pour l'auteur, l'élément caractéristique de la CSR est qu'il s'agit d'un type d'auto-régulation par les entreprises²⁰.

Il faudrait ajouter à ces définitions la problématique de la place du profit. Purcell et Loftus insistent sur le fait que la CSR reflète une prise de conscience des externalités de la société mais n'implique pas nécessairement de se détacher du but de lucre, parce que la CSR peut présenter des opportunités compétitives et stratégiques²¹. Cette vue n'est pas partagée par tous les auteurs, l'objectif de ce qu'on cherche à accomplir à travers la CSR la divise en deux branches²². Selon la première branche, les sociétés devraient s'engager dans la CSR car c'est dans leur intérêt. La prise en compte des intérêts des divers *stakeholders* serait donc un moyen de maximiser le profit de la société²³. A l'opposé, la deuxième branche est d'avis que la CSR est une obligation morale, dans laquelle les entreprises doivent s'engager à titre gratuit parce que cela est « *the right thing to do* »²⁴.

L'apparition progressive de grandes entreprises transnationales ayant acquis un pouvoir d'influence beaucoup plus important coïncide avec l'expression publique de nombreuses

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ R. BOHINC, « Corporate Social Responsibility (A European Legal Perspective) », *Canterbury Law Review*, 2014, p. 23.

¹⁷ J.-J. DU PLESSIS, A. HARGOVAN et J. HARRIS, *Principles of contemporary corporate governance*, 4^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 28 ; Corporations and Markets Advisory Committee, *The social responsibility of corporations report*, 2006, disponible sur [http://www.camac.gov.au/camac/camac.nsf/byheadline/pdfinal+reports+2006/\\$file/csr_report.pdf](http://www.camac.gov.au/camac/camac.nsf/byheadline/pdfinal+reports+2006/$file/csr_report.pdf), p. 55.

¹⁸ Corporations and Markets Advisory Committee, *The social responsibility of corporations report*, 2006, p. 55.

¹⁹ B. SHEEHY, « Defining CSR: Problems and Solutions », *Journal of Business Ethics*, 2015, p. 639.

²⁰ *Ibid.*, p. 635.

²¹ J.A. PURCELL et J.A. LOFTUS, « Corporate social responsibility: Expanding directors' duties or enhancing corporate disclosure », *Australian Journal of Corporate Law*, 2007, p. 140.

²² V. SCHNUR BAUMFIELD, « Stakeholder theory from a management perspective: Bridging the shareholder/stakeholder divide », *Australian Journal of Corporate Law*, 2016, p. 196.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

revendications des tiers affectés par les externalités de ces entreprises²⁵. Cette mobilisation publique a amené ces dernières à s'engager dans des politiques de CSR, avec un objectif de gestion du risque politique que ces mouvements présentent²⁶. Ainsi, la CSR se manifeste comme une réponse aux échecs de gouvernance dans l'économie mondiale, guidée par les pressions sociales et économiques auxquelles les sociétés sont soumises²⁷.

²⁵ R. AYDOGDU, « La Corporate Social Responsibility, le droit par-delà le marché et l'Etat (partie 1) », *R.P.S.-T.R.V.*, 2016, pp. 672-673.

²⁶ *Ibid.*, p. 673.

²⁷ P. REDMOND, « Directors' Duties and Corporate Social Responsiveness », *University of New South Wales Law Journal*, 2012, p. 321.

B. CRITIQUES

Malgré l'abondance des développements sur la CSR, celle-ci n'est pas unanimement défendue, pour plusieurs raisons²⁸.

Elle a tout d'abord été attaquée au niveau théorique par Friedman dans un article nommé « *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits* »²⁹. Pour lui, les dirigeants d'une société gèrent le patrimoine des actionnaires, doivent seulement rendre compte de leur gestion à eux et n'ont aucune légitimité à s'engager dans des politiques publiques en prélevant dans le patrimoine de la société³⁰. Les sociétés n'auraient d'ailleurs pas de légitimité démocratique à décider quel bien public privilégier. De plus, Friedman était d'avis que cacher la prise en compte des intérêts des partenaires stratégiques de la société derrière la CSR était hypocrite, voire frauduleux, refusant ainsi l'idée que la CSR sert l'intérêt général³¹. On pourrait d'ailleurs lui donner raison au vu du fossé qui existe souvent entre la rhétorique des sociétés, qui veulent apparaître comme responsables, et la réalité de la gestion de leurs affaires³². Un exemple assez parlant est le cas récent de Volkswagen, qui publiait un « *Sustainability Report* » enjolivant sa place dans les indices d'entreprises durables, jusqu'à l'éclatement du scandale et la chute du cours de bourse de son action, alors que la vente de véhicules ne semble pas avoir été affectée³³. Cet exemple est pertinent à deux égards : il montre l'hypocrisie et le cynisme qui peuvent être présents derrière les engagements en CSR tels que déclarés, mais également que la sanction du marché, en l'occurrence boursier, peut être effective en matière de CSR.

Il est également fréquemment avancé que ce n'est pas le rôle du droit des sociétés de réaliser l'agenda de la CSR³⁴. Ainsi, Sealy avait écrit que « *company law (at least as it stands, but probably in any form it could potentially take) must acknowledge that it has no mechanism to ensure the fulfilment of obligations of social responsibility. At most, it may impose disclosure obligations* »³⁵. Pour lui, ce serait donc au droit positif externe au droit des sociétés de protéger les intérêts des tiers, et si les lois ne sont pas suffisantes, elles devraient elles-mêmes être modifiées et pas le droit des sociétés, qui sert un autre objet³⁶.

Finalement, il est soutenu que si les entreprises sont si enthousiastes à adopter des stratégies de CSR volontairement, c'est que ces stratégies ne peuvent qu'être conformes à leur objectif

²⁸ R. AYDOGDU, « La Corporate Social Responsibility, le droit par-delà le marché et l'Etat (partie 1) », *R.P.S.-T.R.V.*, 2016, pp. 674-675.

²⁹ M. FRIEDMAN, « The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits », *New York Times*, 1970, disponible sur <https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html>, p. 17.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² H.A.GROSSMAN, « Refining the Role of the Corporation: The Impact of Corporate Social Responsibility on Shareholder Primacy Theory », *Deakin Law Review*, 2005, p. 579.

³³ J.-M. GOLLIER, « Publication d'informations non financières – Commentaire de la loi du 3 septembre 2017 », *J.T.*, 2018, p. 250.

³⁴ J.A. PURCELL et J.A. LOFTUS, « Corporate social responsibility: Expanding directors' duties or enhancing corporate disclosure », *Australian Journal of Corporate Law*, 2007, p. 147.

³⁵ L.S. SEALY, « Directors' "Wider" Responsibilities — Problems Conceptual, Practical and Procedural », *Monash University Law Review*, 1987, p. 176.

³⁶ J.A. PURCELL et J.A. LOFTUS, « Corporate social responsibility: Expanding directors' duties or enhancing corporate disclosure », *Australian Journal of Corporate Law*, 2007, p. 147.

d'assurer leur profit, d'autant plus qu'elles sont concomitantes avec des initiatives visant à minimaliser le cadre réglementaire étatique dans lequel ces entreprises opèrent³⁷. Ainsi, la CSR permettrait une meilleure acceptation du capitalisme moderne, et s'inscrirait dans une optique de gain de marché face aux concurrents, voire face à l'Etat³⁸.

³⁷ R. AYDOGDU, « La Corporate Social Responsibility, le droit par-delà le marché et l'Etat (partie 1) », *R.P.S.-T.R.V.*, 2016, p. 675.

³⁸ *Ibid.*

II. Règles de base de la responsabilité des administrateurs

A. DROIT BELGE

1) Généralités

Le droit belge consacre la théorie de l'organe, selon laquelle le conseil d'administration est un organe de la société dont les membres, les administrateurs, ne doivent pas être tenus personnellement pour les engagements pris par la société, conformément à l'art. 61 C. soc³⁹. Le principe qui sous-tend cette doctrine est que toute action d'un organe de la société est une action de la société elle-même⁴⁰. L'administrateur bénéficiera en principe de cette immunité vis-à-vis des tiers, s'il a agi dans les limites de ses pouvoirs⁴¹. Cependant, ce principe est nuancé par le fait qu'il ne s'applique que vis-à-vis des tiers mais pas de la société elle-même et que sous certaines conditions, l'administrateur pourra être tenu responsable, concurremment à la société ou non, vis-à-vis des tiers⁴².

2) Responsabilité pour faute de gestion

Il est admis qu'un mandat lie les administrateurs à la société puisqu'ils agissent en son nom et pour son compte⁴³. Cela ressort de l'art. 527 C. soc. qui prévoit que « *Les administrateurs, les membres de comité de direction et les délégués à la gestion journalière sont responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion* ». Cela relève de la simple responsabilité contractuelle, qui implique que la société qui s'en prévaut fasse la preuve de la faute, du dommage et du lien de causalité. Seule la société elle-même peut s'en prévaloir, et non les tiers. L'exercice de l'action sociale contre les administrateurs revient à l'Assemblée générale, par l'art. 561 C. soc⁴⁴. Une action peut également être intentée par un ou plusieurs actionnaire(s) minoritaire(s) pour le compte de la société, aux conditions de l'art. 562 C. soc⁴⁵.

³⁹ A. BERTRAND, et A. COIBON, « Shareholder Suits against the Directors of a Company, against other Shareholders and against the Company itself under Belgian Law », *European Company and Financial Law Review*, 2009, pp. 272-273 ; Y. DE CORDT, *L'intérêt social comme vecteur de la responsabilité sociétale*, Louvain-La-Neuve, Academia-Bruylant, 2008, p. 74 ; art. 61 § 1^{er} C. soc. : « *Les sociétés agissent par leurs organes dont les pouvoirs sont déterminés par le présent code, l'objet social et les clauses statutaires. Les membres de ces organes ne contractent aucune responsabilité personnelle relative aux engagements de la société* ».

⁴⁰ A. BERTRAND, et A. COIBON, « Shareholder Suits against the Directors of a Company, against other Shareholders and against the Company itself under Belgian Law », *European Company and Financial Law Review*, 2009, p. 273.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*, p. 274.

⁴³ J.-F. GOFFIN, « Chapitre 5 - Le droit commun de la responsabilité des dirigeants – Les différents types de fautes engageant la responsabilité des administrateurs, membres du comité de direction et gérants », *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012, p. 120.

⁴⁴ Article 561 C. Soc. ; Y. DE CORDT, *L'intérêt social comme vecteur de la responsabilité sociétale*, Louvain-La-Neuve, Academia-Bruylant, 2008, p. 77.

⁴⁵ Article 562 C. soc. ; voir point III.H.1.

Une faute de gestion constitue un manquement à une norme de bon comportement⁴⁶. Le juge a un pouvoir d'appréciation quant à la détermination de cette faute⁴⁷. Dans l'exercice de ce pouvoir d'appréciation, le juge devra respecter le critère de la *marginale toetsing*⁴⁸. De manière générale, la *marginale toetsing* implique qu'un comportement ne peut être considéré comme fautif que s'il sort manifestement des limites du comportement admissible et que le juge ne peut pas substituer son appréciation propre à celle de l'auteur du comportement⁴⁹. Ainsi, les administrateurs disposent, dans leur gestion de la société, d'une marge d'appréciation qui leur permet de choisir entre les différentes décisions raisonnables au moment où elles doivent être prises. Dès lors, le juge doit réaliser une appréciation *a priori* et se limiter à contrôler si la décision prise était manifestement déraisonnable au moment où elle a été prise. Le critère de la *marginale toetsing* vise donc à éviter que le juge ne déduise de conséquences désastreuses une faute de gestion, alors qu'au moment où elle a été prise une décision pouvait être raisonnable. Toute erreur d'appréciation ne constitue pas en soi une faute. Par exemple, le fait qu'un investissement se soit révélé non rentable ne signifie pas que la décision de le réaliser était fautive⁵⁰. Le critère de la *marginale toetsing* permet aussi d'empêcher le juge d'émettre un jugement d'opportunité *a posteriori* qui privilégierait une décision sur une autre lorsque qu'elles étaient toutes deux raisonnables à l'origine⁵¹.

En outre, l'appréciation de la faute de gestion devra se faire en tenant compte de l'intérêt social. En effet, se prévaloir d'une faute de gestion revient à faire valoir que l'administrateur n'a pas exercé son mandat au mieux des intérêts de la société⁵². Ainsi, le Code belge de gouvernance d'entreprise, qui vise les sociétés cotées, énonce dans son principe 2 que « *La société se dote d'un conseil d'administration effectif et efficace qui prend des décisions dans l'intérêt social* » et précise ensuite que « *la composition du conseil d'administration assure que les décisions soient prises dans l'intérêt social* »⁵³. Dès lors, il convient de définir l'intérêt social, cette question sera abordée au point III.A.

⁴⁶ J.-F. GOFFIN, « Chapitre 5 - Le droit commun de la responsabilité des dirigeants – Les différents types de fautes engageant la responsabilité des administrateurs, membres du comité de direction et gérants », *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012, p. 121.

⁴⁷ O. CAPRASSE, *Droit des Sociétés*, Liège, Presses Universitaires de Liège, 2017-2018, p. 95.

⁴⁸ *Ibid.* ; J. RONSE, « Marginale Toetsing in het Privaatrecht », *Tijdschrift voor privaatrecht*, 1977, p. 210.

⁴⁹ A. AUTENNE, « « La règle du jugement d'affaire » - État des lieux et fondements économiques au regard de l'intérêt social », *Le juge des sociétés et associations / De vennootschaps- en verenigingsrechter*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 205.

⁵⁰ D. WILLERMAIN, « La responsabilité civile des dirigeants de sociétés : Principes généraux et évolutions récentes », *Vanham & Vanham*, Séminaire, février 2015, p. 15.

⁵¹ O. CAPRASSE, *Droit des Sociétés*, Liège, Presses Universitaires de Liège, 2017-2018, p. 95.

⁵² J.-F. GOFFIN, « Chapitre 5 - Le droit commun de la responsabilité des dirigeants – Les différents types de fautes engageant la responsabilité des administrateurs, membres du comité de direction et gérants », *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012, p. 122 ; Trib Comm. Liège 2003 RDC 2005, p 441

⁵³ Commission Corporate Governance, Code belge de gouvernance d'entreprise, 2009, disponible sur <https://www.corporategovernancecommittee.be/sites/default/files/generated/files/page/corporategovfrcode2009.pdf>, Principe 2.1.

3) Responsabilité pour violation du Code des sociétés et des statuts

Selon l'art. 528 C. soc., « *Les administrateurs sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers les tiers, de tous dommages et intérêts résultant d'infractions aux dispositions du présent code ou des statuts sociaux* ».

Cette responsabilité est plus lourde que celle qui découle de l'art.527 C. soc. étant donné que la faute est présumée en cas de violation des dispositions du Code ou des statuts, qu'elle pèse solidairement sur tous les administrateurs et qu'elle peut être invoquée tant par la société que par les tiers⁵⁴. La société ou les tiers devront néanmoins prouver le dommage et le lien causal avec la violation de la norme en cause. En principe, seules les règles contenues dans le Code des sociétés sont visées par l'art. 528, y compris celles relatives au droit comptable, mais cela sans préjudice de la responsabilité sur base de l'art. 1382 C. civ.

Le troisième alinéa de l'article 528 prévoit la décharge des administrateurs aux conditions strictes qu'ils n'aient pas pris part à l'infraction, qu'il n'aient pas commis de faute et qu'ils aient dénoncé ces infractions lors de la première assemblée générale après le moment où ils en ont eu connaissance. Ces conditions excluent donc que l'administrateur qui n'a pas assisté à la réunion du conseil d'administration par négligence et ne s'est pas informé sur les décisions prises lors de cette réunion soit déchargé.

4) Responsabilité extracontractuelle

L'art. 1382 C. civ. permet d'engager la responsabilité des administrateurs à l'égard de la société ainsi que des tiers⁵⁵. Il faut distinguer l'hypothèse du tiers qui est en relation contractuelle avec la société de l'hypothèse où ce tiers n'est pas en relation contractuelle⁵⁶.

Un arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 1989 a admis qu'un tiers créancier d'une personne morale puisse agir en responsabilité extracontractuelle contre un administrateur qui aurait adopté un comportement contraire à celui d'un homme prudent et diligent⁵⁷. Cependant, la mise en cause de la responsabilité des administrateurs sur cette base extracontractuelle serait soumise

⁵⁴ J.-F. GOFFIN, « Chapitre 5 - Le droit commun de la responsabilité des dirigeants – Les différents types de fautes engageant la responsabilité des administrateurs, membres du comité de direction et gérants », *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012, p. 138 ; O. CAPRASSE, *Droit des Sociétés*, Liège, Presses Universitaires de Liège, 2017-2018, p. 96-97.

⁵⁵ J.-F. GOFFIN, « Responsabilité des membres du conseil d'administration », *Vanham & Vanham*, Séminaire, février 2015, p. 3 ; M.-A. DELVAUX et P. DE WOLF, « Les responsabilités civiles des dirigeants de sociétés commerciales », *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2009, p. 240 ; X. DIEUX, P. LAMBRECHT, O. CAPRASSE, A. AUTENNE, R. AYDOGDU, M. DUPLAT, A. HANNOUILLE, D. LECLERCQ, L. LÉONARD, E. POTTIER, R. THUNGEN, E. WEEMAELS et D. WILLERMAIN, « Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (première partie) », *R.C.J.B.*, 2016, p. 154.

⁵⁶ X. DIEUX, P. LAMBRECHT, O. CAPRASSE, A. AUTENNE, R. AYDOGDU, M. DUPLAT, A. HANNOUILLE, D. LECLERCQ, L. LÉONARD, E. POTTIER, R. THUNGEN, E. WEEMAELS et D. WILLERMAIN, « Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (première partie) », *R.C.J.B.*, 2016, p. 154.

⁵⁷ Cass., 29 juin 1989, *Rev. prat. soc.*, p. 175 ; O. CAPRASSE, *Droit des Sociétés*, Liège, Presses Universitaires de Liège, 2017-2018, p. 98 ; D. WILLERMAIN, « La responsabilité civile des dirigeants de sociétés : Principes généraux et évolutions récentes », *Vanham & Vanham*, Séminaire, février 2015, p. 22.

aux conditions du concours de responsabilités⁵⁸. Ainsi, la faute ne pourrait pas consister en la simple violation d'obligations contractuelles ou une simple faute de gestion mais devrait être un manquement à la norme générale de prudence, et le dommage devrait être distinct de celui qui résulterait d'une mauvaise exécution du contrat⁵⁹. Cette première exigence comme quoi la faute ne devrait pas être une simple faute de gestion est aujourd'hui sujette à controverse⁶⁰. Ces conditions reviennent *de facto* à l'immunité de l'organe, qui est considéré simplement comme l'agent d'exécution du contrat, sauf si la faute est une infraction pénale, auquel cas l'agent d'exécution, l'administrateur, n'est pas immunisé⁶¹.

Dans le cas où le tiers qui invoque la responsabilité extracontractuelle est un tiers qui n'a pas contracté avec la société, la faute reprochée à l'administrateur ne peut pas être qu'une faute de gestion au sens de l'article 527 C. soc. mais doit constituer soit une violation d'une obligation légale qui s'impose à l'administrateur et pas uniquement à la société, soit un manquement au devoir général de prudence⁶². L'obligation d'agir de manière prudente et diligente que l'administrateur doit à la société dans le cadre de sa gestion et de son contrat de mandat est généralement considérée plus large que le devoir général de prudence prévu par l'art. 1382 C. civ⁶³.

Le principe de responsabilité extracontractuelle vis-à-vis des tiers préjudiciés a d'ailleurs été consacré par la Cour de cassation dans un arrêt du 20 juin 2005 en matière de *culpa in contrahendo* mais qui ne semble pas se limiter à cette seule hypothèse, dans lequel la Cour a déclaré que « *la faute commise par l'organe d'une société au cours de négociations préalables à la conclusion d'un contrat engage la responsabilité directe de cette personne morale* » et que « *cette responsabilité n'exclut pas, en règle, la responsabilité personnelle de l'organe mais coexiste avec celle-ci* »⁶⁴.

⁵⁸ O. CAPRASSE, *Droit des Sociétés*, Liège, Presses Universitaires de Liège, 2017-2018, p. 98.

⁵⁹ X. DIEUX, P. LAMBRECHT, O. CAPRASSE, A. AUTENNE, R. AYDOGDU, M. DUPLAT, A. HANNOUILLE, D. LECLERCQ, L. LÉONARD, E. POTTIER, R. THUNGEN, E. WEEMAELS et D. WILLERMAIN, « Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (première partie) », *R.C.J.B.*, 2016, p. 156 ; Cass., 7 novembre 1997, *R.C.J.B.*, 1998, p. 730, note V. Simonart ; M.-A. DELVAUX et P. DE WOLF, « Les responsabilités civiles des dirigeants de sociétés commerciales », *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2009, p. 246.

⁶⁰ X. DIEUX, « Droits, pouvoirs et responsabilités des actionnaires et des autres « parties prenantes » », *Droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 42, note n°110.

⁶¹ O. CAPRASSE, *Droit des Sociétés*, Liège, Presses Universitaires de Liège, 2017-2018, p. 98 ; Cass., 16 février 2001, *R.D.C.*, 2002, p. 698, note C. Geys ; X. DIEUX, P. LAMBRECHT, O. CAPRASSE, A. AUTENNE, R. AYDOGDU, M. DUPLAT, A. HANNOUILLE, D. LECLERCQ, L. LÉONARD, E. POTTIER, R. THUNGEN, E. WEEMAELS et D. WILLERMAIN, « Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (première partie) », *R.C.J.B.*, 2016, p. 155.

⁶² X. DIEUX, P. LAMBRECHT, O. CAPRASSE, A. AUTENNE, R. AYDOGDU, M. DUPLAT, A. HANNOUILLE, D. LECLERCQ, L. LÉONARD, E. POTTIER, R. THUNGEN, E. WEEMAELS et D. WILLERMAIN, « Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (première partie) », *R.C.J.B.*, 2016, p. 158 ; Cass., 21 septembre 2012, *Pas.*, 2012, p. 1719 : « *Toutes les obligations légales de la société ne constituent pas une obligation légale dans le chef des administrateurs ou du gérant en son nom propre* ».

⁶³ A. BERTRAND, et A. COIBON, « Shareholder Suits against the Directors of a Company, against other Shareholders and against the Company itself under Belgian Law », *European Company and Financial Law Review*, 2009, pp. 279-280.

⁶⁴ Cass., 20 juin 2005, *R.D.C.*, 2006, p. 418 ; J.-F. GOFFIN, « Chapitre 5 - Le droit commun de la responsabilité des dirigeants – Les différents types de fautes engageant la responsabilité des administrateurs, membres du comité de direction et gérants », *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012, p. 135.

B. DROIT AUSTRALIEN

1) Généralités

Les administrateurs ont, en droit australien, des obligations fiduciaires et légales vis-à-vis de la société⁶⁵. La base théorique de la responsabilité des administrateurs vient de la théorie de l'agence, par laquelle les administrateurs sont vus comme les agents de la société, qui sont dès lors chargés de poursuivre ses intérêts en utilisant ses ressources et en prenant les décisions pour elle⁶⁶. Flannigan définit le « *fiduciary duty* » comme « *the duty or responsibility to exercise authority for the good of those who have granted that authority and are therefore subject to it* »⁶⁷. Le débiteur d'obligations fiduciaires est investi de la confiance (*fiducia*) du créancier de ces obligations, qui implique que ce débiteur soit tenu à un haut standard d'agir dans les intérêts du créancier⁶⁸. Nous précisons d'emblée que les administrateurs n'ont pas en principe d'obligation fiduciaire vis-à-vis des actionnaires⁶⁹. Tous les devoirs des administrateurs trouvent leur source *in equity*⁷⁰. En outre, ces devoirs ont été codifiés dans le Corporations Act 2001 (Corp. Act), se superposant ainsi aux obligations fiduciaires qui existaient déjà⁷¹. Le contenu de ces devoirs codifiés ne se différencie pas substantiellement des *equitable duties* mais les recours et remèdes disponibles ne sont pas les mêmes⁷².

2) *Duty of care, skill and diligence*

Bien que provenant de l'*equity*, le *duty of care* n'est pas une obligation fiduciaire en tant que telle⁷³. Le *duty of care, skill and diligence* existe aussi dans la *common law* et comme une clause implicite dans les contrats des administrateurs qui sont également des employés de la société, à la différence des autres obligations des administrateurs⁷⁴.

Section 180(1) Corp. Act prévoit que les administrateurs d'une société doivent exercer leurs pouvoirs et se décharger de leurs obligations avec le même degré de prudence et de diligence qu'une personne raisonnable exercerait dans cette position avec les mêmes responsabilités⁷⁵.

⁶⁵ E. BOROS et J. DUNS, *Corporate Law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 91 ; L. SACCONI, « Corporate Social Responsibility and Corporate Governance », *EconomEtica*, 2012, disponible sur <https://ssrn.com/abstract=2102116>, p. 14.

⁶⁶ R. FLANNIGAN, « The Fiduciary Obligation », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1989, p. 316.

