

Compte-rendu du colloque « La RSE saisie par le droit »

Avril 2016 / Strasbourg

Le colloque a permis la restitution des travaux effectués dans le cadre du projet IDEX :

- Recherche prospective, impliquant différentes branches du droit
- Cartographie des outils juridiques mobilisables en ligne (thesaurus)¹
- Analyse critique des outils identifiés

La présentation des principaux outils juridiques identifiés fera ainsi l'objet d'un ouvrage réunissant des panoramas par branche du droit et présentant des outils afin de répondre aux questions : qui répond, de quoi et comment, grâce à qui, devant qui ?

Les tendances actuelles en matière de RSE

Les échanges qui ont eu lieu pendant le colloque ont mis en lumière certaines tendances actuelles – confirmées ou émergentes – en matière de RSE².

Sur le fond, cela a été dit, le format de la restitution ne permettait pas d'appréhender de nouveautés essentielles. Toutefois, le projet a indéniablement constitué un travail utile en réunissant les interactions de la RSE avec les branches du droit ; et elles sont nombreuses.

Utile en premier lieu car ce travail considérable a finalement permis de recenser en un seul endroit les insuffisances du droit positif face à l'entreprise multinationale, qu'il s'agisse de l'appréhension des entreprises, des problèmes de compétence et d'extraterritorialité et autres vides juridiques.

La RSE continue d'alimenter richement la réflexion sur ces entreprises pour que le droit puisse aborder leur dimension organisationnelle, les nouveaux lieux de décision et de pouvoir. En outre, les outils de la RSE ne se limitent plus au stade de la prévention ; la compliance est par exemple proposée en tant que sanction pénale.

En corollaire, le recul que nous commençons à avoir vis-à-vis de la RSE a été l'occasion de constater – ou de confirmer – certains risques liés aux tentatives de la RSE de pallier à ces insuffisances.

En particulier, la question des droits de l'homme cristallise ces inquiétudes pour de nombreux juristes. La protection des droits de l'homme apparaît en effet de plus en plus diluée dans une espèce de « chapeau de prestidigitateur » de la RSE. Le champ des attentes s'élargit tellement vis-à-vis des entreprises que cela mène à hiérarchiser : droits de l'homme hier, climat et COP21 aujourd'hui, bien-être des salariés demain ?

La RSE tend à fonctionner par thème prioritaire, de surcroît vis-à-vis de certains groupes d'entreprises seulement, et la conception holistique disparaît doucement. Appels à la prudence face à une nouvelle ère de la RSE donc : l'ère de la simplification.

De même, le droit, lorsqu'il capture la RSE, la traduit souvent en termes de procédures, de processus et de contrôles – ce qui s'avère finalement très insatisfaisant face à des victimes de droits violés à réparer. Plus largement, l'effectivité de la RSE fait toujours débat face aux comportements de fuite et d'évitement des entreprises.

¹ Le thésaurus accessible à tous est complet http://www.rse.cnrs.fr/rse_fr/index.php.

² Tendances partielles toutefois en raison du cercle de participants surtout constitué de chercheurs / juristes.

Du côté des entreprises, l'articulation de la RSE avec le droit positif est également questionnée en termes de garanties procédurales et de sécurité juridique. La distinction hard et soft law semble réellement abandonnée, mais les enjeux d'articulation avec le droit pénal en particulier restent prégnants.

Pourtant, s'il ne faut donc pas compter que sur la RSE ; et si celle-ci n'a pas non plus vocation à être entièrement saisie par le droit ; ce constat n'est pas pessimiste. Ce fut une idée répétée à plusieurs reprises lors des échanges : la RSE permet l'apparition d'un espace normatif propre. Son originalité tient au contenu de normes liées à l'éthique et à la conquête d'un espace normatif, face à l'émergence de besoins nouveaux.

Le besoin se fait donc sentir de replacer systématiquement la RSE dans son propre contexte historique, local et étymologique. La mesure de son efficacité suppose de se détacher des outils juridiques plus classiques : elle est avant tout une démarche de progrès, un processus continu, l'instauration d'un dialogue. Les normes de la RSE ne sont pas blanches ou noires, violées ou non ; et si elles sont en contact avec le droit, elles n'ont pas vocation à être systématiquement appliquées par le juge.

D'ailleurs, la réception par le juge ne semble pas correspondre à la volonté des acteurs qui s'en servent actuellement, y compris les syndicats. Ils chercheraient plutôt à participer à l'élaboration de leur propre ordre normatif. Le constat d'un manque de formation et de connaissance des avocats et des juristes a donc été formulé à cet égard.

Dans ce contexte, les échanges ont aussi souligné le besoin de replacer la RSE en tant que projet de société. La RSE n'est plus seulement la redéfinition de l'entreprise, c'est aussi celle du citoyen et de l'Etat.

Actuellement, ne risque-t-on pas porter sur une figure abstraite la responsabilité d'influencer les entreprises ? Quelle est réellement cette pression de l'opinion publique et du consommateur qui devrait permettre de négocier et de faire appliquer de nouvelles normes ?

Le constat a été fait plusieurs fois : ce nouvel espace normatif ne peut fonctionner si les citoyens ne s'y intéressent et ne s'en saisissent pas. La RSE tend aussi et surtout à concilier individualisme et société. Finalement, et c'est logique, il semblerait que la RSE ne progresse pas significativement sans son corollaire du côté des organisations et citoyens – ou plus largement le renforcement d'une culture de responsabilité.

Qui répond ?

I. L'entreprise et le renouvellement/dépassement de l'approche organique

1) Le droit de l'UE et la notion d'entreprise

Le droit de l'UE apporte une approche holistique de l'entreprise, vue comme un rouage des processus économiques à l'échelle mondiale et transnationale. La « marchandisation » est le concept clef, avec la réalisation du marché intérieur sans frontières comme finalité. Or l'entreprise est un acteur à part entière de ce marché.

L'on retrouve donc une appréhension économique du comportement infractionnel, en particulier en droit de la concurrence (notion de contrôle dominant, responsabilité différenciée en fonction de la taille ou de la localisation).

2) Groupes d'entreprise

L'entité juridiquement responsable n'est pas forcément celle qui a le pouvoir de décision économique.

Le droit n'est cependant pas dépourvu de ressources : plusieurs techniques d'imputation de responsabilité existent, notamment en droit du travail (coemploi par exemple, mécanisme de responsabilité solidaire en droit brésilien) et en droit économique de la concurrence (pratiques anticoncurrentielles engageant la responsabilité de la société mère...).

Ces techniques sont cependant limitées et des techniques d'imputation de responsabilité émergent. Par exemple, en droit brésilien, il existe des réflexions sur l'encadrement juridique des réseaux d'entreprise (subordination). En droit français, c'est l'obligation de vigilance du donneur d'ordre dont il est question.

