

Par Lucy Letellier

Très chère libre RSE

La notion de RSE est très sollicitée en matière de réglementation, pour autant elle n'est pas précisément définie aujourd'hui. Si le débat entre hard law et soft law bat ainsi son plein et se situe au cœur de l'actualité, notamment avec le projet de loi Pacte, nos deux juristes sont unanimes : un droit de la RSE n'est pas souhaitable.

Entretien croisé avec **Patrice Grenier**, Avocat Associé, fondateur du cabinet Grenier Avocats et **Aurélien Hamelle**, Directeur juridique groupe, Total

Le projet de loi Pacte sur la croissance et la transformation des entreprises a été vidé de sa substance sur la partie RSE, par les sénateurs. Que faut-il en conclure ?

Patrice Grenier : Le projet de loi a effectivement été retoqué par le Sénat. À l'instar de la Chambre Haute, nous pouvons légitimement nous interroger sur la nécessité et sur les conséquences de créer des obligations nouvelles sans pour autant qu'elles soient des règles de hard law, et donc assorties d'une sanction engageant la responsabilité civile ou pénale des entreprises et de leurs dirigeants. Nous pouvons considérer que, sur ce point, les réglementations existantes – en incluant le devoir de vigilance – constituent un socle de règles suffisantes pour encadrer les actions des entreprises dans ces domaines.

Il existe, depuis un certain temps, un mouvement international qui pousse à ce que des règles soient imposées aux maisons mères des multinationales pour contrôler leur activité à l'échelle mondiale. Ceci s'affronte à une réalité nationale qui est l'absence de responsabilité de groupe, dans notre système juridique. S'il y a déjà eu, par le passé, des tentatives pour compléter ces dispositifs existants, le projet de loi Pacte propose, lui, une terminologie avec un sens associé à la RSE, ce qui a d'ailleurs provoqué un débat à l'Assemblée nationale : celui de définir des notions et des mots dans un ordre juridique interne, au-delà de ce qui existe déjà en matière de reporting extra-financier.

Aurélien Hamelle : Deux philosophies s'affrontent et se complètent. L'une est l'approche fonctionnelle, qui est déjà à l'œuvre aujourd'hui : les entreprises se voient imposer, dans le cadre de leurs activités, des obligations de reporting, au titre de la performance extra-financière ou encore du devoir de vigilance. Nous avons donc ici une approche qui se fait par le prisme des activités, en bottom-up. Ces obligations induisent la nécessité pour les entreprises de s'organiser pour gérer les risques couverts par la performance extra-financière ou le devoir de vigilance, si ce n'est déjà fait. En outre, elles comportent une obligation de reporting et, s'agissant du devoir de

vigilance, un mécanisme de responsabilité civile renvoyant au droit commun. Cette approche fonctionnelle existe ailleurs dans le monde. Nous avons néanmoins en France une particularité avec le devoir de vigilance, qui crée un mécanisme de responsabilité juridique supplémentaire. Le projet de loi Pacte, dans la version soutenue par le gouvernement et par l'Assemblée nationale, constitue une approche très française de la RSE, car elle est organique ou en top down. On considère que cette approche doit se faire par le haut, ce qui est très napoléonien : il faut des grandes lois, des grands principes, et des grands codes. Le projet de loi, en l'état de la lecture à l'Assemblée nationale, prévoyait que l'entreprise soit gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. En réalité, c'est déjà le cas, soit de manière volontaire, soit par le biais de ces nouvelles lois de reporting déjà évoquées. Il faut cependant ne pas se tromper sur la portée juridique du texte. Au travers de ces nouvelles exigences de prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux, on crée un risque sur la gouvernance de la société, celui d'une éventuelle nullité des délibérations qui ne seraient pas conformes à cette exigence légale. Le Parlement ne s'y est d'ailleurs pas trompé et a prévu que l'on ne pourrait pas utiliser ce fondement – à savoir la définition reformulée de l'intérêt social – pour solliciter la nullité de tel acte ou telle délibération. Il existe également un risque de responsabilité : est-ce que le fondement de cette nouvelle définition de l'objet social permettra à des parties tierces de tenter d'engager la responsabilité de la société ou de ses mandataires sociaux, au motif qu'ils n'auraient pas suffisamment pris en considération les enjeux sociaux et environnementaux ? Il faut être extrêmement vigilant : la formulation de ce projet de loi est très sibylline, ce qui crée de l'insécurité juridique. Restons également attentifs, dans une concurrence internationale, au potentiel de la place de Paris pour attirer les centres de décision. Il ne faut pas non plus que cela inhibe les administrateurs qui, craignant de voir leur responsabilité personnelle engagée, seraient