⁶⁷ L. SACCONI, « Corporate Social Responsibility and Corporate Governance », *EconomEtica*, 2012, p. 14 ; R. FLANNIGAN, « The Fiduciary Obligation », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1989, pp. 285-294.

⁶⁸ P. RADAN et C. STEWART, *Principles of Australian Equity and Trusts*, 3^e éd., Chatswood NSW, LexisNexis Butterworths, 2016 ; p. 228.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 240.

⁷⁰ L'*equity* est ce pan du droit qui s'est développé à côté de la *common law* historiquement dans des juridictions différentes, et qui comprend notamment les obligations fiduciaires ; pour une introduction à l'*equity* en droit australien, voir P. RADAN et C. STEWART, *Principles of Australian Equity and Trusts*, 3^e éd., Chatswood NSW, LexisNexis Butterworths, 2016.

⁷¹ Corporations Act 2001 (Cth) du 1^{er} janvier 2001, modifié en dernier lieu par l'Act n°23 du 30 mars 2018.

⁷² E. BOROS et J. DUNS, *Corporate Law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 264.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*, p. 180.

⁷⁵ J. DICKSON, J. TAN et K. SHATTOCK, « Directors' duties », *Practical Guidance AU – Business*, Chatswood NSW, LexisNexis Butterworths, disponible sur <https://advance.lexis.com>, consulté le 22 avril 2018, p. 1.

Le test appliqué par les cours pour déterminer si section 180(1) n'a pas été respectée est résumé par Santow J. dans *ASIC v Adler* qui jugea qu'« *one must ask what an ordinary person, with the knowledge and experience of the defendant might be expected to have done in the circumstances if he or she was acting on their own behalf* »⁷⁶. Il faut avoir égard à des facteurs tels que le type de société, sa taille et la distribution des fonctions dans la société, pour déterminer si un administrateur a engagé sa responsabilité⁷⁷. La compétence individuelle de l'administrateur n'entre pas en ligne de compte, à moins d'alourdir la charge qui lui incombe s'il occupe une position qui demande un certain degré de compétence ou s'il a été nommé au conseil d'administration en raison de compétences particulières⁷⁸. Pour évaluer si l'administrateur a manqué à son obligation de prudence et de diligence, les juges prennent régulièrement l'approche qui consiste à peser le risque prévisible de dommage face aux bénéfices potentiels pour la société⁷⁹.

On peut noter que ce devoir n'impose pas d'obligation de respecter les dispositions légales ; toute contravention au Corporations Act ou à d'autres lois n'engagera pas automatiquement la responsabilité de l'administrateur, même si elle pourra être engagée dans certaines circonstances⁸⁰.

La section 180(2) Corp. Act fournit les administrateurs d'un moyen de défense potentiel, la *business judgment rule*. Il faut d'ores et déjà signaler que celle-ci se distingue singulièrement de la *business judgment rule* dégagée par la jurisprudence américaine. Section 180(2) prévoit : « *A director or other officer of a corporation who makes a business judgment is taken to meet the requirements of subsection (1), and their equivalent duties at common law and in equity, in respect of the judgment if they: (a) make the judgment in good faith for a proper purpose; and (b) do not have a material personal interest in the subject matter of the judgment; and (c) inform themselves about the subject matter of the judgment to the extent they reasonably believe to be appropriate; and (d) rationally believe that the judgment is in the best interests of the corporation. The director's or officer's belief that the judgment is in the best interests of the corporation is a rational one unless the belief is one that no reasonable person in their position would hold* ». La protection apportée par cette dernière phrase est importante, parce qu'il suffit que le jugement de l'administrateur ne soit pas un jugement qu'aucune personne raisonnable

⁷⁶ Supreme Court of New South Wales, *Australian Securities and Investments Commission (ASIC) v Adler*, 14 mars 2002, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°41, p. 72, § 372.

⁷⁷ E. BOROS et J. DUNS, *Corporate Law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 290 ; Supreme Court of New South Wales, *Australian Securities and Investments Commission (ASIC) v Rich*, 18 novembre 2009, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°75, p. 1, §§ 7192-7195.

⁷⁸ E. BOROS et J. DUNS, *Corporate Law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 292 ; Federal Court of Australia, *Gamble & Mann v Hoffman*, 25 juillet 1997, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°24, p. 369 ; Supreme Court of New South Wales, *Daniels (formerly practising as Deloitte Haskins & Sells) v Anderson*, 15 mai 1995, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°16, p. 607 ; Supreme Court of New South Wales, *Australian Securities and Investments Commission (ASIC) v Rich*, 18 novembre 2009, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°75, p. 1, §§ 7205-7208.

⁷⁹ J. DICKSON, J. TAN et K. SHATTOCK, « Directors' duties », *Practical Guidance AU – Business*, Chatswood NSW, LexisNexis Butterworths, p. 1 ; Supreme Court of New South Wales, *Vines v Australian Securities and Investments Commission (ASIC)*, 4 avril 2007, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°62, p. 1, § 116.

⁸⁰ Federal Court of Australia, *Australian Securities and Investments Commission (ASIC) v Warrenmang Ltd*, 29 juin 2007, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°63, p. 623, §§ 22-23 ; J. DICKSON, J. TAN et K. SHATTOCK, « Directors' duties », *Practical Guidance AU – Business*, Chatswood NSW, LexisNexis Butterworths, p. 1 ; par l'approche des *stepping stones*, voir III.C.

dans les mêmes circonstances n'aurait pu croire qu'il était contraire aux meilleurs intérêts de la société pour que la *business judgment rule* s'applique⁸¹. La jurisprudence précise que cette disposition ne peut être invoquée que si un administrateur a réalisé un véritable jugement⁸².

Il y a débat quant à la question de savoir si cette règle est une présomption en faveur de l'administrateur ou s'il revient à lui de prouver qu'il en respecte les conditions pour en bénéficier⁸³. La doctrine et la jurisprudence semblent aller dans cette deuxième direction, au contraire des travaux préparatoires, ce qui en rend l'application au bénéfice des administrateurs plus difficile⁸⁴.

Au niveau de la réparation du dommage subi par la société, le manquement au *duty of care* en *equity* est susceptible de donner lieu à une *equitable compensation* et en *common law* à des *damages*⁸⁵.

3) *Duty to act bona fides and for a proper purpose*

Section 181 Corp. Act prévoit qu'un administrateur doit exercer ses pouvoirs « *in good faith in the best interests of the corporation and for a proper purpose* ». L'obligation statutaire d'agir dans l'intérêt social s'apprécie objectivement selon le phrasé de l'article, ce qui signifie qu'un administrateur pourra manquer à ce devoir même s'il pensait agir dans les meilleurs intérêts de la société⁸⁶. Cependant, la jurisprudence suggère que pour cette même obligation en *equity*, le test est subjectif, sous certaines limites pour les cas où le comportement ne peut pas être considéré comme raisonnable, rationnel ou ne prend pas en compte les obligations de la société⁸⁷. Cela ressort clairement dans l'affaire *Re Smith and Fawcett Ltd*, dans laquelle Lord Greene jugea que les administrateurs doivent exercer leur pouvoir dans ce qu'eux-mêmes considèrent de bonne foi être les meilleurs intérêts de la société, et pas dans ce qu'un juge pourrait considérer être les meilleurs intérêts de la société⁸⁸. Il ressort de la jurisprudence que l'approche subjective prévaut, les cas où un administrateur qui pensait honnêtement agir dans

⁸¹ J.-J. DU PLESSIS, A. HARGOVAN et J. HARRIS, *Principles of contemporary corporate governance*, 4^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 201 ; Supreme Court of New South Wales, Australian Securities and Investments Commission (ASIC) v Rich, 18 novembre 2009, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°75, p. 1, §§ 7285-7291.

⁸² Supreme Court of Western Australia, Great Southern Finance Pty Ltd (in liq) v Rhodes, 18 novembre 2014, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°103, p. 137 ; J. DICKSON, J. TAN et K. SHATTOCK, « Directors' duties », *Practical Guidance AU – Business*, Chatswood NSW, LexisNexis Butterworths, p. 2 ; Supreme Court of New South Wales, Australian Securities and Investments Commission (ASIC) v Rich, 18 novembre 2009, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°75, p. 1, §§ 7258-7270, mais la cour arrive à cette conclusion « avec hésitation ».

⁸³ E. BOROS et J. DUNS, *Corporate Law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 202.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 202-203 ; G. NERI-CASTRACANE, « Does the Business Judgment Rule Help Promote Corporate Social Responsibility », *Frontiers of Law in China*, 2015, p. 12 ; W. BAINBRIDGE et T. CONNOR, « Another Way Forward? The Scope for an Appellate Court to Reinterpret the Statutory Business Judgment Rule », *Company and Securities Law Journal*, 2016, p. 415.

⁸⁵ E. BOROS et J. DUNS, *Corporate Law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 264.

⁸⁶ J. DICKSON, J. TAN et K. SHATTOCK, « Directors' duties », *Practical Guidance AU – Business*, Chatswood NSW, LexisNexis Butterworths, p. 2.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Court of Appeal (England), *In re Smith and Fawcett Ltd*, 27 mars 1942, *The Law Reports (Chancery Division)*, 1942, p. 304, p. 306.

l'intérêt de sa société engagerait sa responsabilité relative à ce devoir de loyauté étant rares⁸⁹. Il est également notable qu'un administrateur manque à son devoir d'agir dans les meilleurs intérêts de la société s'il n'a pas considéré les intérêts de la société dans le processus de décision⁹⁰.

Les différentes définitions possibles des *best interests of the company* seront examinées au point III.A.

Le devoir d'agir *for a proper purpose* doit être compris, dans ce contexte, hors de toute considération éthique ou morale, dans le sens de la fonction des administrateurs⁹¹. Pour évaluer si les administrateurs ont agi dans un but approprié, il faudra voir si factuellement les administrateurs ont exercé leurs pouvoirs dans les limites des objectifs qu'ils peuvent poursuivre⁹². Il y aura manquement à cette obligation si l'exercice d'un pouvoir n'aurait pas eu lieu sans le but non légitime poursuivi⁹³. La responsabilité des administrateurs est le plus souvent engagée sur cette base dans le contexte de l'émission d'actions afin de contrer une OPA hostile⁹⁴.

Le devoir de loyauté étant fiduciaire, sa violation peut être sanctionnée par tout *equitable remedy*⁹⁵.

4) *Civil penalty provisions*

Sections 180 et 181 Corp. Act sont qualifiées de *civil penalty provisions*, différant de ce point de vue sensiblement de leurs pendant respectifs en droit commun. Ainsi, ces dispositions sont susceptibles d'être sanctionnées d'une déclaration de contravention, d'une disqualification, d'une amende civile et/ou de la réparation du dommage⁹⁶. De plus, l'Australian Securities and Investments Commission (ASIC) est responsable du respect du Corporations Act et à ce titre, agit contre les administrateurs qu'elle estime manquer à leurs obligations statutaires⁹⁷. Ces caractéristiques montrent le caractère au moins partiellement public de ces articles, et donc de la responsabilité des administrateurs prévue par le Corporations Act⁹⁸. Cette possibilité de mise

⁸⁹ J. DICKSON, J. TAN et K. SHATTOCK, « Directors' duties », *Practical Guidance AU – Business*, Chatswood NSW, LexisNexis Butterworths, p. 2. ; H.A.GROSSMAN, « Refining the Role of the Corporation: The Impact of Corporate Social Responsibility on Shareholder Primacy Theory », *Deakin Law Review*, 2005, p. 576.

⁹⁰ R. TEELE LANGFORD, « Best Interests: Multifaceted but not Unbounded », *Cambridge Law Journal*, 2016, p. 514.

⁹¹ J. DICKSON, J. TAN et K. SHATTOCK, « Directors' duties », *Practical Guidance AU – Business*, Chatswood NSW, LexisNexis Butterworths, p. 3.

⁹² E. BOROS et J. DUNS, *Corporate Law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 228.

⁹³ J. DICKSON, J. TAN et K. SHATTOCK, « Directors' duties », *Practical Guidance AU – Business*, Chatswood NSW, LexisNexis Butterworths, p. 3.

⁹⁴ E. BOROS et J. DUNS, *Corporate Law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 221.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 265 : les *equitable remedies* sont : « *injunctive or declaratory relief, rescission, resist specific performance, equitable compensation or account of profits* ».

⁹⁶ R. TEELE LANGFORD, « Best Interests: Multifaceted but not Unbounded », *Cambridge Law Journal*, 2016, p. 509.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Federal Court of Australia, Australian Securities and Investments Commission (ASIC) v Cassimatis (No 8), 26 août 2016, *Australian Law Reports*, n°336, p. 209, §§ 453-457 ; P. HANRAHAN, « Corporate governance in these 'exciting times' », *Australian Journal of Corporate Law*, 2017, p. 148.

en œuvre publique de la responsabilité civile des administrateurs est une particularité du droit australien.

III. Responsabilité des administrateurs et CSR

A. INTÉRÊT SOCIAL

En droit belge comme en droit australien, les décisions du conseil d'administration doivent être conformes à l'intérêt social si les administrateurs ne veulent pas risquer d'engager leur responsabilité⁹⁹. Pourtant, cette notion d'intérêt social n'est pas définie par les législations en vigueur dans les deux juridictions, alors que sa définition est sujette à de nombreuses discussions. Celles-ci sont un enjeu majeur pour la CSR puisqu'elles ont trait à la place à donner aux intérêts de tous les *stakeholders* et à la maximisation du profit des actionnaires dans la gestion de la société.

1) Théories

a) *Shareholder primacy*

Selon cette première théorie, la société doit être gérée exclusivement dans l'intérêt des actionnaires, la maximisation de leur profit sera dès lors obligatoire¹⁰⁰. Le premier cas étant considéré comme donnant un poids légal à la *shareholder primacy* est l'affaire *Dodge v Ford Motor Corp* dans laquelle la Cour Suprême du Michigan a déclaré, en 1919, que « *A business corporation is organised and carried on primarily for the profit of the stockholders* »¹⁰¹. Cette vue a été notablement exposée par Friedman pour qui « *there is one and only one social responsibility of business – to use its resources and engage in activities designed to increase its profits so long as it stays within the rules of the game, which is to say, engages in open and free competition without deception or fraud* »¹⁰². Dans le contexte belge, cette théorie a notamment été défendue par Glansdorff selon qui « *hors les cas où la loi l'imposerait expressément, se conçoit-il qu'une personne quelconque soit tenue de veiller aux intérêts d'une autre ... ?* »¹⁰³.

Dans l'optique de *shareholder primacy*, les bénéfices engrangés par la société doivent être vus comme la propriété des actionnaires, et ne devraient pas être investis en CSR par les administrateurs, mais bien distribués aux actionnaires qui décideront eux-mêmes de ce qu'ils en font¹⁰⁴. En investissant dans une société, ceux-ci s'attendent à recevoir un retour sur leur

⁹⁹ J.-M. GOLLIER, « Le dirigeant et la responsabilité sociétale de l'entreprise », *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2009, p. 312.

¹⁰⁰ R. AYDOGDU, « La Corporate Social Responsibility, le droit par-delà le marché et l'Etat (partie 1) », *R.P.S.-T.R.V.*, 2016, p. 688.

¹⁰¹ Governance Institute of Australia, *Shareholder primacy: Is there a need for change? A discussion paper*, 2014, disponible sur <https://www.governanceinstitute.com.au/advocacy/thought-leadership/shareholder-primacy-is-there-a-need-for-change/>, p. 6., citant Supreme Court of Michigan, *Dodge v Ford Motor Company*, 1919, *N.W.*, n°170, p. 668.

¹⁰² M. FRIEDMAN, « The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits », *New York Times*, 1970, p. 17.

¹⁰³ J.-M. GOLLIER, « L'intérêt social », obs. sous Cass., 28 novembre 2013, *Rev. prat. soc.*, 2014, p. 49, citant B. GLANSORFF, « Interventions nouvelles du juge en droit des sociétés », *Colloque L'entreprise économique sous tutelle judiciaire*, Bruxelles, C.I.E.A.U., 1989, n° 468.

¹⁰⁴ Parliamentary Joint Committee on Corporations and Financial Services, *Corporate responsibility: Managing risk and creating value*, 2006, disponible sur

investissement le plus élevé possible¹⁰⁵. La relation entre les administrateurs et les actionnaires est vue, selon la théorie de l'agence, comme un contrat par lequel les administrateurs s'engagent à gérer la société dans l'intérêt financier des actionnaires¹⁰⁶. Les actionnaires seraient en définitive les propriétaires de la société et les administrateurs ne seraient que des mandataires à leur service¹⁰⁷. Les autres *stakeholders* n'auraient pas besoin de règles spécifiques à l'encontre des administrateurs pour protéger leurs intérêts car ils disposent de contrats bien définis desquels ils peuvent se prévaloir contre la société¹⁰⁸. Les actionnaires, au contraire, ne sont que des créanciers résiduels et peuvent seulement bénéficier de leur retour sur investissement qu'après les autres créanciers, ce qui augmenterait le risque de cet investissement¹⁰⁹. Dès lors, si des profits sont détournés vers d'autres activités, comme la poursuite d'intérêts publics, ils sont directement détournés de la poche des actionnaires¹¹⁰.

Simple, la doctrine de la « *shareholder primacy* » continue de recueillir l'approbation d'une partie considérable de la doctrine¹¹¹. D'ailleurs, de nombreuses réformes modernes de la *corporate governance* sont motivées par l'objectif de protection des investisseurs, spécialement en Australie¹¹². La théorie de l'agence, qui identifie la relation entre l'agent et le commettant comme le problème central de la gouvernance, explique que : « *the overarching aim of the governance guidelines in various jurisdictions is to lead the corporation's decision-makers to focus on the shareholders' interests and implement governance frameworks that confirm that directors are the delegates of shareholders and accountable to them as the owners of the company* »¹¹³.

Avec cette théorie de la primauté des actionnaires, aucune place n'est laissée pour la CSR. Est-il tenable socialement, économiquement et juridiquement que l'entreprise ne soit gouvernée qu'en ayant égard aux actionnaires¹¹⁴ ? L'argument traditionnel contre la *shareholder primacy* est que ce modèle de gouvernance place l'intérêt privé avant l'intérêt public¹¹⁵.

https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Joint/Corporations_and_Financial_Services/Completed_inquiries/2004-07/corporate_responsibility/report/index, p. 49.

¹⁰⁵ J.R. MACEY, « Corporate Social Responsibility: A Law & Economics Perspective », *Chapman Law Review*, 2014, pp. 331-332.

¹⁰⁶ L. SACCONI, « Corporate Social Responsibility and Corporate Governance », *EconomEtica*, 2012, p. 4.

¹⁰⁷ X. DIEUX, « Droits, pouvoirs et responsabilités des actionnaires et des autres « parties prenantes » », *Droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 17.

¹⁰⁸ L. SACCONI, « Corporate Social Responsibility and Corporate Governance », *EconomEtica*, 2012, p. 5.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ F.L. REINHARDT et R.N. STAVINS, « Corporate social responsibility, business strategy, and the environment », *Oxford Review of Economic Policy*, 2010, p. 166.

¹¹¹ X. DIEUX, « Droits, pouvoirs et responsabilités des actionnaires et des autres « parties prenantes » », *Droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 14, note n°22.

¹¹² Governance Institute of Australia, *Shareholder primacy: Is there a need for change? A discussion paper*, 2014, p. 9.

¹¹³ *Ibid.*, pp.10-11.

¹¹⁴ X. DIEUX, « Droits, pouvoirs et responsabilités des actionnaires et des autres « parties prenantes » », *Droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 18.

¹¹⁵ Governance Institute of Australia, *Shareholder primacy: Is there a need for change? A discussion paper*, 2014, p. 11.

Pour Dieux, l'idée selon laquelle les actionnaires supportent le risque de l'insolvabilité de la société et pas les travailleurs ni les créanciers est déconnectée de la réalité¹¹⁶. En effet, Gollier met en évidence que les actionnaires bénéficient de la limitation de leur responsabilité juridique personnelle en principe au montant de leur apport, alors que leurs profits sont potentiellement illimités¹¹⁷. En regard, les autres *stakeholders* risqueraient de supporter de graves conséquences d'une défaillance de la société qui pourrait résulter d'une vision centrée sur le profit à court terme des actionnaires¹¹⁸. Il n'y aurait pas d'« opposition bipolaire » entre les actionnaires et les autres *stakeholders*¹¹⁹.

La différence entre les structures actionnariales montre que les actionnaires peuvent rarement être identifiés comme un groupe homogène, et ce constat serait d'ailleurs pris en compte par le droit financier¹²⁰. Or, une des caractéristiques de la théorie de la primauté des actionnaires est que ceux-ci doivent être compris collectivement, aucun devoir n'étant dû à un actionnaire individuellement¹²¹. D'ailleurs, pour Smith, la « *shareholder primacy norm* » a été créée à l'origine dans la jurisprudence pour régler les conflits entre actionnaires et prévoyait que les administrateurs devaient exercer leur pouvoir dans l'intérêt de tous les actionnaires et pas seulement des actionnaires majoritaires¹²². Elle ne serait donc pas pertinente pour régler les conflits entre actionnaires et autres *stakeholders*, ce qui fait écrire à Smith que cette doctrine est « *one of the most overrated doctrines in corporate law* »¹²³.

La vue selon laquelle les *shareholders* sont les propriétaires de la société serait également sans fondement du point de vue légal¹²⁴. Stout note que les actionnaires ne possèdent pas la société mais seulement des actions dans celle-ci, leur donnant ainsi des droits assez limités, qui n'incluent pas le droit de contrôler les avoirs de la société¹²⁵. La seule influence que ces actionnaires pourraient avoir sur la société est indirecte, via leur influence sur le conseil d'administration, mais dans les sociétés publiques à l'actionnariat dispersé l'influence des actionnaires sur le conseil d'administration serait tellement diluée qu'elle serait négligeable¹²⁶. Il serait donc fallacieux d'utiliser le terme « propriété » pour décrire la relation entre un actionnaire et une société, en tout cas pour une société publique¹²⁷. Pour Stout, cet argumentaire s'applique aussi dans le cas d'une société dont une seule personne détient les actions mais qui a emprunté, puisque les créanciers supporteraient *de facto* autant le risque que l'actionnaire¹²⁸.

¹¹⁶ X. DIEUX, « Droits, pouvoirs et responsabilités des actionnaires et des autres « parties prenantes » », *Droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 21.

¹¹⁷ J.-M. GOLLIER, « L'intérêt social », obs. sous Cass., 28 novembre 2013, *Rev. prat. soc.*, 2014, p. 62.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ X. DIEUX, « Droits, pouvoirs et responsabilités des actionnaires et des autres « parties prenantes » », *Droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 22.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ E. BOROS et J. DUNS, *Corporate Law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 210.

¹²² D.G. SMITH, « The Shareholder Primacy Norm », *Journal of Corporate Law*, 1998, pp. 279, 304, 306.

¹²³ *Ibid.*, pp. 322-323.

¹²⁴ L.A. STOUT, « Bad and Not-so-Bad Arguments for Shareholder Primacy », *Southern California Law Review*, 2002, p. 1189.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Ibid.*, pp. 1191-1192.

Gollier note que l'intérêt des organismes de placement collectif est déterminé en fonction de l'intérêt exclusif des porteurs actuels de titres, et que cette détermination est une exception due au fait que ces organismes sont de purs instruments financiers, ce qui n'est pas le cas des sociétés¹²⁹.

b) *Going concern*

Cette vision de l'intérêt social rejette l'approche court-terme qui peut résulter de la conception étroite de l'intérêt social exposée au point a) et autorise les administrateurs à prendre en compte les intérêts de tous les *stakeholders* dans leurs décisions, sans pour autant les y contraindre¹³⁰. Différentes nuances peuvent être apportées à cette approche mais elles se rejoignent généralement sur ces points.

La vision de l'intérêt social privilégiée par le Parliamentary Joint Committee (PJC) dans son rapport est l'*enlightened self-interest*¹³¹. Pour le PJC, cette approche permet aux administrateurs de considérer les intérêts de toutes les parties prenantes tant que ces intérêts correspondent à celui de la société¹³². Cinq facteurs principaux montreraient que les administrateurs désireux de s'engager dans des politiques de CSR ne s'éloigneraient pas des intérêts de la société¹³³. Le premier serait la *license to operate*, la permission tacite pour les entreprises de continuer leurs activités parce qu'elles ont un impact positif sur la communauté¹³⁴. Deuxièmement, la CSR permettrait d'améliorer la réputation de la société, ce qui a une valeur en soi¹³⁵. Troisièmement, les intérêts de la société pourraient également être protégés par le fait que les actions volontaires dans laquelle la société s'engage pourraient permettre de devancer ou d'éviter une régulation externe¹³⁶. Éviter ou devancer une régulation externe se rapproche de la *license to operate* ; un secteur industriel a généralement intérêt à éviter tout scandale s'il ne veut pas subir l'action du législateur, et des règles qui limiteraient sa liberté de décider comment gérer ses externalités négatives. Une approche d'*enlightened self-interest* permettrait en quatrième lieu d'aider dans le recrutement et la rétention de personnel de haute qualité¹³⁷. Cinquièmement, cette approche serait manifestement utile pour attirer des investissements venant de fonds d'investissement éthiques¹³⁸. Ces raisons qui sont considérées comme non-commerciales à première vue, éventuellement non justifiées sur le plan strictement financier, montrent que les décisions favorables à la CSR ont des bénéfices intangibles et donc finalement une rationalité

¹²⁹ J.-M. GOLLIER, « L'intérêt social », obs. sous Cass., 28 novembre 2013, *Rev. prat. soc.*, 2014, pp. 54-55.