Consacrer une nouvelle entité socialement responsable des conséquences de son activité, directement inspiré du modèle en droit de la concurrence, permettrait de dépasser les limites de la personnalité juridique. La société mère pourrait ainsi rendre des comptes sur les pratiques des filiales.

3) Personnes morales et personnes physiques : comment renouveler l'approche personnaliste ?

La RSE relève les limites de la responsabilité juridique : elle traduit le déséquilibre entre droits et devoirs que génère la responsabilité personnaliste.

La RSE pourrait cependant remplir un double rôle de redéploiement de la responsabilité :

- participer au développement d'outils pour mieux identifier l'organisation responsable, les responsabilités au sein de cette organisation et localiser les responsables (les véritables sièges de pouvoirs et débiteurs réels de l'obligation de répondre) ;
- repenser la responsabilité des organisations puisque c'est la dimension organisationnelle des structures qui doit être le fondement même de la responsabilité. Cela permettra d'orienter l'action à venir et ne plus se limiter à la répression des actions passées, sans sacrifier le principe fondamental de prévisibilité.

4) Les droits fondamentaux des entreprises : outils ou obstacles à l'imputation de responsabilité

Le mouvement de reconnaissance des droits fondamentaux des entreprises a été laborieux. En contrepartie, l'entreprise a différentes obligations, dans lesquelles la RSE s'inscrit. Il s'agit d'une nouvelle forme de responsabilité morale.

En droit financier, par exemple, il s'agit de la présentation des résultats financiers aux actionnaires ou encore du système de conditionnalité avec un ensemble de standards environnementaux et sociaux imposés par les institutions financières internationales. En droit de la consommation, notamment avec l'affaire Kasky c/Nike, le juge américain a considéré que l'entreprise doit répondre de la véracité d'un discours commercial et ne peut faire de publicité trompeuse.

Le juge procède ainsi à une conciliation entre les droits accordés aux entreprises (ex. liberté d'expression) et les attentes de la société à leur égard afin de garantir un équilibre (ex. loyauté des annonces commerciales). Les droits fondamentaux ne sont, in fine, ni des outils, ni des obstacles à l'imputation des normes RSE.

II. L'entreprise et le renouvellement de l'approche fonctionnelle ou finaliste

1) L'entreprise sociale comme modèle d'entreprise RSE

L'entreprise sociale a pour objectif d'avoir une incidence sociale plutôt que de générer du profit pour ses propriétaires ou partenaires. Elle aurait donc un objet social élargi et serait une entreprise hybride.

Il est possible de supposer que cet objet social génère une extension de responsabilité. Mais, en pratique, cela sera probablement difficile d'aller dans le sens d'une responsabilité fondée sur ce seul objet social élargi.

Du côté des formes d'entreprise sociale, la SCOP (coopérative, propriété et gestion collective) et la SCIC (entreprise à but social, ouverture élargie des actionnaires et défense de l'intérêt général) sont en effet particulièrement adaptées à la RSE.

Pour que le système fonctionne, il faudra toutefois que l'entreprise sociale puisse pleinement s'inscrire dans l'économie et être concurrentielle – il faudra donc renforcer le droit dur. Cela pourrait d'ailleurs jouer un rôle de catalyseur pour les autres entreprises puisque ces entreprises sociales vont finalement devenir rentables.

2) RSE et intérêt social

La définition de l'objet social pourrait être étendue pour inclure l'obligation de gérer la société dans le respect des objectifs RSE. Mais dès lors que la RSE évolue, le risque est de favoriser une incertitude sur les pouvoirs du dirigeant et sa faculté d'engager juridiquement la société.

L'élargissement statutaire emporte également une remise en cause de la finalité originelle de la société. On irait vers une forme de société un peu hybride, qui pourrait faire fuir les associés par une forme de « bienfaisance obligatoire ».

Enfin, l'intérêt social est une autre voie pour intégrer la RSE. Il renvoie à l'intérêt supérieur de l'entreprise comme entité économique, ce qui ne coïncide pas nécessairement avec l'intérêt des associés. L'intérêt social est le critère d'appréciation de la faute de gestion du dirigeant en responsabilité civile. En responsabilité pénale, il est visé expressément par le texte du délit d'abus de biens sociaux. Autrement dit, à travers la faute de gestion ou l'abus de bien sociaux, l'intérêt social apparaît comme une sorte de standard, laissé à l'appréciation du juge. Or, l'évolution jurisprudentielle de cette notion montre que le concept est dépendant de la conception de l'entreprise en vigueur.

Le chantier de demain, c'est peut-être que l'intérêt social soit le fondement d'une responsabilité du dirigeant à l'égard des parties prenantes et de la société.

3) La souveraineté étatique à l'épreuve de l'autorégulation : le cas des entreprises militaires et de sécurité privées (EMSP)

Les EMSP font partie d'un secteur en pleine expansion (244 milliards de dollars en 2016). Le droit est pourtant encore lacunaire et disparate au niveau interne, et en construction au niveau international.

Le droit dur interagit avec soft law : codification du droit existant, développement du droit dur par les Etats, précision des obligations à la charge des entreprises.

Les activités de ces EMSP relèvent des prérogatives de puissance publique (sécurité) et autorégulent leur activité. Elles seraient elles-mêmes chargées de contrôler le respect des règles selon les conventions en discussion.

Discutants

Michel Capron

L'on ne prend plus le temps de définir la RSE. Le droit ne connaît pas l'entreprise selon les juristes et les autres disciplines de sciences sociales ne sont pas plus éclairantes.

L'évolution économique a été marquée par l'émergence de la grande entreprise mais la notion d'entreprise a toujours été insaisissable et évolué au gré des sociétés. L'entreprise est d'abord une idée, qui s'est concrétisée sous des formes diverses par l'activité des hommes.

L'entreprise est originellement un accord réciproque, un accord risqué destiné à subvertir un ordre établi. Mais la grande entreprise moderne s'est éloignée de cette idée. L'entrepreneur est remplacé par le manager, qui n'a plus du tout le même statut et les mêmes responsabilités. Le manager est au service de la valorisation du capital et peut passer d'une société à une autre.

L'entreprise n'est plus une entité aux frontières définies, elle se transforme en réseaux d'unités plus ou moins autonomes, qu'il est de plus en plus malaisé à reconnaître.

Il n'existe pas encore de théorie alternative à l'entreprise mais les débats en cours esquissent de nouvelles représentations, permettant de remettre plus profondément en cause la responsabilité de l'entreprise.