Patrice Grenier

Aurélien Hamelle

“ Créer un droit de la RSE avec des sanctions propres signifierait la création d'un socle nouveau et additionnel de droit, ce qui serait contraire à la volonté et à l'esprit de la RSE. ”

moins enclins à envisager des modes d'organisation et des actions innovants. Le remède peut être parfois pire que le mal. Je crains beaucoup ce pouvoir d'inhibition.

Le risque pénal est-il important ?

Patrice Grenier : Effectivement, il existe en pratique un risque important de futures actions pénales. Je crains que la responsabilité pénale soit utilisée par des tiers, par des associations et par des organisations, et que l'on entre rapidement sur des risques aggravés.

Aurélien Hamelle : Il faut faire également très attention sur le plan des principes fondamentaux du droit. N'oublions pas que le conseil constitutionnel a censuré une partie de la loi sur le devoir de vigilance car, précisément, elle comportait une possibilité d'amende alors que les obligations n'étaient pas suffisamment intelligibles, ce qui renvoie au principe de légalité des délits et des peines. À trop vouloir mettre de la responsabilité répressive ou pénale sur des concepts flous, on tord le cou à des principes qui sont extrêmement importants dans le système juridique. Sur l'aspect pénal, nous juristes, devons adresser une mise en garde collective, car nous ne pouvons pas accepter que

des concepts pertinents et légitimes restent abstraits et mal circonscrits, et qu'ils puissent donner lieu à une responsabilité pénale ou répressive.

Quelle mise en œuvre et quelles articulations avec le devoir de vigilance, la directive Barnier, la loi Sapin 2 ?

Aurélien Hamelle : Ces textes ont tous été adoptés ou transposés dans un laps de temps très rapproché, de sorte que nous devons les appliquer au même moment, soit 2018-2019. Entre ces trois lois, de nombreux domaines se croisent et nouent par ailleurs une articulation un peu malaisée, car les critères sur le devoir de vigilance sont différents des critères de la directive Barnier. Le périmètre de la loi sur le devoir de vigilance est plus restreint, avec des mécanismes de sanctions juridiques qui la singularisent par rapport à la déclaration de performance extra-financière. Cette approche, un peu franco-française, prévoit des obligations vertueuses en matière de droits de l'homme, de santé et de sécurité des personnes et d'environnement, et à juste titre, car c'est ce que les entreprises et leurs collaborateurs souhaitent, mais associé à des mécanismes de sanctions juridiques fortes. Nous avons ainsi, d'un côté, la responsabilité de droit commun et, de l'autre, la directive

“ Nous juristes, devons adresser une mise en garde collective car nous ne pouvons pas accepter que des concepts pertinents et légitimes restent abstraits et mal circonscrits et qu'ils puissent donner lieu à une responsabilité pénale ou répressives. ”

Barnier, qui est beaucoup plus dans une logique d'incitation vertueuse. L'obligation de reporting est d'ailleurs plus large, et la sanction n'est pas juridique mais axée sur l'acceptabilité de la société.

Quelque chose, je pense, échappe au débat juridique dans cette articulation, car nous, juristes, sommes souvent dans une logique dans laquelle le droit n'est assorti que de sanctions civiles (injonctions, dommages et intérêts) ou pénales et répressives.