¹³⁰ R. AYDOGDU, « La Corporate Social Responsibility, le droit par-delà le marché et l'Etat (partie 1) », *R.P.S.-T.R.V.*, 2016, pp. 690-692 ; B. SHEEHY et D. FEAVAR, « Anglo-American Directors' Legal Duties and CSR: Prohibited, Permitted or Prescribed? », *Dalhousie Law Journal*, 2014, pp. 352-353.

¹³¹ Parliamentary Joint Committee on Corporations and Financial Services, *Corporate responsibility: Managing risk and creating value*, 2006, p. 49.

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ *Ibid.*, pp. 49-50.

commerciale¹³⁹. Ainsi, les intérêts financiers d'une société évolueraient pour inclure de plus en plus les intérêts des autres *stakeholders*¹⁴⁰. Au-delà du simple aspect de réputation, la *sustainability* prônée par la CSR est identifiée comme un facteur de succès de l'entreprise¹⁴¹.

La maximisation du profit des actionnaires reste cependant l'objectif principal de la société, mais cette maximisation doit être envisagée à long terme¹⁴². Il est soutenu qu'une société qui prête attention à ses aspects sociaux, éthiques et environnementaux obtient de meilleures performances en termes de valeur actionnariale, alors que négliger la CSR produirait l'effet inverse¹⁴³. S'intéressant particulièrement à l'aspect environnemental, Barker considère même que ne pas s'adapter face au problème des changements climatiques mènerait à des désavantages compétitifs qui pourraient dans certains cas conduire à l'insolvabilité¹⁴⁴.

L'approche de l'*enlightened self-interest* présente cependant des limites, en particulier parce qu'elle subordonne tout engagement en CSR à la poursuite d'un profit pour les actionnaires, ne fût-ce qu'à long terme, et que lien entre CSR et *shareholder value* n'est pas toujours établi. Un contre-exemple parlant est l'effet positif sur le marché boursier que peut avoir l'expectative ou la mise en place de licenciements massifs, comme dans le cas de la Scott Paper Company, où 11200 employés furent congédiés, ce qui augmenta le prix des actions de 225%¹⁴⁵.

c) *Stakeholder theory*

De nombreux auteurs défendent une conception plus large de l'intérêt social, qui serait entendu comme l'intérêt de l'entreprise ou comme le résultat de l'ensemble d'intérêts de *stakeholders* affectés par les activités de l'entreprise¹⁴⁶. Cette conception de l'intérêt social peut, en définitive, revenir à interdire la maximisation du profit si les décisions des administrateurs peuvent être censurées pour contrariété à l'intérêt social lorsqu'elles ne prennent en compte que l'intérêt des actionnaires¹⁴⁷. Pour qu'une telle obligation existe sur le plan du droit, il faudrait

¹³⁹ N. WILSON, « Corporate Social Responsibility, the Business Judgment Rule and Human Rights in Australia - Warm Inner Glow or Warming the Globe », *Monash University Law Review*, 2012, p. 157.

¹⁴⁰ R. TEELE LANGFORD, « Best Interests: Multifaceted but not Unbounded », *Cambridge Law Journal*, 2016, p. 522.

¹⁴¹ J.A. PURCELL et J.A. LOFTUS, « Corporate social responsibility: Expanding directors' duties or enhancing corporate disclosure », *Australian Journal of Corporate Law*, 2007, p. 140-141.

¹⁴² A. AUTENNE, « « La règle du jugement d'affaire » - État des lieux et fondements économiques au regard de l'intérêt social », *Le juge des sociétés et associations / De vennootschaps- en verenigingsrechter*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 215.

¹⁴³ K. HEENETIGALA et C.S. DE SILVA LOKUWADUGE, « Directors Duties and Responsibilities towards other Stakeholders: A Discussion of Case Studies on Corporate Disasters », *Journal of Business Systems, Governance & Ethics*, 2013, p. 53.

¹⁴⁴ S. BARKER, « Directors' personal liability for corporate inaction on climate change », *Governance Directions*, 2015, p. 21.

¹⁴⁵ H.A.GROSSMAN, « Refining the Role of the Corporation: The Impact of Corporate Social Responsibility on Shareholder Primacy Theory », *Deakin Law Review*, 2005, p. 575.

¹⁴⁶ N. HACHEZ, « Responsabilité sociale des entreprises : l'Union avance-t-elle à reculons ? », *Journal de droit européen*, 2016, p. 378 ; R. AYDOGDU, « La Corporate Social Responsibility, le droit par-delà le marché et l'Etat (partie 1) », *R.P.S.-T.R.V.*, 2016, p. 689.

¹⁴⁷ R. AYDOGDU, « La Corporate Social Responsibility, le droit par-delà le marché et l'Etat (partie 1) », *R.P.S.-T.R.V.*, 2016, p. 689.

cependant qu'elle soit assortie d'une sanction qui puisse être mise en œuvre par tous les *stakeholders*¹⁴⁸.

Pour certains, la *stakeholder theory* permet de voir la CSR non plus comme une stratégie de gestion de la société qui permet de maximiser la valeur de la société à long terme mais comme un modèle de gouvernance qui contraint les administrateurs à gérer la société en mettant en balance les attentes de tous les *stakeholders* pour réduire ses externalités négatives¹⁴⁹. L'intérêt social serait défini comme le bénéfice commun et mutuel de tous les *stakeholders* de la société¹⁵⁰. Des devoirs fiduciaires seraient donc dus par les administrateurs aussi bien aux actionnaires qu'aux autres *stakeholders*¹⁵¹. Le sacrifice de profit dans l'intérêt public aurait parfaitement l'aval du droit¹⁵². Ce modèle est basé sur une vision institutionnelle de la société qui lui permet de s'émanciper de ses actionnaires, à l'opposé de l'idée de la *shareholder primacy*¹⁵³.

Des auteurs avancent que la *stakeholder theory* est la seule approche qui permet de prendre sérieusement en compte les droits fondamentaux de tous les individus dans la prise de décision par les administrateurs, parce que la dignité humaine des *stakeholders* ne peut être subordonnée au profit des actionnaires¹⁵⁴.

Allant encore plus loin, Parkinson avait exprimé dans son ouvrage « *Corporate Power and Responsibility* » que les grandes sociétés devraient être comprises comme des *entreprises sociales*, des entités dont l'existence et les décisions ne sont justifiées que tant qu'elles servent l'intérêt public¹⁵⁵. Cela rejoint l'argument selon lequel les sociétés ne sont que des constructions légales, qui doivent leur existence et leur droit d'opérer au droit des sociétés, qui serait donc habilité à définir leurs objectifs¹⁵⁶. Pour Parkinson, même si le principe selon lequel les sociétés sont là pour générer un profit pour leurs actionnaires n'est pas en lui-même insatisfaisant, ce principe doit être vu comme un mécanisme de promotion de l'intérêt public, et pas comme une fin en soi¹⁵⁷. Parkinson voit la légitimité de l'entreprise sociétale dans le fait qu'il s'agit du système le plus efficace pour la création de richesse pour la communauté¹⁵⁸. Ainsi, même si les actionnaires auraient un droit moral à avoir un retour sur leur investissement (mais pas nécessairement le plus élevé possible), cela serait dû à leur rôle fonctionnel dans la conduite efficace des affaires, qui devrait avoir un impact positif au niveau de l'intérêt public¹⁵⁹. Selon

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ L. SACCONI, « Corporate Social Responsibility and Corporate Governance », *EconomEtica*, 2012, p. 13.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² F.L. REINHARDT et R.N. STAVINS, « Corporate social responsibility, business strategy, and the environment », *Oxford Review of Economic Policy*, 2010, p. 166.

¹⁵³ D. WILLERMAIN, « L'intérêt social selon la Cour de cassation: « The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits »? », note sous Cass., 28 novembre 2013, *R.D.C.*, 2014, p. 857.

¹⁵⁴ D. BILCHITZ et J.L. AUSSLERLADSCHEIDER, « Proportionality, Fundamental Rights and the Duties of Directors », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2016, pp. 835-836 et note n°34.

¹⁵⁵ J.E. PARKINSON, *Corporate Power and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 23.

¹⁵⁶ J. MCCONVILL et J. MARTIN, « The Interaction of Directors' Duties and Sustainable Development in Australia: Setting off on the Uncharted Road », *Melbourne University Law Journal*, 2003, pp. 118, 143, citant R. HINKLEY, 'The Profit Motive Can Work with a Moral Motive', *The Australian Financial Review*, 2000, p. 32.

¹⁵⁷ J.E. PARKINSON, *Corporate Power and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 24.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 48.

¹⁵⁹ *Ibid.*, pp. 40-41.

l'auteur, le concept de maximisation du profit dans les limites de ce qui est permis par la loi n'est pas suffisant pour prendre en compte tous les intérêts des tiers, tant que le but d'une société est la maximisation des profits, les considérations pour le bien-être des tiers ne sont que des moyens de protéger la profitabilité à long terme. En revanche, la CSR demande à son sens que les intérêts de toutes les parties soient considérés comme des fins en eux-mêmes, ce qui demandera parfois de se distancer de la maximisation du profit à long terme dans la prise de décision¹⁶⁰.

La *stakeholder theory* est critiquée par bon nombre d'observateurs¹⁶¹. Par exemple, Strine introduisait un article en écrivant : « *Among scholars and commentators, whose values and objectives I respect, there is a tendency I confess to finding a tad naïve and tiring: their propensity to admonish the directors and top executives of American public corporations to "do the right thing" and to consider the interests of constituencies other than stockholders as on the same par* »¹⁶².

Aussi tentante que puisse paraître l'extension de l'intérêt social pour assurer la protection des *stakeholders*, Teele Langford prévient face au risque d'une telle extension de dénaturer la relation fiduciaire de loyauté qui existe entre l'administrateur et la société¹⁶³. Elle rappelle la décision bien établie de Mason J. dans *Hospital Products Ltd v United States Surgical Corporation* qui avait déclaré que « *it is partly because the fiduciary's exercise of the power or discretion can adversely affect the interests of the person to whom the duty is owed and because the latter is at the mercy of the former that the fiduciary comes under a duty to exercise his power or discretion in the interests of the person to whom it is owed* »¹⁶⁴. Le devoir de loyauté est dû à la société, et celle-ci est dépendante des décisions des administrateurs, ce qui explique pourquoi ceux-ci doivent agir dans ses intérêts. Le problème d'une approche *multifiduciaire* serait qu'il deviendrait difficile pour les administrateurs d'identifier quelles parties ont un intérêt légitime qui nécessite d'être pris en compte et dans quel ordre les considérer¹⁶⁵. Il pourrait donc y avoir un risque pour la sécurité juridique d'étendre les devoirs des administrateurs en imposant des obligations potentiellement conflictuelles dues à divers groupes de *stakeholders*¹⁶⁶. La tâche serait également rendue plus difficile pour ASIC ou la société de prouver un manquement dans le chef des administrateurs puisque ceux-ci pourraient argumenter que leur décision était un jugement pris après considération des intérêts divergents

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 43.

¹⁶¹ F.L. REINHARDT et R.N. STAVINS, « Corporate social responsibility, business strategy, and the environment », *Oxford Review of Economic Policy*, 2010, p. 166.

¹⁶² L.E.J. STRINE, « Making It Easier for Directors to "Do the Right Thing" ? », *Harvard Business Law Review*, 2014, p. 235.

¹⁶³ R. TEELE LANGFORD, « Best Interests: Multifaceted but not Unbounded », *Cambridge Law Journal*, 2016, p. 506.

¹⁶⁴ High Court of Australia, *Hospital Products Ltd v United States Surgical Corporation*, 25 octobre 1984, *Australian Law Reports*, n°55, p. 417, p. 454 ; R. TEELE LANGFORD, « Best Interests: Multifaceted but not Unbounded », *Cambridge Law Journal*, 2016, pp. 519-520.

¹⁶⁵ Corporations and Markets Advisory Committee, *The social responsibility of corporations report*, 2006, disponible sur [http://www.camac.gov.au/camac/camac.nsf/byheadline/pdffinal+reports+2006/\\$file/csr_report.pdf](http://www.camac.gov.au/camac/camac.nsf/byheadline/pdffinal+reports+2006/$file/csr_report.pdf), p. 112.

¹⁶⁶ J.A. PURCELL et J.A. LOFTUS, « Corporate social responsibility: Expanding directors' duties or enhancing corporate disclosure », *Australian Journal of Corporate Law*, 2007, p. 147.

des *stakeholders* sans que l'intérêt qu'ils devraient privilégier soit clair¹⁶⁷. La difficulté voire l'impossibilité de comparer ces intérêts pourrait dès lors résulter en la concentration des pouvoirs dans les mains du conseil d'administration¹⁶⁸.

Pour Teele Langford, même s'il est généralement dans l'intérêt de la société et des actionnaires de considérer les intérêts des *stakeholders* dans la prise de décisions, le devoir d'agir dans l'intérêt de la société n'est pas un mécanisme adéquat pour imposer un devoir d'activement promouvoir ou protéger les intérêts de ces *stakeholders*¹⁶⁹. Elle trouve qu'il serait plus approprié d'étendre la responsabilité des sociétés à protéger ces intérêts que directement celle des administrateurs, qui se trouveront de toute façon affectés par un élargissement des responsabilités de la société¹⁷⁰.

Finalement, un argument utilisé en Australie et en Belgique contre la *stakeholder theory* est que le droit de la responsabilité des administrateurs les autoriserait déjà à prendre en compte les intérêts des *stakeholders*¹⁷¹.

2) Jurisprudence

a) Droit belge

Au même titre que la doctrine, la jurisprudence belge n'est pas unifiée sur la définition de l'intérêt social, qui semble être une notion mouvante entre les conceptions individuelles et les circonstances de l'espèce.

Un jugement de 1958 du tribunal du commerce d'Anvers, dans un autre contexte que la responsabilité des administrateurs, semble être le premier à définir largement l'intérêt social en décidant « *d'ordonner la continuation de l'entreprise et de prendre les mesures nécessaires pour assurer cette continuation dans l'intérêt de chacun et pas seulement des associés eux-mêmes, mais également et surtout dans l'intérêt des ouvriers et des employés qui y trouvent un moyen d'existence* »¹⁷².

Dans l'affaire *de Benedetti*, la Cour d'appel de Bruxelles avait jugé en 1988 que l'intérêt social pouvait être celui de maintenir un actionnariat parcellisé, et que tenir compte des intérêts industriels de la Belgique n'était pas illégitime¹⁷³. Il y avait donc aussi dans cet arrêt une

¹⁶⁷ Corporations and Markets Advisory Committee, *The social responsibility of corporations report*, 2006, p 112.

¹⁶⁸ P. REDMOND, « The thrall of shareholder value: implications for CSR and directors' duties », *Applied Corporate Governance*, 2006, p. 82.

¹⁶⁹ R. TEELE LANGFORD, « Best Interests: Multifaceted but not Unbounded », *Cambridge Law Journal*, 2016, p. 521.

¹⁷⁰ R. TEELE LANGFORD, « Best Interests: Multifaceted but not Unbounded », *Cambridge Law Journal*, 2016, p. 524 ; par l'approche des *stepping stones*, voir III.C.

¹⁷¹ S. MARSHALL et I. RAMSAY, « Stakeholders and Directors' Duties: Law, Theory and Evidence », *University of New South Wales Law Journal*, 2012, p. 296.

¹⁷² D. WILLERMAIN, « L'intérêt social selon la Cour de cassation: « The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits »? », note sous Cass., 28 novembre 2013, *R.D.C.*, 2014, p. 856, note n°14 ; Comm. Anvers, 17 juillet 1958, *R.C.J.B.*, 1959, p. 359, note A. De Bersaques.

¹⁷³ Bruxelles (1^{ère} ch.), 1^{er} mars 1988, *J.T.*, p. 232, obs. A. Benoit-Moury, p. 234.

interprétation plus large de l'intérêt social, qui n'était pas déterminé par le seul intérêt des actionnaires.

La Cour de cassation a donné son interprétation de l'intérêt social dans un arrêt du 28 novembre 2013, en précisant que « *L'intérêt social est déterminé par le but de lucre collectif des associés actuels et futurs de la société* »¹⁷⁴. Il semblerait que cette définition choisie par la Cour de Cassation s'applique de manière générale, et pas seulement dans l'hypothèse qui lui était soumise dans le cas d'espèce¹⁷⁵. Cependant, cette décision ne fait pas l'unanimité dans la doctrine et la jurisprudence, ce qui est compréhensible étant donné que cette décision n'est pas idéologiquement neutre puisqu'elle favorise une conception de l'intérêt social orientée vers les actionnaires¹⁷⁶. Il semblerait que la référence aux associés futurs ne doit pas être prise littéralement mais exprimerait simplement l'objectif de la Cour de considérer que l'intérêt social doit être apprécié dans une logique de gestion à plus long terme et en assurant la continuité de l'entreprise¹⁷⁷. C'est d'ailleurs ce qu'indique la Cour dans son rapport annuel 2013¹⁷⁸. Elle s'inscrit ainsi la vision déjà « annoncée » comme percolant en droit belge des sociétés par Geens et Wyckaert qui écrivaient : « *het collectief winstbelang van de aandeelhouders, met dien verstande dat ook de rentabiliteit op lange termijn en zelfs het belang van de toekomstige aandeelhouders werden verdisconteerd; kortom, het winstbegrip werd op dynamische, continue en toekomstgerichte wijze geïnterpreteerd* »¹⁷⁹. Caprasse et Aydogdu préfèrent aussi une définition stricte de l'intérêt social qui l'identifie à l'intérêt commun des actionnaires¹⁸⁰. Pour eux, les intérêts des autres *stakeholders* ne seraient pas négligés par cette définition car, outre la protection juridique dont ils bénéficient dans de nombreuses dispositions externes au droit des sociétés, quand les intérêts des *stakeholders* sont complémentaires à l'intérêt commun des actionnaires, il sera économiquement opportun de les prendre en compte¹⁸¹. Quand ils divergent de cet intérêt commun, ce dernier devra prévaloir, sans pour autant que cela puisse être disproportionné¹⁸². Cette définition est la plus réaliste pour Coipel et Davagle¹⁸³.

Cependant, la Cour de cassation ne fait aucune référence aux intérêts des autres *stakeholders*, ce qui les rendrait complètement instrumentaux à la réalisation de l'intérêt des actionnaires, réduisant potentiellement la marge de manœuvre des administrateurs à considérer les intérêts

¹⁷⁴ Cass., 28 novembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 2571, § 14.

¹⁷⁵ M. COIPEL, « La cour de Cassation définit l'intérêt social », note sous Cass., 28 novembre 2013, *Jurisprudence en droit des Sociétés Commerciales*, pp. 64-65 ; D. WILLERMAIN, « L'intérêt social selon la Cour de cassation: « The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits »? », note sous Cass., 28 novembre 2013, *R.D.C.*, 2014, p. 859 ; Cass., *Rapport annuel*, 2013, p. 32.

¹⁷⁶ D. WILLERMAIN, « L'intérêt social selon la Cour de cassation: « The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits »? », note sous Cass., 28 novembre 2013, *R.D.C.*, 2014, p. 859.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 860.

¹⁷⁸ ; Cass., *Rapport annuel*, 2013, p. 32.

¹⁷⁹ K. GEENS et M. WYCKAERT, « De vennootschap A. Algemeen deel », *Beginnselen van Belgisch privaatrecht IV Verenigingen en vennootschappen*, Malines, Kluwer, 2011, p. 261.

¹⁸⁰ O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, « L'abus du droit de vote et ses sanctions », *Le droit des sociétés aujourd'hui : principes, évolutions et perspectives*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, p. 311.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 313.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ M. COIPEL et M. DAVAGLE, « Associations sans but lucratif », *Rép. not.*, Tome XII, Le droit commercial et économique, Livre 8, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 787.

de ces autres *stakeholders*¹⁸⁴. Un jugement du tribunal de commerce de Liège avait pourtant reconnu que l'intérêt social doit être compris dans une perspective de continuité et de développement, qui « assure, dans cette mesure mais indirectement, la prise en compte d'intérêts tiers, tels ceux des travailleurs ou des créanciers, dans la mesure où ceux-ci participent à la continuité de l'entreprise »¹⁸⁵.

En pratique, il est très rare qu'une juridiction censure une décision prise dans l'intérêt des actionnaires lorsqu'elle respecte le cadre légal externe¹⁸⁶. En Belgique, est notable à ce sujet l'ordonnance du Président du Tribunal de commerce de Liège du 26 novembre 2013, dans l'affaire *Noirfalise c. Meister Coordination Center*, confirmé dans un jugement du 23 mai 2016¹⁸⁷. Dans cette affaire, des travailleurs s'étaient plaints que la société octroie un dividende substantiel à sa société mère alors qu'elle était dans une situation financière inquiétante, malgré que la décision était légale et que les conditions de la menace à la continuité de l'entreprise n'étaient pas remplies¹⁸⁸. Le Président jugea qu'il fallait répondre à la question de si la décision d'accorder ces dividendes constituait un abus de droit, en évaluant la réponse à cette question « à l'aune de l'intérêt social, qui comporte plusieurs composantes et comprend, à côté de l'intérêt de ses actionnaires, celui d'autres parties intéressées dans l'entreprise comme les clients, les fournisseurs, les travailleurs, ... »¹⁸⁹. Le Président poursuivit en jugeant que les actionnaires, « en agissant comme ils l'ont fait, c'est en réalité leur intérêt personnel d'investisseur qu'ils ont privilégié (ce qui n'est pas dénié) au mépris de celui de la survie de l'entreprise »¹⁹⁰. Certes l'ordonnance concernait une décision des actionnaires mais rien ne semble exclure que ce raisonnement puisse s'appliquer *mutatis mutandis* aux décisions prises par les administrateurs.

b) Droit australien

La législation australienne ne prévoit pas que les administrateurs doivent exercer leurs pouvoirs dans les meilleurs intérêts des *shareholders*, même si la jurisprudence semble leur avoir donné primauté, mais que les devoirs des administrateurs sont dus à la société¹⁹¹.

La situation en Australie est telle que le conseil d'administration peut mettre en place une politique d'*enlightened self-interest* mais ne peut pas utiliser les ressources de la société là où il n'y aurait pas de perspective d'avantage commercial pour la société¹⁹². Les intérêts des

¹⁸⁴ D. WILLERMAIN, « L'intérêt social selon la Cour de cassation: « The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits »? », note sous Cass., 28 novembre 2013, *R.D.C.*, 2014, p. 860.

¹⁸⁵ Comm. Liège, 17 octobre 2003, *R.D.C.-T.B.H.*, 2005, p. 429, p. 437.

¹⁸⁶ R. AYDOGDU, « La Corporate Social Responsibility, le droit par-delà le marché et l'Etat (partie 1) », *R.P.S.-T.R.V.*, 2016, p. 690.

¹⁸⁷ *Ibid.* ; Prés. Comm. Liège (réf.), 26 novembre 2013, *T.R.V.*, 2014, p. 319, note N. Cooreman ; Comm. Liège, 23 mai 2016, RG A/13/2612 et A/14/3611, inédit.

¹⁸⁸ Prés. Comm. Liège (réf.), 26 novembre 2013, *T.R.V.*, 2014, p. 319, note N. Cooreman, p. 319.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 323-324.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 324.

¹⁹¹ Governance Institute of Australia, *Shareholder primacy: Is there a need for change? A discussion paper*, 2014, p. 5.

¹⁹² N. WILSON, « Corporate Social Responsibility, the Business Judgment Rule and Human Rights in Australia - Warm Inner Glow or Warming the Globe », *Monash University Law Review*, 2012, pp. 157-158 ; R. TEELE

stakeholders pourraient donc être pris en compte mais certainement pas indépendamment de tout profit pour la société¹⁹³.

La question spécifique de la discrétion des administrateurs de considérer la communauté et les *stakeholders* n'a pas été clairement définie ni par la loi, ni par une décision de justice faisant autorité¹⁹⁴. Cependant, il a été jugé que l'expression « *the company as a whole* » n'entendait pas que la société doive être comprise comme une entité commerciale distincte de ses membres mais comme l'ensemble de ceux-ci¹⁹⁵. Cette identification de l'intérêt social à l'intérêt des actionnaires compris collectivement n'est pas totalement satisfaisante pour guider les administrateurs¹⁹⁶. Ainsi, Owen J. apporta plus d'une nuance à ce principe en déclarant que le *general body of shareholders* n'est pas en toutes circonstances identifié à la « *company as a whole* », mais que cela dépendra du contexte, du type de société, de la nature de la décision ou de l'activité en cause et de la santé financière de la société¹⁹⁷. Pour le juge, l'intérêt social et l'intérêt des actionnaires se recoupent, mais cela ne signifie pas que les actionnaires *sont* la société¹⁹⁸. Ce recoupement n'implique pas que « *the concerns of shareholders are the only ones to which attention need be directed or that the legitimate interests of other groups can safely be ignored* »¹⁹⁹.