Ainsi, l'entreprise contracte dès sa naissance une dette envers la société. Elle puise ensuite ses ressources matérielles et immatérielles dans le patrimoine commun de l'humanité. L'entreprise s'acquitte de cette dette en respectant les lois, mais en assumant aussi les conséquences de ses actes et de ses impacts et en rendant compte aux tiers concernés.

Une théorie alternative de l'entreprise passera donc nécessairement par une nouvelle conception de ses droits et devoirs juridiques. L'on peut percevoir les grandes lignes de ces alternatives : distinguer l'entreprise entrepreneuriale de la grande entreprise, en finir avec la représentation de l'actionnaire propriétaire, réduire l'écart entre le pouvoir des grandes entreprises et leur responsabilité (notamment avec le devoir de vigilance en discussion), affirmer la redevabilité sociale de l'entreprise, réhabiliter l'intervention du politique pour encadrer les activités économiques et poser la question du contrôle citoyen.

Stéphane Vernac

Le droit impute toujours une action à une personne. Seule la société en tant que sujet de droit est responsable, et non l'entreprise. En droit pénal, il y a donc des impasses logiques de cette conception personnaliste.

Cela signifie que le droit ignore l'entreprise mais cela ne signifie pas qu'il est neutre sur l'entreprise. Il faut regarder ce que produit cette ignorance : le droit rend possible l'épanouissement d'un pouvoir de l'entreprise et qui surplombe l'organisation.

Ce pouvoir se développe dans les espaces laissés vides par le droit (autonomie des personnes morales...). Ce pouvoir n'est pas nommé par le droit non plus, l'anonymat crée l'irresponsabilité.

L'identification de ce pouvoir permet de rendre compte de la nature des entreprises transnationales, qui ont un pouvoir politique et de l'encadrer. C'est également un point d'appui pour le développement des outils de la RSE. Cela va permettre de dépasser l'approche contractuelle et personnaliste (ex. coemploi). Les juges ne vont pas seulement prendre en compte les personnes, mais aussi les niveaux de décision.

Dans la PPL sur le devoir de vigilance, le législateur prend appui sur des outils privés de régulation (obligation de mettre en place un plan de vigilance). L'on constate le développement d'obligations qui ne condamnent pas le pouvoir mais qui prennent appui sur ce pouvoir : le devoir de vigilance ne condamne pas le pouvoir de la société mère sur la filiale, mais prend appui sur celui-ci pour de nouvelles obligations.

L'on constate le passage d'un droit de l'anormalité du pouvoir (sanction de l'abus ou de l'excès) à un droit de l'organisation du pouvoir, où les relations tissées dans l'organisation sont prises en compte.

Ce programme de recherche invite à repenser sans le dire le sujet : la responsabilité définit le sujet mais il ne faut peut-être pas tenter de trop figer ce sujet puisque par définition les organisations sont mobiles et malléables.

Comment répondre ?

I. Répondre de sa gouvernance

1) L'obligation de transparence extrafinancière ou la pierre angulaire de la responsabilité sociétale des entreprises

La transparence traduit la parfaite accessibilité de l'information dans les domaines intéressant l'opinion publique. La RSE innove en complétant le contenu des informations devant être publiées, ainsi que les destinataires plus nombreux de celles-ci.

Le contrôle de cette information est un enjeu capital : les informations font l'objet d'une vérification par un organisme tiers indépendant qui doit rendre un avis transmis à l'assemblée des actionnaires, ce qui permet de susciter les débats. Il faut souligner l'absence de vérification des données par un tiers dans la législation européenne.

Le non-respect de l'obligation génère un risque juridique : aucune sanction spécifique n'a été prévue, mais l'obligation légale ne fait qu'ajouter une nouvelle catégorie d'information à publier et les sanctions applicables sont donc celles prévues pour le manquement au rapport de gestion.

L'AMF peut également sanctionner la publication d'une information inexacte, imprécise ou manquant de sincérité. Les pratiques concurrentielles constituent aussi un outil envisageable : cela engendre un coût pour l'entreprise vertueuse, qui n'a pas à subir la pratique anticoncurrentielle d'une entreprise non vertueuse. Enfin, le droit de la consommation permet une sanction dès que les informations sont fausses ou trompeuses.

Mieux informées, les parties prenantes disposent également d'un véritable pouvoir. C'est leur jugement qui permettra d'amener les entreprises à avoir des pratiques concurrentielles.

2) Les normes unilatérales et négociées d'entreprise

L'entreprise s'est emparée du pouvoir de créer deux types d'instruments : le code de conduite et l'accord cadre international (ACI). Les effets juridiques de ces ACI posent un problème : ils ne disposent pas de juridicité reconnue par le juge, au contraire des codes de conduite.

Dans une perspective prospective, plusieurs possibilités existent pour faire produire des effets.

L'interprétation des termes de l'accord permet de considérer qu'il y a un engagement unilatéral. Dans certains cas, l'accord prévoit explicitement qu'il ne veut pas faire produire d'effet à cet accord. Le recours à la théorie du quasi contrat permet alors de considérer une parole claire et ferme comme un engagement.

Enfin, les engagements sont parfois explicitement prévus :

- technique de l'adhésion à l'accord (l'adhésion traduit l'engagement des acteurs à appliquer l'accord – par exemple les accords EDF)
- clauses procédurales, organisant leur mise en œuvre. Il y a ainsi des clauses de suivi, de règlement des conflits ou encore de sauvegarde (ex. Accord Arcelor Mittal en 2009)
- sanction, à l'égard des cocontractants du groupe (sanction symbolique et financière) ou à l'égard de la partie signataire (clause de porte-fort : permet de mettre des obligations à la charge de l'une des obligations signataires).

Il existe donc un fort potentiel des ACI à produire des effets juridiques mais il appartient aux auteurs de ces normes de contribuer à leur renforcement.

2) La conformité, outil de juridisation de la RSE et de transformation du droit

La conformité consiste en l'adhésion dans la règle économique. L'on constate que la conformité va bien plus loin et dépasse le simple respect de la règle juridique car la conformité permet d'élargir le corpus normatif propre à l'entreprise (normes éthiques, techniques, professionnelles....) et des normes provenant d'autres ordres juridiques (droit international, européen...).

La conformité renvoie également à un ensemble de procédures visant à garantir la mise en œuvre du corpus propre de l'entreprise. Elle n'assure pas seulement leur application mais aussi leur suivi, surveillance, sanction.

L'analyse juridique montre que la compliance est également mobilisée dans la prévention. Elle participe à la construction d'un système d'imputation de la responsabilité pénale des personnes morales. La responsabilité pourra être allégée voire écartée dès lors qu'elle démontrera avoir mis en œuvre un programme de conformité. La compliance a donc un rôle d'exonération partiel ou global.