Sans parler de la force propre de l'incitation, indépendamment des sanctions pouvant assortir des obligations juridiques, il existe une autre typologie de sanctions dépourvue de juridicité, mais cependant provoquée par le droit, qui est l'acceptabilité d'une société et de ses activités. Le droit entourant la RSE doit, en France, appréhender davantage cette logique de « name and shame ». L'acceptabilité d'une société vis-à-vis de ses investisseurs, de ses clients, de ses collaborateurs et de la société civile est capitale. La société et ses dirigeants sont très soucieux de ne pas écorner cette acceptabilité.

Patrice Grenier : Ces trois lois s'inscrivent dans un mouvement général de quête de vertu. Le volet anti-corruption de Sapin 2 fait partie de cette dynamique et ce, même s'il existe la possibilité d'une sanction délivrée par l'AFA, en charge de contrôler la mise en place et l'efficacité des plans de prévention. Nous sommes dans cette philosophie de l'acceptabilité de la société dans laquelle des plans de prévention, d'organisation de la société, sont implémentés. Les mesures que la société prend sont bien évidemment extrêmement importantes pour ses relations avec ses partenaires et clients, y compris avec les tiers.

On voit ainsi l'AFA, en corollaire de sa fonction d'accompagnement et de contrôle de la prévention des risques, chercher à influencer à travers des recommandations et des guidelines – les choix de l'entreprise dans la mise en place de ses procédures et organisations. Ainsi, dans cette quête de vertu, l'entreprise est orientée par des textes qui n'ont, théoriquement, pas de valeur juridique en tant que tels.

Quel juste équilibre entre RSE volontaire et régulation? Doit-on souhaiter un droit de la RSE?

Aurelien Hamelle : Permettez-moi une analogie : l'État poursuit différents objectifs, notamment régalien, comme

la sécurité civile ou la défense nationale. Pour atteindre ces objectifs, il se dote de moyens qui sont des moyens militaires, de police, de justice... et il fait de son mieux avec une obligation de moyens renforcée. S'il n'y parvient pas, il n'est pas responsable, sauf dans le cadre d'une faute lourde.

Peut-être faut-il réfléchir à ce modèle pour la RSE et les entreprises. Quels sont les objectifs que l'on veut attribuer à la RSE? Des objectifs légitimes qui sont de faire en sorte que l'entreprise, non seulement ne porte pas atteinte par son activité à des valeurs protégées de sécurité, de santé et de droits de l'homme, mais aussi qu'elle tente de les promouvoir.

Je suis convaincu que les mécanismes juridiques conventionnels de contraintes et de sanctions ont plutôt tendance à inhiber la vertu. Si l'on veut être dans une logique de promotion de cercle vertueux et d'amélioration permanente, il faut être dans une mécanique de coconstruction. La société doit en être le pilote.

À mon sens, cela ne milite pas pour un droit de la RSE, c'est-à-dire un droit contraignant.

Restons dans un espace de construction qui relève plus de la soft law, de la collaboration et de l'amélioration permanente, avec des sanctions qui ne sont pas forcément juridiques.

Patrice Grenier : Je partage tout à fait cet avis : créer un droit de la RSE avec des sanctions propres signifierait la création d'un socle nouveau et additionnel de droit, ce qui serait contraire à la volonté et à l'esprit de la RSE. La RSE est une matière transverse, et on voit bien le lien qui est fait avec le devoir de vigilance et la loi Sapin 2. Cette absence d'étanchéité avec d'autres domaines fait l'intérêt de la RSE et permet justement d'être innovant, car c'est à l'entreprise d'avancer, avec des tiers, et notamment à travers la coopération des entreprises entre elles à l'échelle mondiale. Cette évolution des réflexions et des analyses, le partage d'informations, d'expériences, permet aux sociétés d'évoluer et cela me semble contradictoire avec la création d'un socle de droit de la RSE, dont le risque est qu'il freine ou qu'il perturbe les possibilités d'action et des mesures à prendre des entreprises, qui doivent être largement conçues pour répondre à la finalité de la RSE. La RSE doit rester agile. ■