Cette affirmation est particulièrement pertinente en ce qui concerne les intérêts des créanciers ; Hodgson J., dans l'affaire *Darvall v North Sydney Brick & Tile Co Ltd*, avait jugé que « *it is proper to have regard to the interests of the members of the company, as well as having regard to the interests of the company as a commercial entity. Indeed, it is proper also to have regard to the interests of the creditors of the company* »²⁰⁰. La « *best interests rule* » est généralement comprise comme imposant un devoir à l'administrateur de prendre en compte les intérêts des créanciers dans le processus de décision²⁰¹. Cela proviendrait de l'affaire *Walker v Wimborne* dans laquelle Mason J. avait jugé que « *the directors of a company in discharging their duty to the company must take account of the interests of its shareholders and its creditors*

LANGFORD, « Stakeholder Interests - Balancing or Considering? », *Company & Securities Law Journal*, 2014, p. 68.

¹⁹³ P. REDMOND, « Directors' Duties and Corporate Social Responsiveness », *University of New South Wales Law Journal*, 2012, p. 324 ; R. TEELE LANGFORD, « Stakeholder Interests - Balancing or Considering? », *Company & Securities Law Journal*, 2014, p. 68-69.

¹⁹⁴ P. REDMOND, « Directors' Duties and Corporate Social Responsiveness », *University of New South Wales Law Journal*, 2012, p. 324 ; the directors duties debate p 29

¹⁹⁵ P. REDMOND, « Directors' Duties and Corporate Social Responsiveness », *University of New South Wales Law Journal*, 2012, pp. 325-326.

¹⁹⁶ P. REDMOND, « Directors' Duties and Corporate Social Responsiveness », *University of New South Wales Law Journal*, 2012, p. 326, citant Supreme Court of New south Wales, *Kirwan v Cresvale Far East Ltd (in liq)*, 10 décembre 2002, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°44 p. 21, p. 56.

¹⁹⁷ Supreme Court of Western Australia, *Bell Group Ltd (in liq) v Westpac Banking Corp (No 9)*, 28 octobre 2008, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°70, p. 1, p. 235, § 4393.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 236, § 4395.

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ Supreme Court of New South Wales, *Darvall v North Sydney Brick & Tile Co Ltd (No 4)*, 21 octobre 1988, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°12, p. 537, p. 554 ; confirmé en appel dans Supreme Court of New South Wales – Court of Appeal, *Darvall v North Sydney Brick & Tile Co Ltd*, 23 mars 1989, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°15, p. 230, p. 260.

²⁰¹ R. TEELE LANGFORD, « Best Interests: Multifaceted but not Unbounded », *Cambridge Law Journal*, 2016, p. 515.

»²⁰². L'étendue de cette obligation est cependant discutée. Il est reconnu que les créanciers n'ont pas de moyen de mettre en œuvre la responsabilité des administrateurs sur cette base en dehors des cas d'insolvabilité²⁰³. La High Court ne semble pas reconnaître d'obligation fiduciaire des administrateurs envers les créanciers quand la société est solvable²⁰⁴. La Cour irait même plus loin et suggérerait qu'il n'y ait pas d'obligation fiduciaire due directement aux créanciers même dans des situations où l'insolvabilité est imminente²⁰⁵. La Cour semble par ailleurs refuser l'interprétation du commentaire de Mason J. de l'affaire *Walker v Wimborne* comme quoi il y aurait une obligation fiduciaire due aux créanciers, et critiquer la jurisprudence en ce sens²⁰⁶.

Cependant, il a été proposé subséquemment par deux juges de la West Australian Supreme Court of Appeal que l'obligation de prendre en compte les intérêts des créanciers implique non seulement la considération des leurs intérêts mais aussi leur protection, mais la doctrine n'a pas accueilli favorablement cette interprétation²⁰⁷.

La High Court a déclaré, en 1968, que les administrateurs « *in whom are vested the right and duty of deciding where the company's interests lie and how they are to be served may be concerned with a wide range of practical considerations and their judgment, if exercised in good faith, and not for irrelevant purposes, is not open to review* »²⁰⁸. Il est évidemment permis de se demander quels sont ces « *irrelevant purposes* » mais cette interprétation laisse une liberté pour les administrateurs de déterminer ce qui est dans les meilleurs intérêts de la société.

Comme en Belgique, la jurisprudence permet aux administrateurs de ne pas se concentrer sur le profit à court terme mais de prendre en compte l'intérêt à long terme de la société et les actionnaires futurs²⁰⁹. Cependant, Redmond n'avait pas connaissance, en 2012, d'un cas en

²⁰² High Court of Australia, *Walker v Wimborne & ors*, 3 mars 1976, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°3, p. 529, p. 532.

²⁰³ R. TEELE LANGFORD, « Best Interests: Multifaceted but not Unbounded », *Cambridge Law Journal*, 2016, p. 515 ; C. STANLEY, « The personal liability of directors to third parties and shareholders », *Trust & Trustees*, 2013, p. 394

²⁰⁴ voir P. RADAN et C. STEWART, *Principles of Australian Equity and Trusts*, 3^e éd., Chatswood NSW, LexisNexis Butterworths, 2016, p. 241, citant High Court of Australia, *Spies v R*, 3 août 2000, *Australian Law Reports*, n°173, p. 529.

²⁰⁵ B.A.O. BAXT, « Future directions for Corporate Law: Where are we now and where do we go from here? The dilemmas of the modern company director », *Australian Journal of Corporate Law*, 2011, p. 220, citant High Court of Australia, *Spies v R*, 3 août 2000, *Australian Law Reports*, n°173, p. 529 et J. HEYDON, « 'Directors' Duties and the Company's Interests' », *Equity and Commercial Relationships*, Sydney, LawBook Co, 1987, p. 126.

²⁰⁶ B.A.O. BAXT, « Future directions for Corporate Law: Where are we now and where do we go from here? The dilemmas of the modern company director », *Australian Journal of Corporate Law*, 2011, p. 220 ; High Court of Australia, *Spies v R*, 3 août 2000, *Australian Law Reports*, n°173, p. 529, §§ 93-97.

²⁰⁷ Supreme Court of Western Australia, *Westpac Banking Corporation v Bell Group Ltd (in liq) (No 3)*, 17 août 2012, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°89, p. 1, §§ 920, 993, 1011, 169 et 203 ; R. TEELE LANGFORD, « Best Interests: Multifaceted but not Unbounded », *Cambridge Law Journal*, 2016, p. 515.

²⁰⁸ High Court of Australia, *Harlowe's Nominees Pty Ltd v Woodside (Lakes Entrance) Oil Co NL*, 21 juin 1968, *Commonwealth Law Reports*, n°121, p. 483 ; J. OVERLAND, « Chapter 7 - Corporate Social Responsibility Reporting and Directors' Duties: The Australian Experience », *Corporate Social Responsibility in the Global Business World*, London, Springer, 2014, p. 143.

²⁰⁹ J. OVERLAND, « Chapter 7 - Corporate Social Responsibility Reporting and Directors' Duties: The Australian Experience », *Corporate Social Responsibility in the Global Business World*, London, Springer, 2014, p. 142 ; P. REDMOND, « Directors' Duties and Corporate Social Responsiveness », *University of New South Wales Law Journal*, 2012, p. 326 ; Supreme Court of New South Wales, *Darvall v North Sydney Brick & Tile Co Ltd (No 4)*, 21 octobre 1988, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°12, p. 537, p. 554.

Australie où des administrateurs ont engagé leur responsabilité pour n'avoir considéré que l'intérêt à court terme des actionnaires²¹⁰. Nous n'en avons pas plus connaissance aujourd'hui.

Il ne semble pas possible pour les administrateurs de sacrifier des profits pour le bénéfice de la communauté lorsque ce n'est pas dans le bénéfice de la société. Cela ressort de l'affaire *Woolworths Ltd v Kelly*, dans laquelle Mahoney J.A. avait jugé qu'un directeur pouvait être généreux envers les *stakeholders* si et seulement si c'était au profit de la société, ou pour la poursuite de ses objets²¹¹. De nombreuses décisions en droit australien se montrent favorables à cette interprétation. On peut citer l'exemple classique de *Parke v Daily News Ltd*, dans lequel le juge décida que réaliser des paiements supplémentaires par rapport au prescrit légal, à des employés qui allaient perdre leur emploi suite au rachat de la société, n'était pas dans l'intérêt de celle-ci, même à titre incident²¹². La jurisprudence est d'ailleurs cohérente sur le fait que les administrateurs n'ont pas d'obligation de considérer les intérêts des employés sauf dans la mesure où leurs intérêts coïncident avec ceux de la société²¹³. Ainsi, il semble admis que la condition pour un comportement généreux vis-à-vis de *stakeholders* autres que les actionnaires soit la perspective d'un avantage commercial pour la société²¹⁴. Cependant, il n'est pas certain qu'il doive y avoir un lien de proportionnalité entre la dépense de la société et son bénéfice, ni quelle serait l'étendue de ce lien²¹⁵. Pour Redmond, la jurisprudence ne semble pas avoir considéré la question en dehors de cas d'insolvabilité²¹⁶. Il y a d'ailleurs peu de décisions qui relèvent la question des intérêts des *stakeholders*²¹⁷. L'obligation d'agir dans les intérêts de la société autorise donc les administrateurs à prendre en compte les intérêts des *stakeholders* dans leurs décisions à condition d'un avantage pour la société, mais la question devient plus compliquée de savoir si un manquement à un devoir d'un administrateur peut survenir si les intérêts de *stakeholders* n'ont pas été adéquatement protégés²¹⁸.

L'intérêt collectif des actionnaires n'a pas été interprété comme devant spécifiquement être un intérêt uniquement financier²¹⁹. Il a été reconnu dans l'affaire *Cassimatis* que le dommage à la réputation est un facteur pertinent pour engager la responsabilité des administrateurs, et pas

²¹⁰ P. REDMOND, « Directors' Duties and Corporate Social Responsiveness », *University of New South Wales Law Journal*, 2012, p. 327.

²¹¹ J. OVERLAND, « Chapter 7 - Corporate Social Responsibility Reporting and Directors' Duties: The Australian Experience », *Corporate Social Responsibility in the Global Business World*, London, Springer, 2014, p. 143 ; Supreme Court of New South Wales – Court of Appeal, *Woolworths Ltd v Kelly*, 15 mars 1991, *New South Wales Law Reports*, n°22, p. 189.

²¹² E. BOROS et J. DUNS, *Corporate Law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 212, citant England and Wales High Court – Chancery Division, *Parke v Daily News Ltd*, 6 juin 1962, *All England Law Reports*, n°2, p. 929.

²¹³ E. BOROS et J. DUNS, *Corporate Law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 212.

²¹⁴ R.P. AUSTIN, H.A.J. FORD et I.M. RAMSAY, *Company Directors: Principles of Law and Corporate Governance*, Chatswood NSW, LexisNexis Butterworths, 2005, 281.

²¹⁵ P. REDMOND, « Directors' Duties and Corporate Social Responsiveness », *University of New South Wales Law Journal*, 2012, p. 328.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ *Ibid.*, p. 30.

²¹⁸ R. TEELE LANGFORD, « Stakeholder Interests - Balancing or Considering? », *Company & Securities Law Journal*, 2014, p. 68-69.

²¹⁹ P. REDMOND, « Directors' Duties and Corporate Social Responsiveness », *University of New South Wales Law Journal*, 2012, p. 331.

seulement le dommage financier²²⁰. Ainsi, Edelman J. jugea qu'une société a « *a real and substantial interest in the lawful or legitimate conduct of its activity independently of whether the illegitimacy of that conduct will be detected or would cause loss. One reason for that interest is the corporation's reputation. Corporations have reputations, independently of any financial concerns, just as individuals do* »²²¹. Cette conception extensive de l'intérêt social se distancie nettement de l'obligation de maximiser le profit des actionnaires. D'ailleurs, dans cette affaire, les deux administrateurs étaient également les seuls actionnaires de la société et avaient tenté d'argumenter que la société n'avait pas subi de dommage à la suite de leurs actions²²².

3) Critiques

L'état de la jurisprudence, que ce soit en Belgique ou en Australie, ne permet pas de dégager une définition claire de l'intérêt social qui soit valable en toute situation. L'aspect *élastique* du concept qui s'adapte en fonction des circonstances de l'espèce ne renforce pas la sécurité juridique mais a au moins pour effet de diminuer la polarité entre les modèles de *shareholder primacy* et de *stakeholder theory*²²³.

Pour Redmond, le corps de règles sur la responsabilité des administrateurs (en droit australien mais ses raisonnements sont également pertinents en droit belge) n'a pas l'effet de guide quant à l'étendue des possibilités ou devoirs pour les administrateurs de prendre en compte la CSR, et ne sert pas de protection claire, ni d'incitant aux décisions favorables à la CSR²²⁴. La nécessité alléguée d'une corrélation entre les dépenses orientées dans l'intérêt des *stakeholders* et un avantage pour la société pourrait avoir pour effet d'empêcher les comportements de CSR qui ne sont pas confortablement appuyés par une stratégie commerciale plausible²²⁵. Il est utopique de penser que tous les comportements socialement bénéfiques finissent par maximiser le profit²²⁶. L'effet inhibiteur du droit de la responsabilité des administrateurs est exemplifié par le cas de James Hardie, dans lequel le conseil juridique s'était prononcé en défaveur de la CSR²²⁷.

Redmond est en faveur d'une règle explicite permettant aux administrateurs de sacrifier un profit²²⁸. Pour lui, une telle possibilité améliorerait le comportement des sociétés en favorisant le respect des normes sociales, parce que ce pouvoir de discrétion donné aux administrateurs

²²⁰ Federal Court of Australia, Australian Securities and Investments Commission (ASIC) v Cassimatis (No 8), 26 août 2016, *Australian Law Reports*, n°336, p. 209, §§ 481-483.

²²¹ *Ibid.*, § 482.

²²² *Ibid.*, § 496.

²²³ R. TEELE LANGFORD, « Best Interests: Multifaceted but not Unbounded », *Cambridge Law Journal*, 2016, p. 523.

²²⁴ P. REDMOND, « Directors' Duties and Corporate Social Responsiveness », *University of New South Wales Law Journal*, 2012, p. 330.

²²⁵ *Ibid.*, p. 331.

²²⁶ *Ibid.* ; M. COIPEL et M. DAVAGLE, « Associations sans but lucratif », *Rép. not.*, Tome XII, Le droit commercial et économique, Livre 8, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 787.

²²⁷ P. REDMOND, « Directors' Duties and Corporate Social Responsiveness », *University of New South Wales Law Journal*, 2012, p. 331.

²²⁸ *Ibid.*, p. 332.

autoriserait ces normes sociales de jouer complètement²²⁹. Par normes sociales, l'auteur entend les normes de comportement qui régissent notre vie sans pour autant être exprimées dans des textes légaux et qui sont accompagnées de sanctions morales informelles²³⁰. Pour Redmond, la structure des sociétés contribue à protéger les actionnaires de l'impact de ces normes sociales, ce qui renforce l'importance de laisser aux administrateurs la possibilité d'agir conformément à ces normes, et donc de s'engager dans des comportements qui sacrifieraient du profit²³¹.

En revanche, selon les adeptes de l'*operational discretion model*, le droit, par son autolimitation à remettre en causes les décisions commerciales, permettrait déjà aux administrateurs de se conformer aux normes sociales ainsi entendues, même si cela impliquerait une diminution du profit²³². Parkinson est d'ailleurs d'avis que le système juridique va, en pratique, accommoder des décisions sacrifiant un profit malgré le devoir des administrateurs de le maximiser, parce que l'observation stricte d'un tel devoir n'est pas faisable²³³.

Une vision beaucoup plus critique quant à la capacité des sociétés à respecter les normes sociales et à considérer les intérêts des *stakeholders* est exposée par Worthington²³⁴. Pour lui, les sociétés sont organisées avec le seul but de maximiser leur profit financier, ce qui empêche les administrateurs de mettre en balance les intérêts de la société en elle-même avec ceux d'autres groupes affectés par ses activités²³⁵. Il exprime qu'il est probable que « *within this framework, genuinely otherregarding behaviour of any kind is precluded, making the corporation an entity for which the concepts of community, environmental sustainability or generational equity are, in and of themselves, meaningless* »²³⁶. Worthington est donc favorable à une approche qui permettrait le sacrifice du profit et la poursuite d'une réelle CSR²³⁷.

Ensuite, Redmond avance que la société qui s'engagerait dans des comportements qui sacrifient du profit délibérément encourage ceux qui traitent avec elle de continuer à le faire, en vue d'un futur bénéfice réciproque²³⁸. Un tel comportement semble cependant déjà autorisé dans l'état actuel du droit de la responsabilité des administrateurs. Ce pouvoir discrétionnaire de sacrifier des profits devrait être limité, et pour cela Redmond propose deux limites²³⁹. La première serait un test du caractère raisonnable de la dépense, qui devrait être proportionnelle aux usages d'une société de taille similaire avec des revenus similaires²⁴⁰. La seconde serait de demander une

²²⁹ *Ibid.*, pp. 332-333.

²³⁰ *Ibid.*, p. 333.

²³¹ *Ibid.*, pp. 333-334

²³² F.L. REINHARDT et R.N. STAVINS, « Corporate social responsibility, business strategy, and the environment », *Oxford Review of Economic Policy*, 2010, p. 166 ; voir les développements sur la *business judgment rule* et la *marginale toetsing*, III.D.

²³³ J.E. PARKINSON, *Corporate Power and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 279.

²³⁴ M.M. WORTHINGTON, « The corporation as a constructed ethical agent: Monism, pluralism and options for reform », *Australian Journal of Corporate Law*, 2017, p. 93.

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ *Ibid.*, pp. 110-111.

²³⁸ P. REDMOND, « Directors' Duties and Corporate Social Responsiveness », *University of New South Wales Law Journal*, 2012, p. 334.

²³⁹ P. REDMOND, « Directors' Duties and Corporate Social Responsiveness », *University of New South Wales Law Journal*, 2012, p. 334.

²⁴⁰ *Ibid.*

justification par rapport aux standards établis par les instruments de *soft law*²⁴¹. En Australie, construire des relations plus fortes et productives avec les *stakeholders* reste la première priorité dans le contexte de la CSR²⁴².

Il y a cependant des objections face à cette autorisation explicite de prendre en compte activement les intérêts des tiers. D'abord, cela affaiblirait la responsabilité des administrateurs vis-à-vis des actionnaires. Un comité du Sénat australien avait d'ailleurs déjà refusé une telle autorisation sur cette base²⁴³. Ensuite, il serait probable qu'une telle autorisation ait un impact limité en pratique car la norme sociale parmi les administrateurs serait que le *corporate profit* et la *shareholder value* sont les principaux indices des performances des administrateurs²⁴⁴. Ceci est également renforcé par l'usage d'incitants financiers liés à ces valeurs dans la rémunération des administrateurs²⁴⁵.

Foiers considère que les discussions autour de la notion d'intérêt social sont largement académiques car « *l'intérêt de l'entreprise dans toutes ses composantes coïncide en effet le plus souvent avec l'intérêt des associés conçu dans une perspective à long terme, donc, en droit positif, avec l'intérêt commun des associés actuels et futurs* »²⁴⁶. Purcell et Loftus ont émis des craintes par rapport à la notion d'actionnaires futurs²⁴⁷. S'ils reconnaissent qu'une définition de l'intérêt social qui se concentre plus sur la société que ses incorporateurs semble favoriser la CSR, ils recommandent la prudence face à la distanciation trop importante entre les intérêts de la société comme entité distincte et ceux de ses membres²⁴⁸. Pour eux, l'intérêt social ne devrait pas être lié à un groupe nébuleux ou mal défini de membres futurs mais plutôt aux intérêts présents et futurs des membres actuels²⁴⁹. Foiers indique que « *le débat se résume à une question de mots ou d'accent* » car même avec une définition restrictive de l'intérêt social, il n'est pas exclu que le conseil d'administration commette une faute ou un abus de droit s'il négligeait gravement les intérêts de *stakeholders* en agissant exclusivement dans l'intérêt des actionnaires²⁵⁰.

²⁴¹ *Ibid.*, pp. 334-335.

²⁴² J. WILLIAMSON-NOBLE et T. GORDON, « Australia », *The Corporate Governance Review*, 7^e éd., London, The Law Reviews, 2017, p. 8.

²⁴³ *Ibid.*, p. 335 ; Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, Parliament of Australia, *Company Directors' Duties: Report on the Social and Fiduciary Duties and Obligations of Company Directors*, 1989, disponible sur https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate/Legal_and_Constitutional_Affairs/Completed_inquiries/pre1996/directors/index, p. 96.

²⁴⁴ P. REDMOND, « Directors' Duties and Corporate Social Responsiveness », *University of New South Wales Law Journal*, 2012, p. 335.

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ P.A. FORIERS, « L'intérêt social et la spécialité légale à la lumière de la réforme du Code des sociétés : une lecture et quelques réflexions », *Actualités en droit commercial et bancaire*, Bruxelles, Editions Larcier, 2017, p. 280.

²⁴⁷ J.A. PURCELL et J.A. LOFTUS, « Corporate social responsibility: Expanding directors' duties or enhancing corporate disclosure », *Australian Journal of Corporate Law*, 2007, p. 140.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ *Ibid.*, pp. 140-141.

²⁵⁰ P.A. FORIERS, « L'intérêt social et la spécialité légale à la lumière de la réforme du Code des sociétés : une lecture et quelques réflexions », *Actualités en droit commercial et bancaire*, Bruxelles, Editions Larcier, 2017, p. 280.

Willermain écrit également que le clivage entre les approches orientées vers les *stakeholders* et celles orientées vers les *shareholders* ne doit pas être exagéré²⁵¹. Ainsi, l'auteur note que les deux approches apparaissent complémentaires lorsque la prise en compte des intérêts des autres *stakeholders* participe à la satisfaction des intérêts des actionnaires et où le profit de ces derniers n'est pas contraire aux intérêts des autres *stakeholders*²⁵².

Aydogdu partage un avis similaire en considérant qu'en définitive, si les administrateurs, pour faire valoir les intérêts d'autres *stakeholders* que les actionnaires, doivent montrer que l'intérêt des actionnaires est poursuivi, cette obligation n'est qu'une « *question essentiellement formelle* », car l'intervention des juges serait de toute façon « *substantiellement limitée par un principe de non-immixtion dans les affaires sociales* »²⁵³. Cette position se rapproche de celle de Marshall et Ramsay en droit australien, pour lesquels en dehors des cas de conflits d'intérêts, les juges n'interféreraient pas avec une décision prise de bonne foi par les administrateurs qui mettraient en balance les intérêts de différents *stakeholders*²⁵⁴.

On note également la position de De Wulf, pour qui la notion d'intérêt social est source de confusion et devrait être remplacée par la notion de bonne foi²⁵⁵. Pour l'auteur, le principe de l'exécution de bonne foi des contrats devrait régir la relation entre les administrateurs et la société²⁵⁶. Les administrateurs auraient à ce titre deux casquettes. En tant que membres du conseil d'administration, ils font partie des organes de la société et à ce titre doivent observer le contrat entre la société et les actionnaires, donc l'exécuter de bonne foi²⁵⁷. En outre, ils sont également liés par leur contrat propre avec la société, qui leur impose de prendre des décisions de bonne foi, ce qui signifie qu'ils doivent subordonner leurs intérêts propres à ceux de la société²⁵⁸. Cette obligation de bonne foi issue du droit des contrats forme l'obligation de loyauté, qui doit être évaluée à l'aide d'un test procédural, plus précis que le test de la conformité à l'intérêt social²⁵⁹. Le test procédural de loyauté que De Wulf propose est que la décision doit être informée, rationnelle, subjectivement de bonne foi, et sans que des administrateurs en conflit d'intérêts y aient participé²⁶⁰. Les décisions des administrateurs, qui impliquent souvent de peser les intérêts en présence, devraient selon lui simplement passer ce test²⁶¹. Ainsi, le risque qu'un intérêt particulier soit privilégié injustement, notamment par une décision de justice subséquente, que ce soit l'intérêt des actionnaires en suivant la *shareholder primacy*, ou celui d'autres groupes d'intérêts, serait évité²⁶². Résumant sa position de méfiance

²⁵¹ D. WILLERMAIN, « L'intérêt social selon la Cour de cassation: « The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits »? », note sous Cass., 28 novembre 2013, *R.D.C.*, 2014, pp. 857-858.

²⁵² *Ibid.*, p. 858.

²⁵³ R. AYDOGDU, « La Corporate Social Responsibility, le droit par-delà le marché et l'Etat (partie 1) », *R.P.S.-T.R.V.*, 2016, p. 692.

²⁵⁴ S. MARSHALL et I. RAMSAY, « Stakeholders and Directors' Duties: Law, Theory and Evidence », *University of New South Wales Law Journal*, 2012, p. 316.

²⁵⁵ DE WULF, H., *Taak en loyauteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen - Groningen, Intersentia, 2002, p. 504.

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ *Ibid.*, pp. 504-505.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 553.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 505.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 554.