Mais l'adoption d'un programme de conformité peut également être considéré comme une sanction à part entière (envisagée par la loi Sapin II).

En droit procédural, les entreprises peuvent être appelées à se substituer aux enquêteurs en assumant elles-mêmes les éléments de preuve dans le cadre d'infractions (systèmes d'enquête internes).

On constate donc que la conformité permet de prendre au sérieux la RSE et de la rendre justiciable. Elle offre également un outil précieux au droit pénal dans le cadre des infractions économiques. Cela infiltre toutefois le droit pénal de logiques qui lui sont étrangères et perturbatrices, ce qui réduit le droit pénal, à l'instar d'autres branches du droit.

3) La RSE et l'outil comptable

La comptabilité vise à rendre compte des activités économiques et financières de l'entreprise. Cela répond à un ensemble de normes et conventions, qui vont orienter l'information donnée. Historiquement, cela permet de renseigner sur la bonne santé et le patrimoine de la société. A présent, cela a plus pour objet la performance financière de l'entreprise.

La profusion actuelle de référentiels pointe une difficulté : comment faire évoluer les systèmes de mesure de la performance et les faire concilier avec les trois objectifs de la RSE économique, environnemental et social ?

Deux conceptions s'opposent : dissociation de la performance économique et de la performance sociétale (reporting financier/extrafinancier) d'une part et reporting intégré d'autre part.

Dans une troisième voie plus novatrice, la comptabilité comporterait trois capitaux : capital financier, capital humain et capital naturel. Il faudrait les inscrire au passif du bilan en tant que dette à conserver, aucune compensation n'étant possible. C'est une véritable révolution proposant une autre conception du profit.

4) Pacte mondial et procédure d'exclusion

L'entreprise répond-elle de sa gouvernance à travers son adhésion au pacte mondial de l'ONU ?

Le comportement civilisé exigé par le Pacte mondial est constitué de dix principes (droits de l'homme, droits sociaux, protection de l'environnement et lutte contre la corruption). L'entreprise s'engage à les intégrer dans sa stratégie et sa culture commerciale, ses modes opératoires ainsi qu'à faire une déclaration claire et publique à ce sujet et à en informer ses parties prenantes.

Chaque année, l'adhérent doit rédiger une communication sur le programme (description des actions et résultat chiffré des actions obtenues ou attendues), suite à laquelle il se voit décerner un titre.

Si l'adhérent ne fait pas sa communication, il peut sortir du dispositif mais il n'existe pas de contrôle ou de sanction. La CA de Versailles a rendu un arrêt en 2013 disant que ce n'est pas une norme contraignante pour l'entreprise.

II. Répondre de son dommage

1) Sanctions économiques ou comment faire des acteurs du marché des militants RSE

Si la sanction économique n'est pas civile ou pénale, reste-t-il une sanction économique relative à la RSE ?

L'exception de parodie de marque, les limites à la qualification de dénigrement et le processus du lancement d'alerte sont des outils juridiques qui ne condamnent pas nécessairement l'entreprise de façon pécuniaire mais qui permettent d'alimenter un écosystème d'information indispensable à la sanction économique.

Informers permet à différents acteurs de marché de se constituer une autorité et d'aboutir à une sanction économique (investisseurs socialement responsables qui n'investissent pas, boycott par les clients...). Ces acteurs permettent de conditionner d'inciter l'entreprise à entrer dans une politique socialement responsable et à devenir des militants.

L'effectivité de ce mécanisme requiert plusieurs éléments : la sanction ou le retrait des personnes peu ou mal communicantes, la nécessité d'une qualité de l'information, la standardisation d'information, la sensibilisation des acteurs. Les acteurs doivent avoir une conscience collective de participer activement à la gouvernance et aux enjeux sociaux et environnementaux. Des acteurs de marché peuvent donc devenir des militants RSE.

2) La loyauté des engagements : la RSE prise au mot par le droit

Les critiques adressés à la RSE concernent le manque de crédibilité, de lucidité ou encore les accusations de la RSE « poudre aux yeux » permettant aux acteurs d'échapper aux conséquences de leurs actes. La RSE montre à quel point communiquer est à la fois informer mais aussi promouvoir. Les frontières sont donc poreuses.

Par le truchement de la notion de loyauté, le droit permet de prévenir ou contenir ces risques (délivrer une information fautive, partielle...). La notion de cycles est intéressante à cet égard car les règles ayant pour objet de prévenir et de corriger les risques d'instrumentalisation sont à leur tour instrumentalisées. L'enchaînement des cycles consolide alors la place de la RSE à la faveur de la diversification des outils et des formes mais la fragilise à la fois.

L'apparition de nouveaux concepts comme l'écoblanchiment permettent une meilleure compréhension des enjeux de cette instrumentalisation. Ce qu'ils révèlent est la solitude et la fragilité du consommateur, qui limite la théorie du consommateur citoyen. Le retrait des pouvoirs publics est un autre des enjeux.

Les réponses juridiques sont de sanctionner le manque de loyauté au moyen des pratiques commerciales trompeuses et d'accompagner et de garantir l'adéquation et la promotion de la RSE.

In fine, en se focalisant sur cet aspect de loyauté, c'est insuffisant pour changer les comportements. Cela reflète l'ambivalence de l'apport du droit à la RSE.

3) La difficile réparation des rapports sociaux

Face aux impacts négatifs de l'activité des entreprises, les rapports sociaux disposent d'une faible protection juridique. Les mesures de compensation sociale sont généralement des mesures de développement pour intégrer les communautés aux sociétés capitalistes même si c'est au plus bas de l'échelle.

Le premier outil est le permis social d'opérer : acceptation d'un projet par la population touchée par ses effets (la communauté d'accueil). Cela permet l'engagement des parties prenantes elles-mêmes, sans avoir besoin de les traduire dans un langage juridique.

Le deuxième outil est le droit à la vie digne et au projet de vie. Ce sont des notions développées par la cour interaméricaine des droits de l'homme. Ils garantissent aux personnes des conditions décentes et raisonnables de vie ainsi que la liberté pour toute personne de choisir ce qu'elle veut être et ce qu'elle veut faire de sa vie. Cela permet d'élargir la notion de bénéficiaire aux proches de la victime et à l'ensemble de la communauté, ainsi que d'aller au-delà du matériel et des réparations économiques (réparations en nature, symboliques...). Cette responsabilité ne concerne qu'indirectement les entreprises toutefois (par le truchement des Etats).