²⁶² *Ibid.*

par rapport à l'intérêt social, De Wulf écrit que « *het is niet de taak van de rechter op dit vlak achter het scherm van het concept vennootschapsbelang een beleid te ontwikkelen* »²⁶³.

Marshall et Ramsay ont réalisé une enquête empirique pour déterminer en pratique comment les administrateurs comprennent leurs obligations fiduciaires en Australie²⁶⁴. De cette étude, il semblerait que l'écrasante majorité des administrateurs considèrent que le droit les autorise à prendre en compte les intérêts des *stakeholders*²⁶⁵. Une majorité (55%) des administrateurs interrogés comprennent leur obligation d'agir dans l'intérêt social comme signifiant qu'ils doivent mettre en balance les intérêts de tous les *stakeholders*, donc sans les subordonner à la poursuite du profit pour les actionnaires²⁶⁶. Cependant, dans la mise en balance de ces intérêts, les actionnaires viennent en premier²⁶⁷. Des questions plus précises permettent de mettre en évidence que ceux-ci prévalent clairement dans la légitimité de leurs intérêts et l'influence qu'ils peuvent avoir sur le processus de décision, ce qui montre qu'*in fine*, la *shareholder primacy* est prééminente dans les comportements des administrateurs interrogés, même si d'autres groupes seraient capables d'exercer une influence, surtout les employés²⁶⁸. Pour les chercheurs, il pourrait y avoir un lien entre une forte orientation en faveur des actionnaires et une réduction des coûts et des emplois²⁶⁹.

Il est indéniable que la notion d'intérêt social a une influence sur la CSR. La CSR implique que la maximisation du profit ne soit pas interdite par les systèmes juridiques, sinon elle ne serait pas fondée sur une approche volontaire des entreprises mais sur une obligation de droit étatique²⁷⁰. Pour Aydogdu, les entreprises adopteraient des démarches de CSR en raison de contraintes non étatiques²⁷¹. On peut donc en déduire que la CSR s'insère dans un système juridique qui n'interdirait pas la maximisation du profit, ni ne la prescrirait, même si les développements précédents semblent montrer que la maximisation du profit à long terme prévaut²⁷². Le modèle de l'*enlightened self-interest* rappellerait *in fine* que les politiques de CSR doivent toujours viser la poursuite du profit pour l'entreprise²⁷³. La vision de la CSR qui semble percoler en droit des sociétés est donc la vision instrumentale.

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ S. MARSHALL et I. RAMSAY, « Stakeholders and Directors' Duties: Law, Theory and Evidence », *University of New South Wales Law Journal*, 2012, p. 303.

²⁶⁵ S. MARSHALL et I. RAMSAY, « Stakeholders and Directors' Duties: Law, Theory and Evidence », *University of New South Wales Law Journal*, 2012, pp. 304-305 ; cela est cohérent avec les vues exprimées par J. WILLIAMSON-NOBLE et T. GORDON, « Australia », *The Corporate Governance Review*, 7^e éd., London, The Law Reviews, 2017, p. 13 : « *Australian boards are open to adopting the position that taking into consideration long-term, non-financial issues is in the best interest of the company* ».

²⁶⁶ S. MARSHALL et I. RAMSAY, « Stakeholders and Directors' Duties: Law, Theory and Evidence », *University of New South Wales Law Journal*, 2012, pp. 304-305.

²⁶⁷ *Ibid.*, pp. 305-306.

²⁶⁸ *Ibid.*, pp. 307-308.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 310.

²⁷⁰ R. AYDOGDU, « La Corporate Social Responsibility, le droit par-delà le marché et l'Etat (partie 1) », *R.P.S.-T.R.V.*, 2016, p. 692.

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² *Ibid.*, pp. 692-693.

²⁷³ *Ibid.*, p. 693.

B. ENGAGEMENT UNILATÉRAL DE VOLONTÉ

Si on définit la CSR comme de l'auto-régulation par les entreprises, elle serait susceptible de constituer un engagement unilatéral de volonté. Cela n'est pas sans poser des problèmes pratiques, d'autant plus qu'un engagement unilatéral de volonté dans le chef de la société n'implique pas automatiquement la responsabilité personnelle des administrateurs.

Des codes de bonne conduite sont souvent adoptés par les entreprises pour exprimer leurs engagements en CSR²⁷⁴. Sous certaines conditions, ces codes pourraient avoir un caractère contraignant et éventuellement engager la responsabilité des dirigeants²⁷⁵. Il en va de même lorsqu'une société déclarerait explicitement qu'elle observera un code de gouvernance, celui-ci cesserait d'avoir simplement un effet de recommandation²⁷⁶. Pour Leroux, cela pourrait potentiellement engager la responsabilité des administrateurs qui ne se soumettraient pas aux obligations nées de cet engagement unilatéral de la volonté²⁷⁷.

Ainsi, en droit belge, si la règle contenue dans un code de conduite est incorporée dans les statuts, elle pourra naturellement engager la responsabilité des administrateurs vis-à-vis de la société mais également des tiers par le biais de l'article 528 C. soc.²⁷⁸. Plus intéressante est l'hypothèse selon laquelle les codes de conduite pourraient revêtir un caractère d'engagement unilatéral de volonté de la part de la société ou des administrateurs²⁷⁹. On envisagera plus loin (III.E) la question de la responsabilité extracontractuelle qui pourrait être engagée lorsque la règle d'un code de conduite peut être considérée comme un standard de comportement.

Les conditions pour qu'un engagement unilatéral de la volonté revête force obligatoire en droit belge sont la volonté du promettant de s'engager, qui doit être certaine et ferme, et une cause, qui ne peut pas être une simple cause abstraite²⁸⁰. Pour de Cannart d'Hamale, cette cause pourrait résider dans la volonté de l'entreprise d'être reconnue comme responsable auprès des *stakeholders*, ce qui lui conférerait des avantages dans ses rapports avec ces *stakeholders*²⁸¹. Pour lui, cette cause pourrait également trouver son origine dans la théorie de l'obligation naturelle. En droit belge, les obligations naturelles n'ont pas de caractère obligatoire à moins qu'elles n'aient volontairement été exécutées ou reconnues²⁸². Ces obligations naturelles comprennent les obligations morales objectives et généralement acceptées par la communauté, ce qui est le cas pour de nombreuses valeurs qui sous-tendent les codes de conduite

²⁷⁴ J.-F. GOFFIN, « Chapitre 5 - Le droit commun de la responsabilité des dirigeants – Les différents types de fautes engageant la responsabilité des administrateurs, membres du comité de direction et gérants », *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012, p. 179.

²⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁶ E. LEROUX, « De Code Lippens: juridisch afdwingbaar ? », *T.R.V.*, 2005, p. 515.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 516.

²⁷⁸ E. WYMEERSCH, « The Corporate Governance “Codes of Conduct” between state and private law », *Financial Law Institute Working Paper*, 2007, p. 13.

²⁷⁹ J.-F. GOFFIN, « Chapitre 5 - Le droit commun de la responsabilité des dirigeants – Les différents types de fautes engageant la responsabilité des administrateurs, membres du comité de direction et gérants », *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012, p. 179.

²⁸⁰ E. DE CANNART D'HAMALE, « La responsabilité sociale des entreprises, *soft law* ou *hard law* ? », *J.T.*, 2007, p. 419.

²⁸¹ *Ibid.*

²⁸² *Ibid.*, citant C. CAUFFMAN, *De verbindende eenzijdige belofte*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2005, p. 307.

volontaires²⁸³. Ainsi, ces obligations morales seraient reconnues et exécutées volontairement via les codes de bonne conduite, ce qui conduirait à lier l'entreprise par le biais de l'engagement unilatéral de volonté²⁸⁴. Gollier est également d'avis que la CSR pourrait être source d'obligations naturelles, car elle constituerait indéniablement un devoir moral dans le chef des administrateurs²⁸⁵. L'auteur met aussi en évidence le fait que ces obligations naturelles peuvent devenir des obligations civiles par le biais de l'exécution volontaire ou par la promesse d'accomplir ces obligations naturelles²⁸⁶. Une source d'obligations civiles pourrait donc directement être reconnue dans le chef des administrateurs qui sont à l'instigation de l'adoption d'un code de conduite ou qui exécutent volontairement des obligations naturelles de prendre en compte en compte les intérêts des tiers.

Cependant, il ne faut pas exagérer les effets de ces obligations car les tiers ne bénéficient pas *a priori* de droits ni d'expectatives déterminées, ces tiers seraient *in fine* dépendants de l'attitude de la société, mais ces obligations naturelles mutées en obligations civiles leur ouvriraient potentiellement une base d'action²⁸⁷. A notre connaissance, aucune application de cette doctrine n'a été faite dans la jurisprudence, ce qui ne la confirme ni ne l'infirmes. A supposer que des obligations naturelles soit effectivement retenues, nous pouvons penser que les cours et tribunaux seront réticents à imposer ce genre d'obligations sur les administrateurs. A moins d'une violation manifeste d'une ligne de conduite adoptée par une société, la naissance d'obligation civiles par ce biais risquerait d'alourdir considérablement les obligations qui pèsent sur les administrateurs. En Belgique, les régimes spéciaux de responsabilité civile des administrateurs à l'égard des tiers sont déjà nombreux alors que le principe de base reste que les administrateurs ne doivent rendre compte de leur gestion qu'à la société²⁸⁸.

En Australie, pays de *common law*, un tel raisonnement ne pourrait être tenu, car l'engagement unilatéral de la volonté ne peut recevoir un caractère obligatoire que s'il s'agit en effet d'une offre de contracter. La force exécutoire vient de la nécessité d'une *consideration*, une contrepartie suffisante donnée par une partie en échange de l'exécution d'une obligation l'autre partie²⁸⁹. Outre la *consideration*, le seul moyen pour rendre une promesse exécutable en justice est via la formalité du *deed*, ce qui ne sera manifestement pas le cas dans un contexte relativement déformalisé, à moins que les engagements pris aient été formalisés dans les statuts de la société.

²⁸³ E. DE CANNART D'HAMALE, « La responsabilité sociale des entreprises, *soft law* ou *hard law* ? », *J.T.*, 2007, p. 419.

²⁸⁴ *Ibid.*

²⁸⁵ J.-M. GOLLIER, « Le dirigeant et la responsabilité sociétale de l'entreprise », *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2009, pp. 317-318.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 318.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 319.

²⁸⁸ X. DIEUX, « Droits, pouvoirs et responsabilités des actionnaires et des autres « parties prenantes » », *Droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 38.

²⁸⁹ R. STONE et J. DEVENNEY, *The Modern Law of Contract*, Melbourne, Taylor & Francis Group, 2013, pp. 44-45.

C. STEPPING STONES

En Australie, la responsabilité des administrateurs pour une infraction au Corporations Act commise par la société ne risque pas d'être directement engagée comme elle l'est en droit belge par l'art. 528 C. soc. qui rend les administrateurs directement et solidairement responsables en cas de violation du Code des Sociétés.

L'approche des « *stepping stones* » est utilisée par ASIC pour sanctionner les administrateurs pour le non-respect du Corporations Act. La première « *stepping stone* » est une action contre une société pour violation du Corporations Act²⁹⁰. Ensuite, il s'agit de démontrer qu'en exposant la société au risque de responsabilité civile ou criminelle, ou d'un important dommage réputationnel, les administrateurs ont manqué à leurs obligations vis-à-vis de la société, en particulier au *duty of care*²⁹¹.

Cette approche est déduite du fait que les administrateurs, en droit australien, ne doivent leurs devoirs qu'à la société, comme l'exprime Brereton J. dans *ASIC v Maxwell* : « *it is a mistake to think that ss 180, 181 and 182 are concerned with any general obligation owed by directors at large to conduct the affairs of the company in accordance with law generally or the Corporations Act in particular; they are not. They are concerned with duties owed to the company* »²⁹². La responsabilité des administrateurs est d'éviter un risque de dommage prévisible à la société, de manière raisonnable, ce qui implique de mettre en regard ce risque de dommage avec les bénéfices potentiels qui pouvaient raisonnablement être attendus du comportement en question²⁹³.

D'autres décisions semblent cependant plus favorables à considérer que les administrateurs qui ne respectent pas les dispositions légales encourent une responsabilité accrue²⁹⁴. Ainsi, French J., dans *ASIC v Chemeq Ltd*, a suggéré que le fait de ne pas mettre en place une « *culture of compliance* » est pertinent pour déterminer la pénalité adéquate à appliquer²⁹⁵. Le dommage à la société n'est pas limité à l'aspect financier mais comprend également les conséquences non-pécuniaires comme celles qui résultent de la méconnaissance du droit²⁹⁶.

L'approche des « *stepping stones* » peut être défendue par l'argument selon lequel elle « *balances the need for directors to take appropriate risks in running the company against their obligation to adequately perform their role as monitors and managers. It ensures that civil liability is only imposed because of a personal failure to perform well-recognised legal*

²⁹⁰ A. HERZBERG et H. ANDERSON, « Stepping Stones – From Corporate Fault to Directors' Personal Civil Liability », *Federal Law Review*, 2012, p. 181.

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² Supreme Court of New South Wales, *Australian Securities and Investments Commission (ASIC) v Maxwell*, 10 octobre 2006, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°59, p. 373, §§ 104-105.

²⁹³ P. HANRAHAN, « Corporate governance in these 'exciting times' », *Australian Journal of Corporate Law*, 2017, p. 147 ; voir point II.B.2).

²⁹⁴ B.A.O. BAXT, « Future directions for Corporate Law: Where are we now and where do we go from here? The dilemmas of the modern company director », *Australian Journal of Corporate Law*, 2011, p. 224.

²⁹⁵ Federal Court of Australia, *Australian Securities and Investments Commission (ASIC) v Chemeq Ltd*, 24 juillet 2006, *Australian Law Reports*, n°234, p. 511, §§ 84-87.

²⁹⁶ P. HANRAHAN, « Corporate governance in these 'exciting times' », *Australian Journal of Corporate Law*, 2017, p. 147 ; Federal Court of Australia, *Australian Securities and Investments Commission (ASIC) v Cassimatis (No 8)*, 26 août 2016, *Australian Law Reports*, n°336, p. 209, §§ 482-483 ; voir point III.2.b) *in fine*.

obligations, rather than as a derivative consequence of the company's own civil or criminal conduct »²⁹⁷. Pour les auteurs, l'approche des « *stepping stones* » serait également disponible dans les cas où la société commettrait une infraction à une autre législation ou dans le cas de la mauvaise exécution d'un contrat²⁹⁸.

L'approche des « *stepping stones* » affecte manifestement les *stakeholders* et donc la CSR, puisque nombreux sont les cas où les intérêts des *stakeholders* sont mis en péril par le non-respect de la législation, comme une législation protectrice de ceux-ci ou des obligations légales de publication d'informations²⁹⁹. Assurer la responsabilité dérivée des administrateurs pour contravention à ces diverses législations peut donc agir comme un incitant pour ceux-ci de les respecter, et donc avoir un effet positif pour les *stakeholders*, même si cet effet n'irait *a priori* pas au-delà des obligations légales.

²⁹⁷ A. HERZBERG et H. ANDERSON, « Stepping Stones – From Corporate Fault to Directors' Personal Civil Liability », *Federal Law Review*, 2012, pp. 204-205.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 205.

²⁹⁹ R. TEELE LANGFORD, « Best Interests: Multifaceted but not Unbounded », *Cambridge Law Journal*, 2016, p. 526.

D. MARGINALE TOETSING ET BUSINESS JUDGMENT RULE

Ces normes, qui restreignent le pouvoir d'appréciation des juges, permettraient spécifiquement aux administrateurs de prendre en considération *de facto* les intérêts des tiers, même dans une optique *shareholder primacy*.

1) Considérations générales

Certains doutent que la *business judgment rule* soit un outil efficace pour la protection des intérêts des *stakeholders* autres que les actionnaires. Selon certains auteurs, cette règle a pour objectif de protéger les actionnaires comme créanciers résiduels de la société³⁰⁰. Ils justifient généralement cette position par le fait qu'il est difficile, voire impossible, pour les administrateurs de considérer également tous les intérêts des parties en présence³⁰¹. Si tel devait être le cas, les administrateurs risqueraient même de n'être responsables vis-à-vis de personne³⁰².

Cependant, la *business judgment rule* semble pouvoir donner aux administrateurs une marge de manœuvre plus importante pour considérer les intérêts des *stakeholders*³⁰³. Pour Autenne, la *business judgment rule* est un outil ouvert et adaptable, qui est capable d'encapsuler une pluralité d'objectifs tels que « *la préservation de l'autorité au sein de l'entreprise sans sacrifier à la responsabilité dans la gestion ; la promotion de l'intérêt des actionnaires, mais aussi la possibilité de tenir compte de celui des autres parties prenantes de l'entreprise* »³⁰⁴. En pratique, grâce à celle-ci, tant que les administrateurs peuvent plausiblement soutenir que leurs décisions sont dans l'intérêt à long terme des actionnaires, il est difficile pour les actionnaires de mettre en question les actes de ces administrateurs qui agissent dans l'intérêt public³⁰⁵. Une décision orientée par la CSR aurait probablement des bénéfices intangibles pour la société en termes de *goodwill*, de réputation ou d'amélioration des conditions de vie dans la communauté dans laquelle elle opère³⁰⁶. Les administrateurs pourraient seulement engager leur responsabilité si leur raisonnement est manifestement de mauvaise foi et que la décision ne pourrait pas être raisonnablement regardée comme dans l'intérêt de la société³⁰⁷.

³⁰⁰ A. AUTENNE, « « La règle du jugement d'affaire » - État des lieux et fondements économiques au regard de l'intérêt social », *Le juge des sociétés et associations / De vennootschaps- en verenigingsrechter*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 214.

³⁰¹ *Ibid.*

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ *Ibid.*, p. 215 ; G. NERI-CASTRACANE, « Does the Business Judgment Rule Help Promote Corporate Social Responsibility », *Frontiers of Law in China*, 2015, p. 23.

³⁰⁴ A. AUTENNE, « « La règle du jugement d'affaire » - État des lieux et fondements économiques au regard de l'intérêt social », *Le juge des sociétés et associations / De vennootschaps- en verenigingsrechter*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 216.

³⁰⁵ F.L. REINHARDT et R.N. STAVINS, « Corporate social responsibility, business strategy, and the environment », *Oxford Review of Economic Policy*, 2010, p. 167.

³⁰⁶ Parliamentary Joint Committee on Corporations and Financial Services, *Corporate responsibility: Managing risk and creating value*, 2006, p. 45 citant Freehills Lawyers, submission 38, p. 5.

³⁰⁷ F.L. REINHARDT et R.N. STAVINS, « Corporate social responsibility, business strategy, and the environment », *Oxford Review of Economic Policy*, 2010, pp. 167-168.

Cela ne semblait pourtant pas l'avis des conseils juridiques pour les directeurs de James Hardie dans le contexte australien où de tels cas ont pu être mis en évidence dans la jurisprudence, comme *Parke v Daily News Ltd.*

2) *Business judgment rule* australienne

De prime abord, on peut noter que la *business judgment rule* australienne formelle telle que prévue par section 180(2) Corp. Act a très peu d'applications concrètes. Elle a probablement eu un effet seulement psychologique, en reconnaissant expressément dans les textes législatifs que le juge ne doit pas imposer sa propre vision de la gestion de la société ni se placer *a posteriori* pour évaluer si un comportement était fautif au sens de section 180(1)³⁰⁸. Ainsi, section 180(2) fournit une *checklist* grâce à laquelle les administrateurs peuvent évaluer plus aisément s'ils se sont conformés au comportement d'un administrateur raisonnablement prudent et diligent³⁰⁹. La *business judgment rule* facilite la compréhension par les administrateurs des comportements qu'ils peuvent adopter sans risquer d'engager leur responsabilité³¹⁰. Il est cependant contesté que l'introduction de la *business judgment rule* dans le Corporations Act a eu l'effet escompté d'encourager la prise de risques et l'innovation des administrateurs, surtout au vu de l'incapacité de ceux-ci à s'en prévaloir avec succès³¹¹.

Néanmoins, pour Wilson, la *business judgment rule* telle qu'elle est formulée en droit australien contient certains éléments susceptibles d'influencer la prise de décision favorable à la CSR par le conseil d'administration³¹². Section 180(3) définit un « *business judgment* » comme étant « *any decision to take or not to take action in respect of a matter relevant to the business operations of the corporation* »³¹³. Il faudrait donc, pour qu'elle puisse s'appliquer, qu'une décision d'agir ou de ne pas agir soit effectivement prise ; simplement se présenter comme un bon *corporate citizen* n'est pas suffisant³¹⁴. Section 180(2) requiert également des administrateurs qu'ils s'informent sur la décision à prendre, ce qui peut avoir une influence positive sur l'intégration de facteurs externes qui sont pertinents en matière de CSR³¹⁵. Cette section impose de plus que le jugement soit rationnellement dans les meilleurs intérêts de la société³¹⁶.

Il revient en définitive aux administrateurs de procéder à leur évaluation des intérêts concurrents en présence et de déterminer ce qui est dans les meilleurs intérêts de la société, les cours n'ayant

³⁰⁸ N. WILSON, « Corporate Social Responsibility, the Business Judgment Rule and Human Rights in Australia - Warm Inner Glow or Warming the Globe », *Monash University Law Review*, 2012, pp. 151, 155-156 et note n°39.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 156 et note n°39.

³¹⁰ *Ibid.*, pp. 156-157.

³¹¹ W. BAINBRIDGE et T. CONNOR, « Another Way Forward? The Scope for an Appellate Court to Reinterpret the Statutory Business Judgment Rule », *Company and Securities Law Journal*, 2016, p. 436.

³¹² N. WILSON, « Corporate Social Responsibility, the Business Judgment Rule and Human Rights in Australia - Warm Inner Glow or Warming the Globe », *Monash University Law Review*, 2012, p. 157.

³¹³ Section 180(3) Corporations Act 2001 (Cth.).

³¹⁴ N. WILSON, « Corporate Social Responsibility, the Business Judgment Rule and Human Rights in Australia - Warm Inner Glow or Warming the Globe », *Monash University Law Review*, 2012, p. 157.

³¹⁵ *Ibid.*

³¹⁶ Section 180(2) Corporations Act 2001 (Cth.) ; voir point III.A.

pas pour rôle d'imposer unilatéralement leur vue de l'intérêt social³¹⁷. C'est là une application de la *business judgment rule* au sens général : « *courts do not merely substitute what appears to them to be the preferable commercial decision* »³¹⁸. Les cours semblent traditionnellement réticentes à interférer dans des matières qui impliquent un jugement commercial là où un administrateur avait une série de décisions disponibles³¹⁹.

3) *Marginale toetsing*

En droit belge, le juge est tenu d'apprécier, en faisant application du principe de *marginale toetsing*, si une décision est manifestement contraire à l'intérêt social³²⁰.

Ronse avait déjà exprimé que le conseil d'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire qui lui laisse une large liberté pour choisir la meilleure solution après avoir pesé les intérêts pertinents en présence³²¹. Ainsi, il n'appartient pas au juge de décider à sa discrétion de l'opportunité d'une décision. Tant que ces décisions s'inscrivent dans la marge dans laquelle des personnes raisonnables peuvent avoir différentes opinions, le juge devra s'incliner³²². Par les termes « *na afweging van de relevante belangen* », on relève, dans la première théorisation de la *marginale toetsing* en droit belge des sociétés, un lien particulier qu'elle entretient avec les intérêts des *stakeholders* dont elle permettrait la considération³²³. Ceci serait cohérent par rapport à la vision selon laquelle la *business judgment rule* impliquerait que les décisions des administrateurs doivent être prises en conformité avec l'intérêt à long terme de la société comme entité autonome, en s'affranchissant potentiellement de l'intérêt financier à court terme des actionnaires³²⁴. En laissant aux administrateurs une marge d'appréciation et une autonomie décisionnelle, leur jugement sur la valeur à long terme de la société serait nettement plus fiable qu'en se conformant au dictat des marchés et des investisseurs³²⁵.

Par ailleurs, la *marginale toetsing* permettrait de prendre en compte, dans l'évaluation d'une faute de gestion ou même d'une faute extracontractuelle au sens de l'article 1382 C. civ., que les décisions des administrateurs présentent un haut degré d'aléa et que les tiers, en acceptant de traiter avec la société, acceptent les risques liés à sa responsabilité limitée³²⁶. Ce commentaire paraît pertinent pour les tiers qui sont effectivement dans une relation

³¹⁷ Federal Court of Australia, *RBC Investor Services Australia Nominees Pty Ltd v Brickworks Ltd*, 10 juillet 2017, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°120, p. 517, § 42.

³¹⁸ *Ibid.*

³¹⁹ Parliamentary Joint Committee on Corporations and Financial Services, *Corporate responsibility: Managing risk and creating value*, 2006, p. 45.

³²⁰ A. AUTENNE, « « La règle du jugement d'affaire » - État des lieux et fondements économiques au regard de l'intérêt social », *Le juge des sociétés et associations / De vennootschaps- en verenigingsrechter*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 207.

³²¹ J. RONSE, « Marginale Toetsing in het Privaatrecht », *Tijdschrift voor privaatrecht*, 1977, p. 211.