4) La réparation de l'atteinte en milieu naturel

L'approche vise à remettre en état le milieu naturel ou bien supprimer ou limiter les conséquences. Plusieurs problèmes ont été soulignés :

- qui a le droit d'agir en justice pour obtenir cette réparation ?
- délimitation du préjudice écologique direct, indirect (construction de la jurisprudence)
- adaptation des outils juridiques mobilisables par les juges (compensations, obligations de remise en état...). Les modalités sont en train d'être précisées par la jurisprudence (ex. au Brésil, il existe un mécanisme de compensation par anticipation de la biodiversité avant la réalisation du dommage et en amont de la réalisation du projet).

Ces cadres sont évolutifs et s'adaptent aux besoins de la réalité. Ils contribuent à l'endossement de la RSE.

III. Répondre de l'avenir

1) Obligation de prévention dans les champs social et sanitaire

La socialisation du risque a des effets pervers puisqu'elle n'incite pas à la prévention. Elle dilue la responsabilité individuelle.

Le 25 novembre 2015 dans un arrêt Air France, la Cour de cassation a affirmé que l'obligation légale de sécurité pesant sur l'employeur n'est pas méconnue lorsqu'il justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L452-1 et suivants du code.

Les juges ont pris soin de viser cet article pour signifier aux employeurs qu'ils doivent anticiper les risques. Le temps nous dira si cela va redonner de l'élan à cette obligation de sécurité ou s'il s'agit de permettre aux employeurs d'échapper à cette obligation.

Le principe d'un droit individuel à la sécurité selon la théorie de la garantie de Boris Starck permettrait de garantir une créance subjective de prévention, aux côtés d'un droit de propriété et d'autres droits individuels. Cela permettrait de transcender les divisions du droit (environnement, travail, etc.) pour se concentrer seulement sur l'individu titulaire du droit. Mais cette théorie a des limites en matière de

prévention puisqu'il faudrait caractériser un dommage anormal. Ce dommage pourrait être la violation d'une obligation de prévention.

2) Obligation de prévention dans le champ environnemental

On oppose traditionnellement la prévention à la précaution. En ce qui concerne la prévention, le code pénal contient depuis 1994 l'infraction de mise en danger d'autrui (que l'on retrouve en droit brésilien).

L'article L110-1 du code de l'environnement se réfère au principe de précaution. Il participe à une meilleure responsabilisation des auteurs des dommages. Les autorités publiques peuvent ainsi interdire ou suspendre des activités susceptibles de causer des risques (ex. OGM). La mise en œuvre du principe de précaution se place à la croisée des impératifs économiques, enjeux environnementaux et sanitaires et organisation de l'entreprise.

A la différence de la précaution, la prévention suppose la connaissance de l'évènement menaçant. Cela est parfois ambigu entre la loi et la jurisprudence, comme en matière de pesticides.

En effet, les risques émergents sont les risques réellement nouveaux, liés par exemple au développement technologique et à l'innovation. La difficulté probatoire de l'existence d'un risque est donc importante.

3) Le devoir de vigilance des sociétés mères et des donneurs d'ordre

En matière de RSE, la notion de vigilance a connu une ascension fulgurante depuis le début des années 2000. L'obligation de vigilance est fondée sur une démarche de prévention. Il est toutefois étrange de parler de responsabilité alors qu'il n'y a pas de préjudice : il s'agit d'un nouveau type de responsabilité-anticipation.

Un débat important concernait la définition des procédures de vigilance dans la loi ou le décret. Le législateur a considéré qu'il fallait laisser une marge de manœuvre aux entreprises en la matière et ne pas l'imposer par décret. Les meilleures pratiques des entreprises pourraient servir de référence et de standard au juge et notamment pour la notion de vigilance « raisonnable » qui permet de moduler le raisonnement du juge cherchant à déterminer des responsabilités.

On peut toutefois regretter la suppression de la présomption de faute existant dans les propositions antérieures. Cela constituait une solution équilibrée tout en protégeant les victimes.

4) De la prévention à la réparation des impacts ESG. Le contrat durable, outil de formalisation du devoir de vigilance raisonnable

Un contrat doit identifier les risques en amont pour prendre en compte la prévention des impacts ESG, ce qui est un principe de vigilance. Pour qu'un contrat prétende être durable, il faut que les risques sociaux et environnementaux soient correctement identifiés et que les engagements soient clairs.

L'organisation raisonnée des dispositifs de prévention des risques est essentielle. La délégation externe de la vigilance au sous-traitant et au fournisseur est déséquilibrée (comme cela a été analysé suite au drame du Rana Plaza).

Pour intégrer toutes les parties au contrat, il pourrait être possible de passer à un contrat durable ouvert, incluant les tierces parties au contrat qui signent et s'engagent. Cela permettrait de lier tout un écosystème et de mieux allouer les responsabilités. Cela permettrait également de ne plus buter

sur les notions de secret d'affaire et de confidentialité avec la dimension sous-jacente de ce contrat durable, ni sur la question de la répartition des coûts.

5) Travail durable

Dans une perspective socio-économique, le travail durable est le travail décent, c'est-à-dire la possibilité de mener un travail productif, convenablement rémunéré, en sécurité, laissant la possibilité de s'épanouir et de s'insérer dans la société. Les outils d'imputation de responsabilité permettent donc de lutter contre les faux contrats précaires et sanctionnent les ruptures de CDI irrégulières.

Dans une perspective sociétale, les outils d'imputation sont plus novateurs. Le code du travail peut assujettir l'entreprise qui échappe à son obligation de revitaliser son bassin d'emploi à verser une contribution égale à quatre fois le smic.

Le code de l'environnement pose le principe d'action préventive des atteintes à l'environnement. On peut ainsi concevoir une action disciplinaire à l'encontre du salarié ou une action en responsabilité contre l'employeur dont le salarié est à l'origine d'un préjudice écologique.

L'une des formes du travail répondant au développement durable est le télétravail. Il est réglementé par le code du travail sous sa forme salariée.

6) Répondre de l'avenir par les standards de performance de la société financière internationale (SFI)

La SFI est l'organe de la banque mondiale qui prête aux entreprises. Deux outils sont mobilisés pour la RSE : les normes de performance de la SFI et le conseiller médiateur.

Les normes de performance sont établies par la SFI avec un contenu proche de la RSE. Lorsqu'une entreprise sollicite un prêt, il faut démontrer que son projet respectera ses normes de performance. La SFI a le devoir de vérifier en amont le respect des normes par l'activité future (étude du projet etc.).

En pratique, la SFI ne dispose pas toujours des moyens ou du temps pour procéder à un contrôle a posteriori. Plusieurs activités financées par la SFI ont été exécutées au détriment de la population locale. Il y a donc aussi le conseiller médiateur.

Dans une affaire, la SFI a été alertée du dommage et est restée muette pendant 4 ans. Il y a donc eu un manque de diligence de la part des conseillers de la SFI en amont et en aval puisqu'il n'y a pas eu de suivi. Le conseiller médiateur est alors intervenu pour établir un projet de recommandation afin que la SFI modifie ses activités et ses pratiques. Le conseiller n'est pas un tribunal ou un législateur mais s'inscrit dans l'instauration d'une culture et dans une démarche pédagogique.

Discutants

Isabelle Daugareilh

La RSE est un langage qui s'est d'emblée situé un peu à côté du droit. Mais la RSE affecte toutes les branches du droit.

La RSE est reçue différemment selon les cultures et les pays. Notamment en Europe, puisque ce continent a une conception de la régulation par le droit. Au niveau international, se jouent finalement deux conceptions de la RSE. Ce qui est donc fondamental en matière de RSE est l'étymologie et l'histoire des termes utilisés. En matière de vigilance, il y a eu avant le devoir de vigilance, une obligation de vigilance.

La RSE a transformé notre droit en profondeur contrairement à toute attente et a capturé la RSE, dans un mouvement de capture et de contre capture. Il y a des succès inattendus en RSE, des faiblesses et des échecs.

Les succès inattendus sont ceux du reporting extra financier car la loi NRE a été très mal accueillie. On voit comment des notions apparemment isolées convergent finalement.

Le deuxième succès est l'obligation de conformité (compliance). Total par exemple recrutait déjà depuis les années 2000 des juristes en matière de compliance. Pour les entreprises, ce qui est important aujourd'hui est de montrer qu'elles essayent. Les entreprises sont organisées en réseau et structurées de manière complexe, ce qui rend nécessairement le rapport à la loi plus difficile. Il est important que le législateur s'empare de cette notion de compliance.

Les faiblesses et les limites portent sur les modalités de la réparation. La réparation des dommages environnementaux est insuffisante. On a parlé de réparation par anticipation, de permis social d'opérer. Ce sont des idées intéressantes mais elles ont leur limite puisqu'il est difficile d'imaginer la compensation par anticipation. Ces propositions posent la question de ceux qui ne participent pas.

La sanction économique ne touche jamais l'auteur du dommage, elle touche aussi les victimes de ces dommages et en premier lieu les victimes et les communautés.

Il y a des vrais échecs, comme les accords-cadres internationaux et les codes de conduite. Ce sont des normes négociées, impliquant une pluralité d'acteurs. Ces accords ont réussi à mettre en place un système de relations industriel et professionnel au niveau mondial. L'entreprise reconnaît l'organisation syndicale comme contre-pouvoir et a pu instaurer un vrai dialogue continu. Les ACT sont un succès au niveau de la construction d'un dialogue. Mais en tant que source de droit, il s'agit d'un échec. Aucun fil n'a été cousu entre l'ACT et le contrat. Il n'y a eu aucune saisie de juge par les travailleurs. L'acteur syndical ne souhaite pas non plus aller devant le juge. Or les violations sont quotidiennes. Ces acteurs souhaitent donc constituer un ordre juridique à part, autonome, qui n'aurait de lien qu'avec les ordres juridiques externes.

On n'a donc pas avancé sur l'implication des cocontractants et qu'il faut encore travailler malgré les succès évoqués

Charley Hannoun

Il faut revenir à la source du droit. La révélation est une croyance commune à un moment donné, qui va provoquer du droit.

C'est une fausse question que de se demander s'il s'agit de soft law ou de hard law. Il est intéressant que cela fasse naître de nouveaux espaces de normativité comme l'éthique, ou qui génère un nouveau langage source de droit. L'originalité de la RSE est le contenu des normes et la conquête d'un espace des normes face à l'émergence de besoins nouveaux.

La transformation des rationalités sous-jacentes à l'entreprise sont importantes. Cela conduit à une nouvelle vision de l'entreprise resituée dans son intérêt. Mais cela conduit aussi à redéfinir l'Etat, c'est ce qui fait naître l'ère de l'entreprise providence. En faisant naître cette entreprise providence, la RSE provoque le déclin du principe d'autonomie des personnes morales. On n'appréhende plus les sujets de droit par les relations patrimoniales mais par l'idée du groupe. La RSE est un révélateur de ce processus de constitutionnalisation des pouvoirs économiques. Elle pose la question de la régulation de ces pouvoirs.

L'entreprise providence est conçue comme un ordre disciplinaire. L'obligation de transparence laisse dubitatif car les entreprises n'ont qu'une obligation de dire et non pas de faire. C'est souvent à l'occasion des sinistres que l'on constate le décalage entre ce qui est dit et ce qui est fait.

Les normes sont négociées sous la pression de l'opinion publique et du consommateur. Cela ne se traduit finalement pas dans le concret. C'est donc un problème de technique juridique qui se pose, puisque le juge n'a pas été assez sollicité pour l'inciter à renforcer la portée juridique de ces accords.

Il faut aussi relativiser l'intérêt de la portée de l'image sociétale, même si elle est indispensable, et notamment en ce qui concerne l'outil comptable. Ce nouveau formalisme fait naître de l'opacité. Les personnes chargées sur le terrain d'alerter permettra de ne pas rester prisonnier de cette image formelle.

On peut s'intéresser sur l'articulation de la RSE et des règles classiques qui continuent de s'appliquer à l'entreprise. La RSE saisit les acteurs et conduit à lever le voile des règles juridiques locales. Cela pose donc la question de l'articulation.

La RSE fait en tout état de cause naître un nouveau paradigme de l'entreprise et aussi plus largement de l'individu. La RSE s'intéresse aussi au gouvernement de soi et tend à concilier l'individualisme et la société.

Répondre à cause de qui / grâce à qui ?

1) Lanceurs d'alerte et responsabilité

Plusieurs textes ont été adoptés pour accorder un statut au lanceur d'alerte. Il s'agit de les rendre plus effectifs afin de protéger les lanceurs d'alerte, qui vont dénoncer une situation professionnelle ou un comportement. Pour bénéficier de la protection du statut de lanceur d'alerte, celui-ci doit toutefois remplir les conditions imposées par la loi.

En particulier, le lanceur d'alerte doit être de bonne foi. Si l'erreur ou le caractère non fondé des allégations ne suffisent pas pour générer sa responsabilité, cette notion de bonne foi pose des problèmes d'efficacité de la protection, notamment en termes de preuve. De plus, quel que soit le domaine visé, l'agent doit avoir eu connaissance des faits dans l'exercice de ses fonctions, sous peine de voir sa responsabilité établie.