³²² *Ibid.*

³²³ *Ibid.*

³²⁴ A. AUTENNE, « « La règle du jugement d'affaire » - État des lieux et fondements économiques au regard de l'intérêt social », *Le juge des sociétés et associations / De vennootschaps- en verenigingsrechter*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 214-215.

³²⁵ *Ibid.*, p. 215.

³²⁶ X. DIEUX, *Droit, morale et marché*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 417-418.

contractuelle avec la société, mais moins pour les *stakeholders* qui sont simplement victimes de ses externalités négatives. Pour ces derniers, une immunité des administrateurs pourrait être vue comme un obstacle à la responsabilité des personnes physiques *in fine* responsables d'un dommage qu'ils auraient subi.

E. CORPORATE GOVERNANCE

A l'origine, la *corporate governance* est un mouvement de réflexion sur le fonctionnement du conseil d'administration qui cherche à déterminer la meilleure structure de gouvernement pour les actionnaires³²⁷. En Belgique, pays où l'actionnariat des grandes entreprises est généralement concentré, l'accent est mis sur la protection des actionnaires minoritaires³²⁸. Le débat sur la *corporate governance* reflète aujourd'hui également la dialectique entre la *shareholder primacy* et la nécessité de prendre en compte l'intérêt de tous les *stakeholders*³²⁹. La *corporate governance* et la CSR sont donc interconnectées³³⁰.

1) Codes de *corporate governance* et transparence

En Belgique, cette réalité est prise en compte par le Code Buisse, qui s'adresse aux sociétés non cotées. Il énonce dans son article 5.13 qu'on « *attend d'un administrateur qu'il fasse montre à tout moment d'une attitude éthique. Dans ses actes, il doit privilégier à tout moment l'intérêt de l'entreprise. Il tiendra compte également, à cet égard, de l'aspect humain et social de l'entreprise* »³³¹. Pour les sociétés cotées, le Code belge de gouvernance d'entreprise de 2009 précise dans son préambule que les objectifs de la société « *doivent être conformes aux intérêts de la société, de ses actionnaires ainsi que des autres parties prenantes (stakeholders)* »³³².

En Australie, pour les sociétés cotées, le principe 3 des *Corporate Governance Council's Corporate Governance Principles and Recommendations* de l'Australian Securities Exchange (ASX) prévoit que ces sociétés « *should act ethically and responsibly* »³³³. Le commentaire de ce principe précise qu'agir de manière éthique et responsable va bien au-delà du simple respect des règles étatiques en vigueur et implique d'agir avec honnêteté, intégrité et d'une manière cohérente avec les attentes des investisseurs et de la communauté au sens large³³⁴. Les règles d'ASX d'accès au marché boursier imposent de communiquer sur l'adhésion à cette règle en suivant le principe de *comply or explain*³³⁵. En revanche, il n'y a pas de *reporting* imposé pour

³²⁷ R. AYDOGDU, « Mais où sont les neiges d'antan ? – Le Code des sociétés à l'ère de la *corporate governance* », *J.T.*, 2011, p. 199.

³²⁸ H. LAGA et F. PARREIN, « Corporate Governance: Volstaat Zelfregulering? », *Van alle markten. Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, p. 613.

³²⁹ J.-J. DU PLESSIS, A. HARGOVAN et J. HARRIS, *Principles of contemporary corporate governance*, 4^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2018, pp. 8-14.

³³⁰ M.-O. PINTEA, « The relationship between corporate governance and corporate social responsibility », *Review of Economic Studies and Research Virgil Madgearu*, 2015, p. 104.

³³¹ Code Buisse III, Corporate Governance Recommendations aux entreprises non cotées, 2017, disponible sur <http://www.codebuisse.com/fr/buissefr.aspx>, article 5.13 al. 1^{er}.

³³² Commission Corporate Governance, Code belge de gouvernance d'entreprise, 2009, disponible sur <https://www.corporategovernancecommittee.be/sites/default/files/generated/files/page/corporategovfrcode2009.pdf>, préambule, point 1, p. 7.

³³³ ASX Corporate Governance Council, *Corporate Governance Principles and Recommendations*, 3e éd., 2014, disponible sur <https://www.asx.com.au/regulation/corporate-governance-council.htm>.

³³⁴ *Ibid.*, p. 19.

³³⁵ ASX Listing Rules, modifiées en dernier lieu le 1^{er} janvier 2018, disponibles sur <https://www.asx.com.au/regulation/rules/asx-listing-rules.htm>, Section 4.10.3 ; P. HANRAHAN, « Corporate governance in these 'exciting times' », *Australian Journal of Corporate Law*, 2017, p. 143.

les sociétés non cotées³³⁶. ASX, dans son Principe 7, recommande également de prendre en compte la CSR en tant que *risk management*³³⁷. Grâce à une telle recommandation, elle donne clairement licence aux administrateurs de sociétés cotées de s'engager en CSR même si le lien avec le profit des actionnaires est ténu ou difficilement démontrable.

Le Code d'ASX de gouvernance d'entreprise et le Code Buisse sont plus exigeants vis-à-vis des administrateurs de prendre en compte l'éthique et les intérêts des *stakeholders* dans leurs décisions que ne l'est le Code belge de gouvernance d'entreprise, qui semble plus en faveur d'une approche instrumentale de la CSR, qui devrait *in fine* servir les intérêts des actionnaires³³⁸.

Le principe de *comply or explain* provient du constat que les entreprises sont différentes et veulent adopter un mode de gouvernance adapté à leur structure³³⁹. En droit belge, la *corporate governance* se traduit par des principes généraux auxquels on ne peut pas déroger qui sont assortis de recommandations facultatives sous réserve qu'une dérogation à ces recommandations doit être justifiée dans le rapport annuel et que cela n'altère pas les principes³⁴⁰. Il faut cependant que cette souplesse soit contrebalancée par la transparence si on veut espérer que la sanction du marché et des acteurs de la société elle-même joue³⁴¹.

En droit belge, le principe de *comply or explain* est désormais entériné à l'art. 96, § 4, alinéa 7 C. soc. pour ce qui concerne la déclaration d'informations non financière, relative au moins aux questions sociales, environnementales et de personnel, de respect des droits de l'homme et de lutte contre la corruption³⁴². L'infraction à l'article 96 pourrait être sanctionnée dans le chef des administrateurs par le biais de l'article 528 C. soc., ouvert à la société mais également aux tiers, à condition que celui qui s'en prévaut puisse démontrer son dommage et le lien causal³⁴³. Ainsi la société ayant subi un dommage à sa réputation pourrait agir contre les administrateurs³⁴⁴. Un actionnaire qui aurait subi une dévaluation due à cette défaillance d'information à titre individuel ne pourrait en revanche pas agir à titre individuel, parce que ce dommage par répercussion n'est pas susceptible de réparation dans le chef de l'actionnaire car il n'est que le reflet du dommage subi par la société³⁴⁵. On peut également considérer que la loi sur la

³³⁶ N. WILSON, « Corporate Social Responsibility, the Business Judgment Rule and Human Rights in Australia - Warm Inner Glow or Warming the Globe », *Monash University Law Review*, 2012, p. 151.

³³⁷ ASX Corporate Governance Council, *Corporate Governance Principles and Recommendations*, 3e éd., 2014, principe 7, recommandation 7.4, pp. 28-30.

³³⁸ Voir Y. DE CORDT, *L'intérêt social comme vecteur de la responsabilité sociétale*, Louvain-La-Neuve, Academia-Bruylant, 2008, pp. 123-142, pour un inventaire des codes de gouvernance et leur considération pour les *stakeholders*.

³³⁹ Y. DE CORDT, « La responsabilité sociétale des entreprises. Les enjeux et les outils du droit des sociétés », *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2009, p. 19.

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² Article 96 C. Soc. ; J.-M. GOLLIER, « Publication d'informations non financières – Commentaire de la loi du 3 septembre 2017 », *J.T.*, 2018, p. 248.

³⁴³ J.-M. GOLLIER, « Publication d'informations non financières – Commentaire de la loi du 3 septembre 2017 », *J.T.*, 2018, p. 248.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 249.

³⁴⁵ X. DIEUX, P. LAMBRECHT, O. CAPRASSE, A. AUTENNE, R. AYDOGDU, M. DUPLAT, A. HANNOUILLE, D. LECLERCQ, L. LÉONARD, E. POTTIER, R. THUNGEN, E. WEEMAELS et D. WILLERMAIN, « Examen de jurisprudence

publication d'information non financières est un moyen pour encourager les sociétés à mieux anticiper et gérer les risques dont elles font rapport³⁴⁶.

Le conseil d'administration pourrait également engager sa responsabilité auprès des tiers, en cas de déclaration erronée sur la *compliance* avec les règles de *corporate governance*, sur base de l'article 1382 C. civ., à condition que ces tiers puissent prouver le dommage et le lien causal³⁴⁷.

2) Recommandations et responsabilité

Outre les obligations de transparence imposées aux administrateurs, les Codes de *corporate governance* restent de la *soft law* et n'imposent aucune obligation positive de changement de comportement dans le chef des administrateurs³⁴⁸. Néanmoins, en adoptant des comportements contraires à des recommandations de CSR, ces administrateurs pourraient être considérés comme ayant commis une faute de gestion vis-à-vis de leur société. Il est probable que dans l'évaluation d'une faute de gestion dans le chef d'un administrateur, qui doit se comporter comme une personne raisonnable, prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances, le juge prendra en considération les recommandations existantes en matière de *corporate governance*³⁴⁹.

La responsabilité extracontractuelle pourrait aussi être engagée si en ne respectant pas un engagement en matière de CSR, l'administrateur n'aurait pas agi comme une personne prudente et diligente au sens de l'art. 1382 C. civ. Un dommage et le lien causal entre cette faute et ce dommage doivent toujours être prouvés, ce qui diminue l'efficacité de la sanction³⁵⁰. La proposition de loi « Massin » avait pour objectif d'amender l'article 528 C. soc. pour inclure les prescriptions du code de gouvernance ou de conduite adopté par la société au rang des dispositions dont le non-respect entraîne la responsabilité solidaire des administrateurs sans nécessité de prouver une faute³⁵¹.

(2010-2013) - Les sociétés commerciales (première partie) », *R.C.J.B.*, 2016, pp. 174-175 ; Cass., 23 février 2012, *R.D.C.*, 2013, p. 875, note D. Willermain.

³⁴⁶ J.-M. GOLLIER, « Publication d'informations non financières – Commentaire de la loi du 3 septembre 2017 », *J.T.*, 2018, p. 250.

³⁴⁷ E. LEROUX, « De Code Lippens: juridisch afdwingbaar ? », *T.R.V.*, 2005, p. 517 ; nous rappelons que le dommage ne pourrait pas être la simple diminution de valeur des actions.

³⁴⁸ N. WILSON, « Corporate Social Responsibility, the Business Judgment Rule and Human Rights in Australia - Warm Inner Glow or Warming the Globe », *Monash University Law Review*, 2012, p. 151.

³⁴⁹ H. LAGA et F. PARREIN, « Corporate Governance: Volstaat Zelfregulering? », *Van alle markten. Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, p. 618.

³⁵⁰ A. AUTENNE et R. AYDOGDU, « La transparence dans la loi du 6 avril 2010 visant à renforcer le gouvernement d'entreprise – La « Corporate governance », entre autosuffisance du marché et omnipotence de l'Etat », *Forum Financier / Droit Bancaire et Financier*, 2010, p. 181.

³⁵¹ Proposition de loi modifiant l'article 528 du Code des sociétés afin d'étendre la responsabilité solidaire des administrateurs de sociétés au non-respect des prescriptions d'un code de gouvernance d'entreprise, *Doc. Parl.*, Chambre, 2005-2006, n°2111/001 (Proposition de loi « Massin ») ; A. AUTENNE et R. AYDOGDU, « La transparence dans la loi du 6 avril 2010 visant à renforcer le gouvernement d'entreprise – La « Corporate governance », entre autosuffisance du marché et omnipotence de l'Etat », *Forum Financier / Droit Bancaire et Financier*, 2010, p. 178.

Le Conseil d'Etat a examiné cette proposition et a considéré qu'une violation d'un code de gouvernance d'entreprise pouvait déjà engager la responsabilité des administrateurs sur base de l'article 1382 C. civ. si la norme violée est une règle que tout professionnel prudent et diligent doit respecter³⁵². Ainsi, la violation d'une norme qui n'est qu'une simple recommandation peut constituer une faute extracontractuelle si cette violation n'aurait pas été commise par un professionnel prudent et diligent³⁵³. Il est d'ailleurs admis que les juges prennent effectivement en compte dans le contexte belge ces normes de comportement techniques et spécifiques à certaines professions pour établir une faute contractuelle ou extracontractuelle³⁵⁴. Les codes belges de gouvernance ambitionnent d'être des catalogues de bonnes pratiques à adopter par les administrateurs, qui formulent en termes techniques ou moins techniques des normes organisationnelles ou comportementales³⁵⁵. Goffin constate que l'ampleur prise par les codes de gouvernance et de bonne conduite traduit une propension favorable à un renforcement de la responsabilité des administrateurs, dont les normes de *soft law* redéfiniraient les contours³⁵⁶. Selon Leroux, il serait difficile pour le juge qui conclut qu'il y a eu un manquement à une règle de la profession, de conclure qu'aucune faute n'a eu lieu, excepté dans les cas où en application du principe *comply or explain*, il a été préalablement expliqué de manière satisfaisante pourquoi une telle norme ne serait pas appliquée³⁵⁷. Le cas serait un peu moins clair si une recommandation du code n'a pas été mentionnée, positivement comme négativement, dans le code de conduite. Les circonstances concrètes de l'espèce seront dès lors importantes dans l'appréciation d'une faute³⁵⁸.

Dieux rejette cependant cette interprétation et considère qu'une norme sanctionnée par la sanction du marché est adéquatement sanctionnée par celui-ci et ne devrait pas être source de responsabilité civile dans le chef des administrateurs³⁵⁹.

En Australie, un raisonnement qui intègre indirectement certaines normes de *soft law* aux devoirs des administrateurs semble aussi tout à fait acceptable. La référence d'une décision de justice à un code de *corporate governance*, et en particulier aux recommandations d'ASX, même pour les sociétés non cotées, correspondrait à la pratique judiciaire de combler les vides juridiques par les déclarations publiques faites par des spécialistes et considérées comme des standards de qualité et de bonnes pratiques³⁶⁰. La référence aux recommandations d'ASX serait d'autant plus cohérente que les administrateurs sont soumis en Australie à de hauts standards

³⁵² Avis du Conseil d'État sur la proposition de loi modifiant l'article 528 du Code des sociétés afin d'étendre la responsabilité solidaire des administrateurs de sociétés au non-respect des prescriptions d'un code de gouvernance d'entreprise, *Doc. Parl.*, Chambre, 2005-2006, n°2111/002, p. 5 ; E. LEROUX, « De Code Lippens: juridisch afdwingbaar ? », *T.R.V.*, 2005, p. 521.

³⁵³ E. LEROUX, « De Code Lippens: juridisch afdwingbaar ? », *T.R.V.*, 2005, p. 521.

³⁵⁴ *Ibid.*, citant H. COUSY, « les normes techniques en doctrine et en jurisprudence », *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruxelles, Bruylant, 1985, p. 471.

³⁵⁵ E. LEROUX, « De Code Lippens: juridisch afdwingbaar ? », *T.R.V.*, 2005, p. 521.

³⁵⁶ J.-F. GOFFIN, « Chapitre 5 - Le droit commun de la responsabilité des dirigeants – Les différents types de fautes engageant la responsabilité des administrateurs, membres du comité de direction et gérants », *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012, p. 175.

³⁵⁷ E. LEROUX, « De Code Lippens: juridisch afdwingbaar ? », *T.R.V.*, 2005, pp. 521-522.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 522.

³⁵⁹ X. DIEUX, *Droit, morale et marché*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 40.

³⁶⁰ E. WYMEERSCH, « The Corporate Governance “Codes of Conduct” between state and private law », *Financial Law Institute Working Paper*, 2007, p. 24.

de prudence et diligence et à des obligations de compétence et d'information³⁶¹. Ainsi, un administrateur qui ignorerait délibérément ou non les recommandations lui étant destinées et qui causerait un dommage à sa société pourrait voir sa responsabilité engagée sur base de section 180(1) Corp. Act. Néanmoins, les tiers ne sembleraient *a priori* pas en mesure de se prévaloir d'un tel manquement³⁶².

Dans l'affaire *ASIC v Healy*, Middleton J. fit d'ailleurs référence aux *Corporate Governance Principles and Recommendations* d'ASX pour déterminer la sanction pécuniaire appropriée pour un manquement au *duty of care* prévu par section 180(1)³⁶³. Le juge constata que les structures de *corporate governance* de la société étaient conformes aux recommandations en la matière, ce qui contribua à atténuer significativement la sanction imposée aux administrateurs³⁶⁴.

³⁶¹ J.-J. DU PLESSIS, A. HARGOVAN et J. HARRIS, *Principles of contemporary corporate governance*, 4^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 196 ; Supreme Court of New South Wales, Daniels (formerly practising as Deloitte Haskins & Sells) v Anderson, 15 mai 1995, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°16, p. 607.

³⁶² Sous réserve des développements sur les actions et Section 1324 Corp. Act en particulier, voir III.H.2.

³⁶³ Federal Court of Australia, Australian Securities and Investments Commission (ASIC) v Healy and others, 27 juin 2011, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°83, p. 484, p. 684, § 170.

³⁶⁴ *Ibid.*, pp. 684-685, §§ 170-174 ; en l'occurrence, les administrateurs non-exécutifs ne furent sanctionnés que d'une simple déclaration de contravention, et l'administrateur qui était aussi CEO de l'amende civile la moins élevée disponible.

F. FAUTE DE GESTION ET CSR

En droit belge, les administrateurs n'ont pas d'obligation expresse de protéger la réputation de la société, et ne sont pas expressément contraints de considérer les intérêts des *stakeholders* dans leurs décisions³⁶⁵. Cependant, il y a un risque que ne pas prendre en compte ces facteurs dans le processus de décision constitue une faute de gestion au sens de l'article 527 C. soc. Similairement, il sera possible pour les administrateurs d'argumenter que c'est dans l'intérêt de la société de prendre en compte les intérêts de ses *stakeholders*³⁶⁶. Cela est également l'avis de Dieux selon qui, si des actionnaires reprochaient aux administrateurs d'avoir privilégié les intérêts d'autres *stakeholders*, ils devraient démontrer que la décision était effectivement contraire à l'intérêt social³⁶⁷. La prise en compte des intérêts de ces *stakeholders* ne pourrait pas être en elle-même constitutive d'une faute au vu de la conception actuelle de l'intérêt social qui, même s'il elle n'est pas unanime, semble se situer dans une optique de *going concern*³⁶⁸. Ainsi, la prise en considération des intérêts des *stakeholders* au titre de contribution à l'intérêt social permettrait de justifier une gestion favorable à la CSR si elle était contestée par les actionnaires, sans pour autant l'encourager³⁶⁹.

En allant plus loin, il pourrait être considéré comme négligent de ne pas s'engager dans des activités de CSR, comme il est négligent de ne pas s'assurer contre le risque³⁷⁰. Schnure Baumfield indique que la littérature de gestion considère qu'il est impossible pour les administrateurs de défendre qu'ils agissent dans les meilleurs intérêts de la société s'ils n'ont pas réalisé une « *adequate stakeholder analysis* » et intégré les résultats dans leurs décisions³⁷¹. Ainsi, la prise en compte des intérêts des *stakeholders* serait au moins un standard de comportement minimum qui serait inclus dans le devoir d'agir dans l'intérêt social, voire dans le *duty of care*, indépendamment de la question de savoir s'il est prévu expressément³⁷². La dénomination « standard de comportement minimum » n'est pas anodine, puisqu'elle semblerait permettre, en droit belge, de faire le lien avec l'article 1382 C. civ. qui autorise les tiers d'agir directement en responsabilité contre les administrateurs qui ne se seraient pas comportés prudemment et diligemment.

Le *duty of care* inclus dans section 180(1) Corp. Act utilise le standard de l'administrateur raisonnable³⁷³. Ceci est analogue au droit belge. Si une gestion compétente inclut la prise en compte des intérêts des *stakeholders*, et prendre les mesures raisonnables pour atténuer le risque

³⁶⁵ D. VAN GERVEN et E. CARMELIET, Nautadutilh submission to the Corporate Law Project, from the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises, 2010, pp. 3, 7.

³⁶⁶ *Ibid.*, pp. 7, 8.

³⁶⁷ X. DIEUX, « Droits, pouvoirs et responsabilités des actionnaires et des autres « parties prenantes » », *Droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 42.

³⁶⁸ *Ibid.*

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 43.

³⁷⁰ R. GUSTAVSON, « Chapter 5 - The Company Directors' Perspective of Corporate Social Responsibility », *Professionals' Perspectives of Corporate Social Responsibility*, London, Springer, p. 100.

³⁷¹ V. SCHNURE BAUMFIELD, « Stakeholder theory from a management perspective: Bridging the shareholder/stakeholder divide », *Australian Journal of Corporate Law*, 2016, p. 194.

³⁷² *Ibid.*

³⁷³ *Ibid.*

de leur causer un dommage, ne pas prendre en compte les intérêts de ces *stakeholders* pourrait être considéré comme déraisonnable, et donc être constitutif d'une faute de gestion³⁷⁴.

Ainsi, Barker considère que la passivité ou l'inactivité par rapport aux changements climatiques risque de plus en plus d'engager la responsabilité des administrateurs pour contravention à section 180(1) Corp. Act ³⁷⁵. Pour l'auteur, les administrateurs qui ne répondent pas proactivement aux risques commerciaux et aux opportunités que présentent les changements climatiques aujourd'hui risquent d'engager leur responsabilité dans le futur si la valeur de la société s'en trouve altérée³⁷⁶. Le changement climatique ne devrait plus être considéré comme une simple externalité non-financière seulement problématique au point de vue éthique et sans rapport avec l'obligation de maximiser les profits³⁷⁷. En effet, de nombreuses institutions internationales concluent que les conséquences économiques du changement climatiques sont considérables, voire sans précédent³⁷⁸.

En droit australien, la jurisprudence indique que « *there is a core, irreducible requirement of directors to be involved in the management of the company and to take all reasonable steps to be in a position to guide and monitor* »³⁷⁹. Pour ce faire, les administrateurs doivent évaluer le risque, son ampleur, sa gravité, son imminence, et la probabilité qu'il se réalise face aux coûts et à la difficulté de la mise en œuvre de contre-mesures³⁸⁰. Il y aurait donc manifestement en droit australien des obligations minimales d'information et de compréhension des questions de gouvernance imposées aux administrateurs³⁸¹. Même si l'évaluation d'un manquement au *duty of care* doit se faire en tenant compte des circonstances particulières de la société, le changement climatique est un risque dont la survenance est certaine et qu'un administrateur raisonnable ne pourrait ignorer³⁸². Cela ne signifierait pas pour autant que les administrateurs soient légalement obligés de rendre l'activité de leur société non-polluante ou que la *sustainability* environnementale devienne une priorité absolue, mais bien que les administrateurs doivent évaluer l'impact des changements climatiques sur les activités de la

³⁷⁴ *Ibid.*, pp.194-195.

³⁷⁵ S. BARKER, « Directors' personal liability for corporate inaction on climate change », *Governance Directions*, 2015, p. 21.

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ *Ibid.* ; J. MCCONVILL et J. MARTIN, « The Interaction of Directors' Duties and Sustainable Development in Australia: Setting off on the Uncharted Road », *Melbourne University Law Journal*, 2003, pp. 130-131 ; T. CLARKE, « The Widening Scope of Directors' Duties: The Increasing Impact of Corporate Social and Environmental Responsibility », *Seattle University Law Review*, 2016, pp. 577-578; United Nations Global Compact et Linklaters LLP, Guide for General Counsel on Corporate Sustainability, 2015, disponible sur <https://www.unglobalcompact.org/library/1351>, pp. 12-19.

³⁷⁸ Directors' personal liability for climate change p 22, analyser les sources citées par l'auteur vient bien au-delà de l'objet de ce travail, et relatent des faits bien établis qu'il ne nous est pas nécessaire de critiquer, voir également directors duties in the anthropocene p 20 à 38 sur les effets des changements climatiques et leur influence sur les sociétés, plus comment le phénomène est vu en Australie

³⁷⁹ Federal Court of Australia, Australian Securities and Investments Commission (ASIC) v Healy and others, 27 juin 2011, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°83, p. 484, § 16.

³⁸⁰ Supreme Court of New South Wales, Australian Securities and Investments Commission (ASIC) v Rich, 18 novembre 2009, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°75, p. 1, § 7231.

³⁸¹ S. BARKER, « Directors' personal liability for corporate inaction on climate change », *Governance Directions*, 2015, p. 22 ; S. BARKER, « Directors' Duties in the Anthropocene – liability for corporate harm due to inaction on climate change », *Corporate Law, Economics and Science Association paper*, 2013, p. 17.

³⁸² S. BARKER, « Directors' personal liability for corporate inaction on climate change », *Governance Directions*, 2015, pp. 22-23.

société et y réagir activement pour adapter ces activités aux conséquences de ces changements³⁸³. Un administrateur doit prendre toutes les mesures raisonnables pour être en position de gérer sa société³⁸⁴. Ainsi, une décision consciente sur base des coûts et bénéfices respectifs de continuer le « *business as usual* » qui conclurait que ne rien faire (ou presque) est la solution la plus avantageuse pour la société risquerait d'être fautive. Une telle décision ne prendrait probablement pas compte de l'augmentation significative des coûts à long terme ou du risque que la société doive s'adapter dans l'urgence³⁸⁵. De plus, l'argument comme quoi la société s'est conformée aux normes légales et aux normes de l'industrie ne devrait pas non plus selon Barker satisfaire le *duty of care* à cause principalement de la faiblesse que présenterait une telle réponse par rapport aux risques connus qui se poseront à la société³⁸⁶. Les administrateurs doivent en effet pouvoir prouver que *toutes* les mesures raisonnables ont été prises et que la décision est le produit de leur propre analyse critique, adaptée aux circonstances particulières de leur société³⁸⁷. Le premier manquement au devoir de gestion, c'est de ne pas gérer, et cela s'applique également aux conséquences des changements climatiques qui doivent être abordées et le risque qu'elles présentent couvert³⁸⁸.

Des arguments du même type sont valables également en droit belge. Il a été proposé qu'une entreprise qui ne se soucie pas activement du bien-être des travailleurs et des concitoyens, de l'environnement ou de sa gouvernance est une entreprise mal gérée au sens de l'article 527 C. soc³⁸⁹. Un tel raisonnement se situe clairement dans une conception d'*enlightened self-interest* où les considérations de CSR sont vues comme essentielles à la maximisation du profit. En droit belge, on attend aussi des administrateurs qu'ils prennent des décisions en s'étant préalablement et correctement informés³⁹⁰.

L'importance de la CSR dans une bonne gestion de la société doit cependant être relativisée en pratique car des études montreraient que son impact sur la santé financière des sociétés est limité³⁹¹.

³⁸³ *Ibid.*, p. 23 ; S. BARKER, « Directors' Duties in the Anthropocene – liability for corporate harm due to inaction on climate change », *Corporate Law, Economics and Science Association paper*, 2013, p. 9.

³⁸⁴ S. BARKER, « Directors' personal liability for corporate inaction on climate change », *Governance Directions*, 2015, p. 23.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 24.

³⁸⁶ *Ibid.*

³⁸⁷ *Ibid.*

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 25 ; S. BARKER, « Directors' Duties in the Anthropocene – liability for corporate harm due to inaction on climate change », *Corporate Law, Economics and Science Association paper*, 2013, pp. 55, 59 ; « Le premier manquement au devoir de gestion, c'est de ne pas gérer » est une expression inspirée du cours oral d'O. CAPRASSE de droit des sociétés donné en 2018 à l'Université de Liège.

³⁸⁹ J.-F. GOFFIN, « Chapitre 5 - Le droit commun de la responsabilité des dirigeants – Les différents types de fautes engageant la responsabilité des administrateurs, membres du comité de direction et gérants », *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012, p. 179, citant E. de CANNART D'HAMALE, E. DE WALSCHE, N. HACHEZ et P. COOLS, *La responsabilité sociale des entreprises : concept, pratiques et droit*, Genval, Vanden Broele, 2006, p. 124.

³⁹⁰ A. TILLEUX, « The Company Director's Checklist - Belgium », 2011, disponible sur <https://www.ibanet.org/>, p. 11.

³⁹¹ J.D. MARGOLIS, H.A. ELFENBEIN et J.P. WALSH, « Does it pay to be good... and does it matter? A meta-analysis of the relationship between corporate social and financial performance », 2009, disponible sur https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1866371, pp. 23-26 ; F.L. REINHARDT et R.N. STAVINS,

G. RESPONSABILITÉ EXTRA CONTRACTUELLE

La responsabilité d'un administrateur pourrait être engagée indirectement par le biais de la responsabilité extracontractuelle et des standards de comportement³⁹². Nous avons déjà exposé différentes possibilités au point III.E, la question ici est de savoir dans quelle mesure ne pas considérer l'intérêt des *stakeholders* dans le processus de décision risque d'engager la responsabilité extracontractuelle des administrateurs.

Classiquement, la position de la jurisprudence limitait cette possibilité, comme exposé par le tribunal de commerce de Liège qui jugeait en 2003 que « *ce n'est donc pas la violation en tant que telle de l'intérêt social, en ce qu'il inclut la prise en compte des intérêts des tiers dans le cadre de la gestion de la société qui constitue une faute aquilienne, mais un comportement qui traduit une déloyauté et méconnaît la bonne foi à l'égard des tiers* »³⁹³. Il semblerait cependant aujourd'hui vraisemblable que cette possibilité soit élargie aux cas où la violation de l'intérêt social en ce qu'il inclut la prise en compte des intérêts des tiers constitue également un manquement au devoir d'agir comme une personne normalement prudente et diligente au sens de l'article 1382 C. civ. D'ailleurs, ce jugement du tribunal de commerce de Liège est antérieur à l'arrêt de la Cour de cassation de 2005 qui reconnaît la possibilité dont disposent les tiers d'agir en responsabilité extracontractuelle contre les administrateurs³⁹⁴.

En droit australien, la responsabilité extracontractuelle des administrateurs selon le droit commun (*tort*) est très limitée³⁹⁵. Le principe est la théorie de l'organe, selon laquelle les actes et les omissions des administrateurs agissant dans leur rôle d'administrateurs sont considérés comme les actes et les omissions de la société³⁹⁶. Les administrateurs ne seront donc généralement pas responsables personnellement même s'ils ont participé ou ont causé le *tort* dans le chef de la société³⁹⁷. Il y a cependant des circonstances dans lesquelles ils seront tenus, selon l'approche préférée par la jurisprudence récente, à condition de remplir le test « *make the tort their own* »³⁹⁸. Ce test implique que l'administrateur ait fait plus que simplement autoriser ou décider que les actes soient commis³⁹⁹. Ainsi, il a été jugé que « *for a director to be liable because he or she directs or procures his or her company to commit a wrong, the context must be such that the director is effectively standing apart from the company and directing or*

« Corporate social responsibility, business strategy, and the environment », *Oxford Review of Economic Policy*, 2010, pp. 168-170, 178.

³⁹² J.-F. GOFFIN, « Chapitre 5 - Le droit commun de la responsabilité des dirigeants – Les différents types de fautes engageant la responsabilité des administrateurs, membres du comité de direction et gérants », *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012, p. 179 ; E. DE CANNART D'HAMALE, « La responsabilité sociale des entreprises, *soft law* ou *hard law* ? », *J.T.*, 2007, p. 419.

³⁹³ Comm. Liège, 17 octobre 2003, *R.D.C.-T.B.H.*, 2005, p. 429, p. 441.

³⁹⁴ Voir point II.A.4.

³⁹⁵ S.H.C. LO, « Dis-Attribution Fallacy and Directors' Tort Liabilities », *Australian Journal of Corporate Law*, 2016, p. 216 ;

³⁹⁶ *Ibid.*

³⁹⁷ *Ibid.*

³⁹⁸ *Ibid.* p. 227 ; Federal Court of Australia, Keller v LED Technologies Pty Ltd, 9 juin 2010, *Australian Law Reports*, n°268, p. 613.

³⁹⁹ S.H.C. LO, « Dis-Attribution Fallacy and Directors' Tort Liabilities », *Australian Journal of Corporate Law*, 2016, p. 226-227.

procuring it as a separate entity »⁴⁰⁰. On comprend qu'avec un tel standard, la responsabilité des administrateurs ne puisse être mise en cause sur la base de la *tort law* que dans des circonstances très particulières qui sépareraient l'administrateur de la société, de sorte qu'il ne puisse pas être considéré comme un acteur de celle-ci⁴⁰¹. Il semble donc très difficile pour un tiers lésé par une société en raison d'un acte ou d'une omission du conseil d'administration d'agir avec succès en responsabilité quasi-délictuelle contre celui-ci.

Finalement, il paraît plus facile pour les tiers d'agir en responsabilité contre les administrateurs en Belgique qu'en Australie, que ce soit par le biais de l'art. 528 C. soc. ou par le biais de la responsabilité extracontractuelle⁴⁰².

⁴⁰⁰ Federal Court of Australia, Keller v LED Technologies Pty Ltd, 9 juin 2010, *Australian Law Reports*, n°268, p. 613, p. 704, § 404.

⁴⁰¹ *Ibid.*

⁴⁰² Voir points II.A.3 et II.A.4.

H. ACTIONS

Certaines actions présentent un potentiel pour inciter la CSR chez les administrateurs.

1) Action minoritaire

Cette action existe en droit belge comme en droit australien. Elle permet à un actionnaire minoritaire d'intenter une action contre les administrateurs pour manquement à leurs obligations vis-à-vis de la société, au nom et pour le compte de celle-ci⁴⁰³. Ainsi, les bénéfices de l'action iront à la société et pas directement à l'actionnaire ayant engagé l'action. Elle permet à un actionnaire minoritaire d'agir comme une sorte de « chien de garde » sur la majorité des actionnaires, là où les actionnaires majoritaires et les administrateurs n'agiraient pas dans les meilleurs intérêts de la société⁴⁰⁴. En droit australien, cette action est prévue par section 236(1) Corp. Act⁴⁰⁵. L'action minoritaire est prévue par l'art. 562 C. soc. en droit belge⁴⁰⁶. Dans les deux juridictions, cette action pourrait théoriquement être utilisée dans une perspective d'activisme actionnarial en faveur de la CSR, pour tenter de passer par le juge pour contraindre les administrateurs à adopter une vision plus large de l'intérêt social.

2) Injonctions

a) *Oppressive conduct remedy*

Cette action donnée aux *shareholders* d'une société par la section 232 Corp. Act permet à ceux-ci de demander une injonction à une cour lorsque le comportement ou l'omission des administrateurs pour le compte de la société est contraire aux « *interests of the members as a*

⁴⁰³ J.-J. DU PLESSIS, A. HARGOVAN et J. HARRIS, *Principles of contemporary corporate governance*, 4^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 234.

⁴⁰⁴ *Ibid.*

⁴⁰⁵ Section 236 Corp. Act : « (1) A person may bring proceedings on behalf of a company, or intervene in any proceedings to which the company is a party for the purpose of taking responsibility on behalf of the company for those proceedings, or for a particular step in those proceedings (for example, compromising or settling them), if: (a) the person is: (i) a member, former member, or person entitled to be registered as a member, of the company or of a related body corporate; or (ii) an officer or former officer of the company; and (b) the person is acting with leave granted under section 237.

(2) Proceedings brought on behalf of a company must be brought in the company's name.

(3) The right of a person at general law to bring, or intervene in, proceedings on behalf of a company is abolished ».

⁴⁰⁶ Article 562 C. soc. : « Une action peut être intentée contre les administrateurs, pour le compte de la société par des actionnaires minoritaires.

Cette action minoritaire est intentée par un ou plusieurs actionnaires possédant, au jour de l'assemblée générale qui s'est prononcée sur la décharge des administrateurs, des titres auxquels est attaché au moins 1 % des voix attachées à l'ensemble des titres existant à ce jour ou possédant à ce même jour des titres représentant une fraction du capital égale à 1 250 000 EUR au moins.

Pour les actionnaires ayant droit de vote, l'action ne peut être intentée que par ceux qui n'ont pas voté la décharge et par ceux qui ont voté cette décharge pour autant dans ce cas, que celle-ci ne soit pas valable.

En outre, pour les détenteurs d'actions sans droit de vote, l'action ne peut être intentée que dans les cas où ils ont exercé leur droit de vote conformément à l'article 481 et pour les actes de gestion afférents aux décisions prises en exécution du même article ».

whole »⁴⁰⁷. La conception large des intérêts des membres qui semble prévaloir permettrait aux administrateurs de prendre des décisions favorables à la CSR conciliables avec une vue à long terme de l'intérêt social sans risquer d'être mis en cause pour *oppressive conduct* par des actionnaires⁴⁰⁸.

b) Section 1324 Corporations Act

Pour Baxt, Section 1324 Corp. Act pourrait être une solution pour les tiers d'attirer l'attention des administrateurs⁴⁰⁹. Cette affirmation serait encore renforcée si un devoir de considérer les intérêts des tiers était reconnu⁴¹⁰. Section 1324 Corp. Act prévoit entre autres que « *where a person has engaged, is engaging or is proposing to engage in conduct that constituted, constitutes or would constitute: (a) a contravention of this Act ... the Court may, on the application of ASIC, or of a person whose interests have been, are or would be affected by the conduct grant an injunction* »⁴¹¹. La disposition permet également à la cour d'ordonner à la personne en cause de dédommager n'importe quelle autre personne, en plus ou à la place d'une injonction ou d'un autre remède⁴¹². Il apparaît cependant que l'opinion des juges ne serait pas de favoriser la vue selon laquelle un dédommagement pourrait être demandé si une injonction n'a pas aussi été demandée⁴¹³. Nonobstant le large champ d'application dont jouit cette disposition, il semblerait qu'elle n'ait pas été largement utilisée comme base pour rechercher une réparation adéquate⁴¹⁴.

Baxt soutient l'usage de cette disposition dans le contexte de la CSR pour diverses raisons⁴¹⁵. Tout d'abord, section 1324 permettrait de placer les administrateurs sous la pression de considérer une série d'intérêts différents dans l'intérêt de la société⁴¹⁶. Si un administrateur manque à ses obligations prévues par le Corporations Act, les tiers dont les intérêts n'ont pas été considérés auraient un intérêt à agir dans le sens de section 1324, et pourraient demander dédommagement⁴¹⁷. Pourtant, Young J. dans *Mesenberg v Cord Industrial Recruiters Pty Ltd* a estimé que seulement ASIC pourrait introduire des demandes d'injonction sur base de section 1324 car les devoirs des administrateurs font partie du régime des pénalités civiles que seule ASIC peut mettre en œuvre, malgré qu'ils soient dus à la société⁴¹⁸. D'autres décisions

⁴⁰⁷ J.A. PURCELL et J.A. LOFTUS, « Corporate social responsibility: Expanding directors' duties or enhancing corporate disclosure », *Australian Journal of Corporate Law*, 2007, p. 143 ; Section 232 Corp. Act.

⁴⁰⁸ J.A. PURCELL et J.A. LOFTUS, « Corporate social responsibility: Expanding directors' duties or enhancing corporate disclosure », *Australian Journal of Corporate Law*, 2007, p. 143-144.

⁴⁰⁹ B.A.O. BAXT, « Future directions for Corporate Law: Where are we now and where do we go from here? The dilemmas of the modern company director », *Australian Journal of Corporate Law*, 2011, p. 225.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 219.

⁴¹¹ Section 1324 Corp. Act.

⁴¹² Section 1324(10) Corp. Act.

⁴¹³ B.A.O. BAXT, « Future directions for Corporate Law: Where are we now and where do we go from here? The dilemmas of the modern company director », *Australian Journal of Corporate Law*, 2011, p. 225.

⁴¹⁴ *Ibid.*, pp. 225-226.

⁴¹⁵ *Ibid.*.

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 226.

⁴¹⁷ *Ibid.* ; R. TEELE LANGFORD, « Stakeholder Interests - Balancing or Considering? », *Company & Securities Law Journal*, 2014, p. 69.

⁴¹⁸ B.A.O. BAXT, « Future directions for Corporate Law: Where are we now and where do we go from here? The dilemmas of the modern company director », *Australian Journal of Corporate Law*, 2011, p. 226, citant Supreme

subséquentes ont rejeté l'interprétation de Young J. en la considérant comme contraire aux termes mêmes de section 1324⁴¹⁹. Ces différentes décisions ont accordé aux créanciers le droit d'agir sur la base de section 1324 en reconnaissant qu'en raison de la contravention aux obligations vis-à-vis de la société, il pouvait y avoir une diminution de la prétention des créanciers, en se basant sur la décision précédente de Hayne J. dans *Allen v Atalay*⁴²⁰. Il serait dès lors possible d'étendre le bénéfice de section 1324 à d'autres *stakeholders* dont les intérêts ont été affectés, dans le contexte de la CSR, et la jurisprudence y serait prête⁴²¹. Baxt cite notamment l'affaire *Leawell Pty Ltd (as Trustee for the Garton Smith Trust) v Watershed Premium Wines Ltd* dans laquelle Siopis J. déclara que « *consideration must be had to the Parliament's intention in providing by that section [in this case s 1324(4)], a statutory power to aid the enforcement of the Act, which may be invoked by the regulatory authority, and also by persons whose interests may be affected by a breach of the Act* »⁴²². L'optimisme de l'auteur sur la question doit cependant être tempéré par le fait qu'il n'y a pas encore eu de décision faisant voie d'autorité qui reconnaisse cette interprétation large de section 1324⁴²³. De plus, il faut que les *stakeholders* puissent faire la preuve d'un dommage propre, ce qui peut présenter un problème au même titre qu'en droit belge.

Court of New South Wales, *Mesenberg v Cord Industrial Recruiters Pty Ltd*, 20 mars 1996, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°19, p. 483.

⁴¹⁹ B.A.O. BAXT, « Future directions for Corporate Law: Where are we now and where do we go from here? The dilemmas of the modern company director », *Australian Journal of Corporate Law*, 2011, p. 226, citant Federal court of Australia, *Airpeak Pty Ltd v Jetstream Aircraft Ltd*, 4 mars 1997, *Australian Corporations & Securities Reports* n°23, p. 715 et Supreme Court of Western Australia, *Emlen Pty Ltd v St Barbara Mines Ltd*, 27 mars 1997, *Australian Corporations & Securities Reports* n°24, p. 303.

⁴²⁰ B.A.O. BAXT, « Future directions for Corporate Law: Where are we now and where do we go from here? The dilemmas of the modern company director », *Australian Journal of Corporate Law*, 2011, p. 226 ; Supreme Court of Victoria, *Allen v Atalay and others*, 4 novembre 1993, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°11, p. 753.

⁴²¹ B.A.O. BAXT, « Future directions for Corporate Law: Where are we now and where do we go from here? The dilemmas of the modern company director », *Australian Journal of Corporate Law*, 2011, p. 226-227 ; Supreme Court of Victoria, *Allen v Atalay and others*, 4 novembre 1993, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°11, p. 753, p. 757 : « *Thus it may be accepted that the general rule is that it is for ZZZ Pty Ltd to bring action at the instigation of its liquidator, to complain of wrongs that are alleged to have been done to the company by its officers. But the question is whether that general rule is now subject to an exception created by s 1324 of the Corporations Law. I do not consider that that question can be answered by assuming, as the defendant's submissions came perilously close to doing, that the rule is one of absolute generality admitting of no exception. Now if the interests referred to in the section are (as was held in Broken Hill Proprietary Co Ltd v Bell Resources Ltd) interests of any person which go beyond the mere interest of a member of the public and if it is not necessary that personal rights of a proprietary nature or rights analogous thereto are or may be affected, it is my view arguable that a creditor having a right to prove in the liquidation of a company may be a person whose interests are affected by a contravention which is alleged to have led to the diminution in the value of his claim against the company. That being so, I consider that the plaintiff's claim is arguable and that it is not appropriate to strike out his claim or terminate the action summarily. (Cf Biala Pty Ltd v Mallina Holdings Ltd (1993) 11 ACLC 757)* ».

⁴²² *Ibid.*, p. 227 ; Federal Court of Australia, *Leawell Pty Ltd as Trustee for Garton Smith Trust, Re; Watershed Premium Wines Ltd v Watershed Premium Wines Ltd*, 19 janvier 2009, *Unreported Judgments Federal Court of Australia*, p. 26.

⁴²³ B.A.O. BAXT, « Future directions for Corporate Law: Where are we now and where do we go from here? The dilemmas of the modern company director », *Australian Journal of Corporate Law*, 2011, pp. 227-228.

c) Nomination d'un expert-vérificateur

En droit belge, selon l'article 168 C. soc. qui prévoit que « *s'il existe des indices d'atteinte grave ou de risque d'atteinte grave aux intérêts de la société, le tribunal de commerce peut, à la requête d'un ou de plusieurs associés possédant au moins 1% des voix attachées à l'ensemble des titres existants, ou possédant des titres représentant une fraction du capital égale à 1.250.000 EUR au moins, nommer un ou plusieurs experts ayant pour mission de vérifier les livres et les comptes de la société ainsi que les opérations accomplies par ses organes* »⁴²⁴. Certes ce recours est *a priori* réservé aux membres de la société et n'engage pas directement la responsabilité des administrateurs, mais il peut permettre de mettre au jour une atteinte grave qui elle sera potentiellement susceptible d'engager la responsabilité des administrateurs. Pour Dieux, le fait que ce recours spécial soit réservé aux membres n'empêche pas que d'autres *stakeholders* puissent également agir en référé dans le but d'obtenir une même injonction, aux conditions du droit commun, si ces *stakeholders* peuvent prouver leur intérêt à agir⁴²⁵.

3) Action publique

Comme nous l'avons dit (II.B.4), une particularité du régime australien de la responsabilité des administrateurs est qu'une institution publique, ASIC, joue un rôle d'acteur dans la mise en œuvre de cette responsabilité, et peut donc agir contre les administrateurs qui ne s'acquitteraient pas correctement de leurs obligations vis-à-vis de leur société⁴²⁶. En droit belge, la tâche est seulement laissée aux actionnaires pour la faute de gestion, mais des possibilités existent pour les tiers d'attaquer les administrateurs via la responsabilité extracontractuelle et l'article 528 C. soc. Cependant, il a été démontré que dans plusieurs juridictions, même avec des *derivative actions* disponibles, peu d'actions sont entreprises à l'encontre des administrateurs pour manquement à leurs obligations fiduciaires ou à leur *duty of care*⁴²⁷. La mise en œuvre publique de la responsabilité des administrateurs permet donc de pallier ce problème.

En Belgique, une question est de savoir si l'article 528 C. soc. qui s'adresse à tous les tiers intéressés, donnerait au Ministère public le droit d'agir au nom de la collectivité. Le Ministère public peut agir au nom de la collectivité pour faire respecter ses règles essentielles, à condition que l'ordre public soit atteint⁴²⁸. Pour la cour de Cassation, « *relève de l'ordre public tout ce qui touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité ou tout ce qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société* »⁴²⁹.

⁴²⁴ Art. 168 C. soc.

⁴²⁵ X. DIEUX, « Droits, pouvoirs et responsabilités des actionnaires et des autres « parties prenantes » », *Droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 38.

⁴²⁶ J.-J. DU PLESSIS, A. HARGOVAN et J. HARRIS, *Principles of contemporary corporate governance*, 4^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 153.

⁴²⁷ *Ibid.*

⁴²⁸ H. CULOT, « Qui peut agir en droit des sociétés ? La condition de qualité dans les actions prévues par le Code des sociétés », *Le juge des sociétés et associations / De vennootschaps- en verenigingsrechter*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, pp. 107-108 ; art. 138bis § 1^{er} Code Judiciaire.

⁴²⁹ H. CULOT, « Qui peut agir en droit des sociétés ? La condition de qualité dans les actions prévues par le Code des sociétés », *Le juge des sociétés et associations / De vennootschaps- en verenigingsrechter*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, pp. 107-108, citant Cass., 13 décembre 2016, P. 16.0421.N.

Vu cette définition, *a priori* rien n'interdirait le Ministère public d'agir, même si les cas dans lesquels il pourrait agir seraient limités. De plus, son intérêt à agir serait soumis à l'appréciation du juge, qui pourrait être réticent à donner un caractère d'ordre public au droit de la responsabilité des administrateurs qui a vocation à les inciter à agir dans l'intérêt de leur société.

Conclusion

La CSR est généralement comprise comme un mouvement volontaire des sociétés de gérer leurs impacts sur les tiers. Cet aspect volontaire doit désormais être nuancé par les nombreux incitants, initialement non-étatiques, qui invitent les sociétés et leurs administrateurs à prendre en compte les *stakeholders*. Ces nuances peuvent toutefois recevoir la sanction du droit de la responsabilité des administrateurs par le biais de différents mécanismes.

Néanmoins, le rôle du juge n'est certainement pas d'enjoindre les administrateurs d'adopter la CSR dans leur processus de décision. Il faut se garder d'imposer de trop lourdes obligations aux administrateurs alors que le contexte actuel leur permet déjà de prendre en compte les intérêts des *stakeholders*. Nous pouvons toutefois regretter d'un point de vue éthique que cette prise en compte soit subordonnée à la poursuite du profit à long terme. La tendance de la jurisprudence semble se profiler en faveur d'une conception favorable à la CSR, en particulier en Australie, même si la primauté des actionnaires reste le principe. Les conceptions de l'intérêt social semblent varier en fonction des circonstances de l'espèce et des juridictions, mais le principe de non remise en cause des décisions commerciales prises de bonne foi maintient une certaine sécurité juridique, salubre pour les administrateurs.

Cependant, les juges doivent évaluer la responsabilité des administrateurs en ayant égard à l'évolution des mentalités et des règles non-étatiques. Un administrateur qui respecte les recommandations de *corporate governance* n'exposerait pas sa responsabilité vis-à-vis des actionnaires opposés la poursuite d'une politique de CSR, à condition que cette politique soit raisonnable et proportionnée aux circonstances de la société. A l'inverse, le non-respect des codes de gouvernance, notamment en matière de CSR, risquerait plus en plus de constituer une faute par rapport au comportement d'un administrateur prudent et diligent, en sus d'exposer la société à la sanction du marché.