L'alerte peut avoir des effets sur les destinataires, et notamment sur leur responsabilité. En premier lieu, l'employeur ne doit pas rester inactif après avoir été alerté (enquête interne, mesure corrective...). En outre, tout acte de riposte est interdit contre le lanceur d'alerte. Le salarié doit notamment bénéficier d'un renversement de la charge de la preuve du caractère injustifié d'un éventuel acte de riposte.

2) Plaidoyer des ONG

Les ONG sont un moteur fondamental de la RSE. En premier lieu, les ONG peuvent coopérer avec les entreprises pour renforcer la RSE en leur sein : évaluation RSE, audit, médiation, partenariat sur un produit ou un label.

Quel que soit le type de relations, certaines ont vocation à se pérenniser et s'institutionnaliser, tandis que d'autres restent ponctuelles. Ces rapports semblent néanmoins être controversés et instables par nature, susceptibles de dégénérer rapidement.

La responsabilité des entreprises peut être mise en cause par les ONG, que ce soit en tant que partie ou par d'autres formes de participation. En France, certaines ONG ont effectivement développé une expertise particulière en matière de contentieux contre les entreprises accusées des violations des droits (FIDH, LDH, Sherpa...). Pour ce faire, elles font preuve d'une utilisation innovante du droit, comme les pratiques commerciales trompeuses par exemple.

En somme, les formes de relations sont variées entre ces deux grands acteurs de la RSE. Elles conservent toutefois une forme d'ambivalence forte en raison de leurs intérêts opposés, tout en offrant un véritable laboratoire pour la mobilisation des outils de renforcement pour la RSE.

3) Action des tiers et des victimes

La RSE est à bout de souffle lorsqu'elle repose sur des mécanismes volontaires. Comment les intérêts des tiers et victimes peuvent-ils s'exprimer ? Le droit n'offre pas une lecture unitaire de leurs situations ; la notion de préjudice a une influence sur la qualité de tiers ou de partie.

Les associés ou salariés sont des tiers s'ils subissent un préjudice individuel et particulier distinct de celui de la société. Mais l'opposition entre partie et tiers ne permet pas d'identifier avec rigueur l'ensemble des personnes susceptibles d'agir : le critère retenu est d'être victime. Deux catégories de tiers ressortent sont : les tiers victimes et tiers non victimes.

Pour les tiers-victimes, il faut noter l'importance de l'action de groupe. Le droit comparé et en particulier brésilien est intéressant dans ce domaine. Pour les tiers non-victimes, il faut s'attacher à déterminer les représentants d'intérêts individuels ou collectifs ou encore de l'intérêt général.

Enfin, il existe des actions extrajudiciaires ainsi que la pratique des amicus curiae.

Ce thème aboutit à une réflexion plus générale sur le rôle de la communauté humaine en lieu et place des Etats pour garantir la défense des intérêts de la communauté.

Discutants

Marie-Laure Guislain

Retour d'expérience sur Sherpa

- Activités de plaidoyer (devoir de vigilance, en commun avec autres ONG et plateforme)
- Actions de contentieux (pratiques commerciales trompeuses / travail forcé et réduction en servitude (Vinci) / recl). La démonstration du contrôle de la maison mère est particulièrement difficile et il y a besoin d'outils à développer en la matière. A noter la réalisation d'amicus Curiae dans le cas Chevron ainsi que le mécanisme de plainte devant la banque européenne d'investissement au-delà du PCN. Quand il y a une centaine de mandat pour agir, il est parfois compliqué de le faire même quand les populations le souhaitent (ex. Comilog et 857 dossiers).
- Les études juridiques permettent de rester un laboratoire de droit. La place des ateliers de renforcement de capacité est également prépondérante (caravane juridique en Afrique).
- Protéger les défenseurs de droits : Sherpa est confronté aux poursuites baillons, protection des syndicalistes qui meurent ou des lanceurs d'alerte.

Emmanuel Daoud

Retour d'expérience sur la FIDH

- Travail de terrain/de collecte d'information par les ligues locales. Il ne faut pas méconnaître le droit pénal à cet égard : la preuve est libre (majordome relaxé dans affaire Bettencourt : toute preuve libre et aucune utilisation personnelle des enregistrements clandestins, les juges ont considéré qu'il pouvait bénéficier du statut de lanceur d'alerte). Le juge pénal est moins cher que le juge civil ; et est parfois plus intéressant matériellement et techniquement. Dans le cas Amesys, c'est la 1ère fois qu'une personne morale est poursuivie directement pour complicité de crime de torture et traitements humains et dégradants. La FIDH a d'ailleurs développé des techniques d'exfiltration des défenseurs des droits pour protéger les témoignages (qui sont des preuves).
- Relations de partenariats de longue durée. Les partenariats ne peuvent fonctionner s'il y a incidence sur la place publique à chaque fois qu'une divergence existe (quand la FIDH reçoit un signalement sur Carrefour en chine par exemple, l'entreprise a 3 mois pour améliorer).
- Renforcement de capacités avec l'outil Droits devants. Mais une difficulté encore irrésolue consiste dans l'inclinaison naturelle à développer des actions contre les entreprises « occidentales ». Il faut développer des outils efficaces à l'égard des multinationales russes, chinoises afin de ne pas taper toujours sur les mêmes et pas sur leurs concurrents.

Répondre devant qui ?

1) Dealer avec le juge ? L'exemple allemand

En droit allemand, on peut dealer avec le juge et pas seulement avec le ministère public sous le contrôle du juge. On peut se mettre d'accord sur qui on va entendre (nombre de témoins), privatiser l'enquête, introduire les résultats d'une enquête interne... Les parties peuvent renoncer à certains éléments de preuve. Tout cela fera l'objet d'un accord essentiellement procédural.

Cela ne semble finalement pas être le plus adapté. La transaction semble plus appropriée mais le drame est qu'elle ne s'applique que dans les plus petits délits (refusé par le CE dans loi sapin).

2) L'évitement du juge social

L'entreprise peut contourner le juge social de plusieurs manières. Il peut tout d'abord éviter sa compétence par la conclusion d'un contrat commercial. Il peut prévoir des mécanismes contractuels de règlement de fin de contrat ou de règlement des conflits. L'entreprise peut également avoir intérêt à favoriser une transaction ou un accord de rupture amiable.

L'on remarque que si l'évitement illicite est sanctionné, le législateur favorise ce contournement du juge social en appuyant le développement des MARC ou d'autres mécanismes.

3) Les points de contact nationaux : un forum de résolution des conflits complémentaire ou concurrent du juge ?

Les PCN ont pour vocation la promotion des principes directeurs. Ils ont fait l'objet de nombreuses améliorations.