La transparence vis-à-vis des *stakeholders* joue un rôle important pour la CSR non seulement pour permettre la sanction du marché mais surtout pour conscientiser les administrateurs à prendre des décisions raisonnées à tous égards. Il importe également d'expliquer aux divers acteurs, en particulier les actionnaires, pourquoi une politique de CSR est suivie afin que ceux-ci ne remettent pas en cause les décisions du conseil d'administration en la matière⁴³⁰.

La CSR participe donc à rendre les administrateurs plus responsables vis-à-vis de l'ensemble des *stakeholders*. Le droit de la responsabilité des administrateurs contient les outils pour s'adapter à cette réalité. L'avenir nous indiquera très certainement comment les cours interpréteront la capacité de ces outils à appréhender la CSR.

⁴³⁰ Y. DE CORDT, *L'intérêt social comme vecteur de la responsabilité sociétale*, Louvain-La-Neuve, Academia-Bruylant, 2008, p. 150.

Bibliographie

Sources publiques

Législation

Code des Sociétés du 7 mai 1999, *M.B.*, 6 août 1999, modifié en dernier lieu par la loi du 5 décembre 2017, *M.B.*, 18 décembre 2017 ;

Corporations Act 2001 (Cth) du 1^{er} janvier 2001, modifié en dernier lieu par l'Act n°23 du 30 mars 2018.

Documents publics

Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, Parliament of Australia, *Company Directors' Duties: Report on the Social and Fiduciary Duties and Obligations of Company Directors*, 1989, disponible sur https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate/Legal_and_Constitutional_Affairs/Completed_inquiries/pre1996/directors/index ;

New South Wales Government, Special Commission of Inquiry into the Medical Research and Compensation Foundation, *Report of the Special Commission of Inquiry into the Medical Research and Compensation Foundation*, 2004, D.F. JACKSON Commissioner, disponible sur <https://catalogue.nla.gov.au/Record/3357790> ;

Proposition de loi modifiant l'article 528 du Code des sociétés afin d'étendre la responsabilité solidaire des administrateurs de sociétés au non-respect des prescriptions d'un code de gouvernance d'entreprise, *Doc. Parl.*, Chambre, 2005-2006, n°2111/001 ;

Avis du Conseil d'État sur la proposition de loi modifiant l'article 528 du Code des sociétés afin d'étendre la responsabilité solidaire des administrateurs de sociétés au non-respect des prescriptions d'un code de gouvernance d'entreprise, *Doc. Parl.*, Chambre, 2005-2006, n°2111/002 ;

Parliamentary Joint Committee on Corporations and Financial Services, *Corporate responsibility: Managing risk and creating value*, 2006, disponible sur https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Joint/Corporations_and_Financial_Services/Completed_inquiries/2004-07/corporate_responsibility/report/index ;

Corporations and Markets Advisory Committee, *The social responsibility of corporations report*, 2006, disponible sur [http://www.camac.gov.au/camac/camac.nsf/byheadline/pdffinal+reports+2006/\\$file/csr_report.pdf](http://www.camac.gov.au/camac/camac.nsf/byheadline/pdffinal+reports+2006/$file/csr_report.pdf) ;

Commission Corporate Governance, Code belge de gouvernance d'entreprise, 2009, disponible sur <https://www.corporategovernancecommittee.be/sites/default/files/generated/files/page/corporategovfrcode2009.pdf> ;

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 25 octobre 2011 - Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014, COM (2011) 681 final, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0681:FIN:fr:PDF> ;

ASX Corporate Governance Council, Corporate Governance Principles and Recommendations, 3e éd., 2014, disponible sur <https://www.asx.com.au/regulation/corporate-governance-council.htm> ;

Governance Institute of Australia, *Shareholder primacy: Is there a need for change? A discussion paper*, 2014, disponible sur <https://www.governanceinstitute.com.au/advocacy/thought-leadership/shareholder-primacy-is-there-a-need-for-change/> ;

United Nations Global Compact et Linklaters LLP, Guide for General Counsel on Corporate Sustainability, 2015, disponible sur <https://www.unglobalcompact.org/library/1351> ;

Code Buisse III, Corporate Governance Recommandations aux entreprises non cotées, 2017, disponible sur <http://www.codebuisse.com/fr/buissefr.aspx> ;

ASX Listing Rules, modifiées en dernier lieu le 1^{er} janvier 2018, disponibles sur <https://www.asx.com.au/regulation/rules/asx-listing-rules.htm>.

Doctrine

Articles

AUTENNE, A., et AYDOGDU, R., « La transparence dans la loi du 6 avril 2010 visant à renforcer le gouvernement d'entreprise – La « Corporate governance », entre autosuffisance du marché et omnipotence de l'Etat », *Forum Financier / Droit Bancaire et Financier*, 2010, pp. 157-184 ;

AYDOGDU, R., « Mais où sont les neiges d'antan ? – Le Code des sociétés à l'ère de la *corporate governance* », *J.T.*, 2011, pp. 198-202 ;

AYDOGDU, R., « La Corporate Social Responsibility, le droit par-delà le marché et l'Etat (partie 1) », *R.P.S.-T.R.V.*, 2016, pp. 669-704 ;

AYDOGDU, R., « La Corporate Social Responsibility, le droit par-delà le marché et l'Etat (partie 2) », *R.P.S.-T.R.V.*, 2016, pp. 868-908 ;

BAINBRIDGE, W., et CONNOR, T., « Another Way Forward? The Scope for an Appellate Court to Reinterpret the Statutory Business Judgment Rule », *Company and Securities Law Journal*, 2016, pp. 415-437 ;

BARKER, S., « Directors' Duties in the Anthropocene – liability for corporate harm due to inaction on climate change », *Corporate Law, Economics and Science Association paper*, 2013 ;

BARKER, S., « Directors' personal liability for corporate inaction on climate change », *Governance Directions*, 2015, pp. 21-25 ;

- BAXT, B.A.O., « Future directions for Corporate Law: Where are we now and where do we go from here? The dilemmas of the modern company director », *Australian Journal of Corporate Law*, 2011, pp. 213-241 ;
- BERTRAND, A., et COIBON, A., « Shareholder Suits against the Directors of a Company, against other Shareholders and against the Company itself under Belgian Law », *European Company and Financial Law Review*, 2009, pp. 270-306 ;
- BILCHITZ, D., et AUSSERLADSCHEIDER, J.L., « Proportionality, Fundamental Rights and the Duties of Directors », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2016, pp. 828-854 ;
- BOHINC, R., « Corporate Social Responsibility (A European Legal Perspective) », *Canterbury Law Review*, 2014, pp. 21-37 ;
- DE CANNART D'HAMALE, E., « La responsabilité sociale des entreprises, *soft law* ou *hard law* ? », *J.T.*, 2007, pp. 413-421 ;
- CLARKE, T., « The Widening Scope of Directors' Duties: The Increasing Impact of Corporate Social and Environmental Responsibility », *Seattle University Law Review*, 2016, pp. 531-578 ;
- COIPEL, M., « La cour de Cassation définit l'intérêt social », note sous Cass., 28 novembre 2013, *Jurisprudence en droit des Sociétés Commerciales*, pp. 62-65 ;
- MCCONVILL, J., et MARTIN, J., « The Interaction of Directors' Duties and Sustainable Development in Australia: Setting off on the Uncharted Road », *Melbourne University Law Journal*, 2003, pp. 116-138 ;
- MCCONVILL, J., « Directors' duties to stakeholders: A reform proposal based on three false assumptions », *Australian Journal of Corporate Law*, 2005, pp. 88-102 ;
- DE CORDT, Y., « La responsabilité sociétale des entreprises. Les enjeux et les outils du droit des sociétés », *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2009, pp. 11-21 ;
- DIEUX, X., LAMBRECHT, P., CAPRASSE, O., AUTENNE, A., AYDOGDU, R., DUPLAT, M., HANNOUILLE, A., LECLERCQ, D., LÉONARD, L., POTTIER, E., THUNGEN, R., WEEMAELS, E., et WILLERMAIN, D., « Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (première partie) », *R.C.J.B.*, 2016, pp. 55-187 ;
- FLANNIGAN, R., « The Fiduciary Obligation », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1989, pp. 285-322 ;
- FRIEDMAN, M., « The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits », *New York Times*, 1970, p. 17, disponible sur <https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html> ;
- VAN GERVEN, D., et CARMELIET, E., Nautadutilh submission to the Corporate Law Project, from the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises, 2010 ;
- GOFFIN, J.-F., « Responsabilité des membres du conseil d'administration », *Vanham & Vanham*, Séminaire, février 2015 ;

- GOLLIER, J.-M., « L'intérêt social », obs. sous Cass., 28 novembre 2013, *Rev. prat. soc.*, 2014, pp. 46-63 ;
- GOLLIER, J.-M., « Publication d'informations non financières – Commentaire de la loi du 3 septembre 2017 », *J.T.*, 2018, pp. 241-250 ;
- GROSSMAN, H.A., « Refining the Role of the Corporation: The Impact of Corporate Social Responsibility on Shareholder Primacy Theory », *Deakin Law Review*, 2005, pp. 572-596 ;
- HACHEZ, N., « Responsabilité sociale des entreprises : l'Union avance-t-elle à reculons ? », *Journal de droit européen*, 2016, pp. 378-385 ;
- HANRAHAN, P., « Corporate governance in these 'exciting times' », *Australian Journal of Corporate Law*, 2017, pp. 142-161 ;
- HEENETIGALA, K., et DE SILVA LOKUWADUGE, C.S., « Directors Duties and Responsibilities towards other Stakeholders: A Discussion of Case Studies on Corporate Disasters », *Journal of Business Systems, Governance & Ethics*, 2013, pp. 51-58 ;
- HERZBERG, A., et ANDERSON, H., « Stepping Stones – From Corporate Fault to Directors' Personal Civil Liability », *Federal Law Review*, 2012, pp. 181-205 ;
- LEROUX, E., « De Code Lippens: juridisch afdwingbaar ? », *T.R.V.*, 2005, pp. 513-529 ;
- MACEY, J.R., « Corporate Social Responsibility: A Law & Economics Perspective », *Chapman Law Review*, 2014, pp. 331-354 ;
- MARGOLIS, J.D., ELFENBEIN, H.A., et WALSH, J.P., « Does it pay to be good... and does it matter? A meta-analysis of the relationship between corporate social and financial performance », 2009, disponible sur https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1866371 ;
- MARSHALL, S., et RAMSAY, I., « Stakeholders and Directors' Duties: Law, Theory and Evidence », *University of New South Wales Law Journal*, 2012, pp. 291-316 ;
- NERI-CASTRACANE, G., « Does the Business Judgment Rule Help Promote Corporate Social Responsibility », *Frontiers of Law in China*, 2015, pp. 8-23 ;
- PINTEA, M.-O., « The relationship between corporate governance and corporate social responsibility », *Review of Economic Studies and Research Virgil Madgearu*, 2015, pp. 91-108 ;
- PURCELL J.A., et LOFTUS, J.A., « Corporate social responsibility: Expanding directors' duties or enhancing corporate disclosure », *Australian Journal of Corporate Law*, 2007, pp. 135-160 ;
- REDMOND, P., « The thrall of shareholder value: implications for CSR and directors' duties », *Applied Corporate Governance*, 2006, pp. 79-83 ;
- REDMOND, P., « Directors' Duties and Corporate Social Responsiveness », *University of New South Wales Law Journal*, 2012, pp. 317-340 ;
- REINHARDT, F.L., et STAVINS, R.N., « Corporate social responsibility, business strategy, and the environment », *Oxford Review of Economic Policy*, 2010, pp. 164-181 ;

- RONSE, J., « Marginale Toetsing in het Privaatrecht », *Tijdschrift voor privaatrecht*, 1977, pp. 207-222 ;
- SACCONI, L., « Corporate Social Responsibility and Corporate Governance », *EconomEtica*, 2012, disponible sur <https://ssrn.com/abstract=2102116> ;
- SCHNUR BAUMFIELD, V., « Stakeholder theory from a management perspective: Bridging the shareholder/stakeholder divide », *Australian Journal of Corporate Law*, 2016, pp. 187-204 ;
- SEALY, L.S., « Directors' "Wider" Responsibilities — Problems Conceptual, Practical and Procedural », *Monash University Law Review*, 1987, pp. 164-188 ;
- SHEEHY, B., et FEAVER, D., « Anglo-American Directors' Legal Duties and CSR: Prohibited, Permitted or Prescribed? », *Dalhousie Law Journal*, 2014, pp. 347-395 ;
- SHEEHY, B., « Defining CSR: Problems and Solutions », *Journal of Business Ethics*, 2015, pp. 625-648 ;
- SMITH, D.G., « The Shareholder Primacy Norm », *Journal of Corporate Law*, 1998, pp. 276-323 ;
- STANLEY, C., « The personal liability of directors to third parties and shareholders », *Trust & Trustees*, 2013, pp. 388-429 ;
- LO, S.H.C., « Dis-Attribution Fallacy and Directors' Tort Liabilities », *Australian Journal of Corporate Law*, 2016, pp. 215-248 ;
- STOUT, L.A., « Bad and Not-so-Bad Arguments for Shareholder Primacy », *Southern California Law Review*, 2002, pp. 1189-1210 ;
- STRINE, L.E.J., « Making It Easier for Directors to "Do the Right Thing"? », *Harvard Business Law Review*, 2014, pp. 235-253 ;
- TEELE LANGFORD, R., « Stakeholder Interests - Balancing or Considering? », *Company & Securities Law Journal*, 2014, pp. 64-69 ;
- TEELE LANGFORD, R., « Best Interests: Multifaceted but not Unbounded », *Cambridge Law Journal*, 2016, pp. 505-527 ;
- TILLEUX, A., « The Company Director's Checklist - Belgium », 2011, disponible sur <https://www.ibanet.org/> ;
- WILLERMAIN, D., « L'intérêt social selon la Cour de cassation: « The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits »? », note sous Cass., 28 novembre 2013, *R.D.C.*, 2014, pp. 855-865 ;
- WILLERMAIN, D., « La responsabilité civile des dirigeants de sociétés : Principes généraux et évolutions récentes », *Vanham & Vanham*, Séminaire, février 2015 ;
- WILSON, N., « Corporate Social Responsibility, the Business Judgment Rule and Human Rights in Australia - Warm Inner Glow or Warming the Globe », *Monash University Law Review*, 2012, pp. 148-167 ;

WORTHINGTON, M.M., « The corporation as a constructed ethical agent: Monism, pluralism and options for reform », *Australian Journal of Corporate Law*, 2017, pp. 91-121 ;

WYMEERSCH, E., « The Corporate Governance “Codes of Conduct” between state and private law », *Financial Law Institute Working Paper*, 2007.

Ouvrages

ABADIE, P., « § 3. - La responsabilité des dirigeants pour le non respect de l'obligation de prise en compte des intérêts extrafinanciers issue de normes de comportement », *Entreprise responsable et environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 654-685 ;

AUSTIN, R.P., FORD, H.A.J., et RAMSAY, I.M., *Company Directors: Principles of Law and Corporate Governance*, Chatswood NSW, LexisNexis Butterworths, 2005 ;

AUTENNE, A., « « La règle du jugement d'affaire » - État des lieux et fondements économiques au regard de l'intérêt social », *Le juge des sociétés et associations / De vennootschaps- en verenigingsrechter*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, pp. 203-216 ;

BOROS, E., et DUNS, J., *Corporate Law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2013 ;

BOWEN, H.R., *Social Responsibilities of the Businessman*, New York, Harper & Row, 1953 ;

CAILLET, M.C., *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des entreprises transnationales*, Bordeaux, Université de Bordeaux, 2014 ;

CAPRASSE, O., et AYDOGDU, R., « L'abus du droit de vote et ses sanctions », *Le droit des sociétés aujourd'hui : principes, évolutions et perspectives*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, pp. 279-349 ;

CAPRASSE, O., *Droit des Sociétés*, Liège, Presses Universitaires de Liège, 2017-2018 ;

CARROLL, A.B., « A History of Corporate Social Responsibility. Concepts and Practices », *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 19-46 ;

COIPEL, M., et DAVAGLE, M., « Associations sans but lucratif », *Rép. not.*, Tome XII, Le droit commercial et économique, Livre 8, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 786-788 ;

CULOT, H., « Qui peut agir en droit des sociétés ? La condition de qualité dans les actions prévues par le Code des sociétés », *Le juge des sociétés et associations / De vennootschaps- en verenigingsrechter*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, pp. 97-130 ;

DE CORDT, Y., *L'intérêt social comme vecteur de la responsabilité sociétale*, Louvain-La-Neuve, Academia-Bruylant, 2008 ;

DELVAUX, M.-A., et DE WOLF, P., « Les responsabilités civiles des dirigeants de sociétés commerciales », *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2009, pp. 203-294 ;

DE WULF, H., *Taak en loyaleitplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen - Groningen, Intersentia, 2002 ;

- DICKSON, J., TAN, J., et SHATTOCK, K., « Directors' duties », *Practical Guidance AU – Business*, Chatswood NSW, LexisNexis Butterworths, disponible sur <https://advance.lexis.com>, consulté le 22 avril 2018 ;
- DIEUX, X., « Droits, pouvoirs et responsabilités des actionnaires et des autres « parties prenantes » », *Droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 7-47 ;
- DIEUX, X., *Droit, morale et marché*, Bruxelles, Bruylant, 2013 ;
- FORIERS, P.A., « L'intérêt social et la spécialité légale à la lumière de la réforme du Code des sociétés : une lecture et quelques réflexions », *Actualités en droit commercial et bancaire*, Bruxelles, Editions Larcier, 2017, pp. 227-273 ;
- GEENS, K., et WYCKAERT, M., « De vennootschap A. Algemeen deel », *Beginselen van Belgisch privaatrecht IV Verenigingen en vennootschappen*, Malines, Kluwer, 2011, pp. 165-283 ;
- GOFFIN, J.-F., « Chapitre 5 - Le droit commun de la responsabilité des dirigeants – Les différents types de fautes engageant la responsabilité des administrateurs, membres du comité de direction et gérants », *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012, pp. 119-180 ;
- GOLLIER, J.-M., « Le dirigeant et la responsabilité sociétale de l'entreprise », *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2009, pp. 295-330 ;
- GUSTAVSON, R., « Chapter 5 - The Company Directors' Perspective of Corporate Social Responsibility », *Professionals' Perspectives of Corporate Social Responsibility*, London, Springer, pp. 97-117 ;
- LAGA, H., et PARREIN, F., « Corporate Governance: Volstaat Zelfregulering? », *Van alle markten. Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, pp. 613-622 ;
- OVERLAND, J., « Chapter 7 - Corporate Social Responsibility Reporting and Directors' Duties: The Australian Experience », *Corporate Social Responsibility in the Global Business World*, London, Springer, 2014, pp. 135-152 ;
- PARKINSON, J.E., *Corporate Power and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 1993 ;
- DU PLESSIS, J.-J., HARGOVAN, A., et HARRIS, J., *Principles of contemporary corporate governance*, 4^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2018 ;
- RADAN, P., et STEWART, C., *Principles of Australian Equity and Trusts*, 3^e éd., Chatswood NSW, LexisNexis Butterworths, 2016 ;
- STONE, R., et DEVENNEY, J., *The Modern Law of Contract*, Melbourne, Taylor & Francis Group, 2013, pp. 44-45 ;
- WILLIAMSON-NOBLE, J., et GORDON, T., « Australia », *The Corporate Governance Review*, 7^e éd., London, The Law Reviews, 2017, pp. 1 à 14.

Jurisprudence

Australie

Court of Appeal (England), *In re Smith and Fawcett Ltd*, 27 mars 1942, *The Law Reports (Chancery Division)*, 1942, p. 304 ;

England and Wales High Court – Chancery Division, *Parke v Daily News Ltd*, 6 juin 1962, *All England Law Reports*, n°2, p. 929 ;

High Court of Australia, *Harlowe's Nominees Pty Ltd v Woodside (Lakes Entrance) Oil Co NL*, 21 juin 1968, *Commonwealth Law Reports*, n°121, p. 483 ;

High Court of Australia, *Walker v Wimborne & ors*, 3 mars 1976, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°3, p. 529 ;

High Court of Australia, *Hospital Products Ltd v United States Surgical Corporation*, 25 octobre 1984, *Australian Law Reports*, n°55, p. 417 ;

Supreme Court of New South Wales, *Darvall v North Sydney Brick & Tile Co Ltd (No 4)*, 21 octobre 1988, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°14, p. 474 ;

Supreme Court of New South Wales – Court of Appeal, *Darvall v North Sydney Brick & Tile Co Ltd*, 23 mars 1989, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°15, p. 230 ;

Supreme Court of New South Wales – Court of Appeal, *Woolworths Ltd v Kelly*, 15 mars 1991, *New South Wales Law Reports*, n°22, p. 189 ;

Supreme Court of Victoria, *Allen v Atalay and others*, 4 novembre 1993, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°11, p. 753 ;

Supreme Court of New South Wales, *Daniels (formerly practising as Deloitte Haskins & Sells) v Anderson*, 15 mai 1995, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°16, p. 607 ;

Supreme Court of New South Wales, *Mesenberg v Cord Industrial Recruiters Pty Ltd*, 20 mars 1996, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°19, p. 483 ;

Federal Court of Australia, *Gamble & Mann v Hoffman*, 25 juillet 1997, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°24, p. 369 ;

High Court of Australia, *Spies v R*, 3 août 2000, *Australian Law Reports*, n°173, p. 529 ;

Supreme Court of New South Wales, *Australian Securities and Investments Commission (ASIC) v Adler*, 14 mars 2002, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°41, p. 72 ;

Federal Court of Australia, *Australian Securities and Investments Commission (ASIC) v Chemeq Ltd*, 24 juillet 2006, *Australian Law Reports*, n°234, p. 511 ;

Supreme Court of New South Wales, *Australian Securities and Investments Commission (ASIC) v Maxwell*, 10 octobre 2006, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°59, p. 373 ;

Supreme Court of New South Wales, *Vines v Australian Securities and Investments Commission (ASIC)*, 4 avril 2007, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°62, p. 1 ;

Federal Court of Australia, Australian Securities and Investments Commission (ASIC) v Warrenmang Ltd, 29 juin 2007, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°63, p. 623 ;

Supreme Court of Western Australia, Bell Group Ltd (in liq) v Westpac Banking Corp (No 9), 28 octobre 2008, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°70, p. 1 ;

Federal Court of Australia, Leawell Pty Ltd as Trustee for Garton Smith Trust, Re; Watershed Premium Wines Ltd v Watershed Premium Wines Ltd, 19 janvier 2009, *Unreported Judgments Federal Court of Australia*, p. 26 ;

Supreme Court of New South Wales, Australian Securities and Investments Commission (ASIC) v Rich, 18 novembre 2009, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°75, p. 1 ;

Federal Court of Australia, Keller v LED Technologies Pty Ltd, 9 juin 2010, *Australian Law Reports*, n°268, p. 613 ;

Federal Court of Australia, Australian Securities and Investments Commission (ASIC) v Healy and others, 27 juin 2011, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°83, p. 484 ;

Supreme Court of Western Australia, Westpac Banking Corporation v Bell Group Ltd (in liq) (No 3), 17 août 2012, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°89, p. 1 ;

Supreme Court of Western Australia, Great Southern Finance Pty Ltd (in liq) v Rhodes, 18 novembre 2014, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°103, p. 137 ;

Federal Court of Australia, Australian Securities and Investments Commission (ASIC) v Cassimatis (No 8), 26 août 2016, *Australian Law Reports*, n°336, p. 209 ;

Federal Court of Australia, RBC Investor Services Australia Nominees Pty Ltd v Brickworks Ltd, 10 juillet 2017, *Australian Corporations & Securities Reports*, n°120, p. 517.

Belgique

Comm. Anvers, 17 juillet 1958, *R.C.J.B.*, 1959, p. 359, note A. De Bersaques ;

Bruxelles (1^{ère} ch.), 1^{er} mars 1988, *J.T.*, p. 232, obs. A. Benoit-Moury ;

Cass., 29 juin 1989, *Rev. prat. soc.*, p. 175 ;

Cass., 7 novembre 1997, *R.C.J.B.*, 1998, p. 730, note V. Simonart ;

Cass., 16 février 2001, *R.D.C.*, 2002, p. 698, note C. Geys ;

Comm. Liège, 17 octobre 2003, *R.D.C.-T.B.H.*, 2005, p. 429 ;

Cass., 20 juin 2005, *R.D.C.*, 2006, p. 418 ;

Cass., 23 février 2012, *R.D.C.*, 2013, p. 875, note D. Willermain ;

Cass., 21 septembre 2012, *Pas.*, 2012, p. 1719 ;

Prés. Comm. Liège (réf.), 26 novembre 2013, *T.R.V.*, 2014, p. 319, note N. Cooreman ;

Cass., 28 novembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 2571 ;

Cass., *Rapport annuel*, 2013.