Le PCN a un rôle polyvalent mais c'est surtout sa fonction dans le cadre de circonstances spécifiques qui génère le plus d'expectatives. Le PCN est basé sur la prévention, il est appelé à agir avant le litige. Le PCN peut donc éviter l'instauration d'un contentieux et est donc complémentaire à la justice. Mais l'analyse des cas relativise cela puisqu'un PCN est souvent saisi en parallèle à une instance juridictionnelle.

L'une des questions cruciales est celle de l'information et de leur confidentialité (par exemple sur les effets toxiques des gaz ou OGM). La question de la confidentialité ou de la communication est un vrai problème, de même que lorsque les accords peuvent représenter un obstacle à une saisie de la justice.

En 15 ans d'activité, les PCN n'ont apporté aucune solution pour les événements passés ou futurs. Les PCN doivent encore faire preuve d'amélioration et l'une des solutions est de mettre en contact le PCN avec le juge.

4) La recherche d'un juge compétent : les défis posés par l'extraterritorialité

Des groupes de sociétés exercent leurs activités dans différents pays. Il n'y a pas forcément de complémentarité entre différents ordres juridiques : il est facile pour un groupe de trouver des failles et bénéficier d'une forme d'immunité. De plus, le cas Chevron montre que même lorsque l'on arrive à obtenir une décision, il n'est pas facile de la faire exécuter ensuite.

A cela, deux remèdes sont envisageables. Premièrement, la compétence universelle à l'exemple belge en droit pénal ou encore l'ATS et toute la jurisprudence Kiobel. Deuxièmement, la compétence fondée sur l'évitement d'un déni de justice (affaire Comilog) ; mais cela nécessite une action devant les juridictions locales en premier.

5) Arbitrage international et droit international des investissements : la question des devoirs des investisseurs

Le droit international des investissements impose très peu de devoirs aux investisseurs, alors qu'ils disposent d'une protection juridique élevée. Plusieurs outils sont potentiellement mobilisables pour la RSE :

- outil conventionnel des traités bilatéraux/BIT (les investisseurs ne bénéficieraient pas de la protection juridique si non-respect des traités : plusieurs affaires ont ainsi retenu la doctrine des mains propres pour juger une requête de l'investisseur irrecevable)
- dispositions relatives à la RSE dans ces accords (ex. le nouvel accord brésilien prévoit des recommandations relatives à la RSE pour la première fois. C'est un premier pas, bien que timide).
- Doctrine de l'enrichissement illicite : il est possible de considérer que le bénéfice obtenu par l'investisseur malgré des comportements violant des principes de la RSE constituerait la validation d'un enrichissement illicite par le tribunal arbitral.

6) Organes de protection des droits de l'homme et responsabilité des entreprises : La contribution des obligations positives

En l'état actuel, les entreprises ne peuvent voir leur responsabilité engagée devant une juridiction internationale. Il est toutefois possible de retenir la responsabilité internationale de l'Etat lorsqu'il y a des violations par les entreprises : la responsabilité est alors indirecte grâce aux obligations positives.

Cela est le fait d'une interprétation évolutive, dynamique et factuelle. Les autorités nationales sont tenues d'adopter tous les moyens afin que les individus puissent voir leurs droits concrétisés. Une prolifération d'obligations positives pèse donc sur l'Etat.

Sur le plan interne, cela va donc se traduire par l'adoption d'un encadrement juridique et de contrôle des activités des entreprises.

Sur le plan international, on observe une irradiation des standards mondiaux de la RSE (par exemple, décision de la Cour interaméricaine qui retient les principes directeurs de Ruggie) et l'harmonisation au sein d'un même système conventionnel (et dépasser les enjeux d'extraterritorialité).

Discutants

Guy Canivet

La question n'est pas de savoir quel droit mais qu'est-ce qu'un droit effectif. La classification juridictionnelle ou non du droit n'est pas évidente mais permet de structurer la réflexion.

L'entreprise répond tout d'abord devant soi-même : elle se donne des règles elle-même. Elle doit avoir un intérêt économique à le faire.

Elle répond ensuite devant ses partenaires par contrat.

La compliance pousse l'entreprise à coopérer en réduisant finalement ses garanties procédurales (enquête interne : entre dans un processus de reconnaissance, dangers des droits de la défense, vie privée...). Il y a un paradoxe de la justice étatique qui interpelle le comportement de l'entreprise, et de la justice transactionnelle en ce qu'elle oblige le recours à un juge étatique. Les modes de justice alternatifs sont efficaces car il y a l'intervention d'un juge derrière.

L'entreprise est également appelée à répondre devant un tiers neutre qui n'est pas un juge : les PCN. Ils ont essayé de se donner une effectivité en n'ayant aucun pouvoir. Une doctrine de lecture des principes de l'OCDE a été créée. En ce qui concerne l'application de la RSE par les organismes extra-juridictionnels, soit l'on a affaire à des organismes à l'efficacité discutable, soit qui posent des questions.

Les entreprises prennent des engagements mais ont ensuite des comportements de fuite. L'une des solutions est la création d'une juridiction internationale ou la création de compétences universelles / d'aménagement des règles de compétence. Mais cela est problématique en termes d'économie du procès.

En somme, comme tout domaine juridique nouveau, la RSE pose la question de l'effectivité de sa mise en œuvre. Il faut insister sur la formation des acteurs, des avocats et des juges.

Hervé Ascensio

Les enjeux sont particuliers en RSE : il s'agit de savoir si les entreprises émergent comme lieu d'imputation d'une responsabilité, de sujet du droit international. Il y a un enjeu d'uniformisation malgré la diversité des ordres juridiques nationaux (plus ou moins efficaces).

La RSE émerge et se développe. Certains domaines n'ont pas été abordés comme les obligations RSE et les procédures de contrôle avec la personne publique (beaucoup d'obligations de RSE pour les marchés publics). La moralité publique constitue également une exception dans le droit de l'OMC (affaire des produits dérivés du phoque). En droit des investissements, on peut également citer les attentes légitimes de l'Etat comme vecteur de la RSE.

Plusieurs problèmes n'ont pas été évoqués non plus.

Les questions de compétence et de titre de compétence restent complexes comme cela a été souligné. Toutefois, il faut réfléchir avant de les promouvoir. Les droits de l'homme poussent dans ce sens mais cela peut poser des problèmes en pratique.

Les PCN sont contradictoires également dans leurs affaires, plusieurs PCN se sont déjà contredit en retenant la responsabilité ou non d'une même entreprise dans une même affaire. On retrouve aussi le problème de la sphère d'influence dans les cas du PCN : le problème peut être la politique publique de l'Etat et pas la responsabilité de l'entreprise (ex. du cas Michelin).

Les normes de RSE restreignent parfois certains droits. Elles sont tournées vers les procédures d'enquête, de conformité, de rapport, elles manquent de substance. Il s'agit donc d'obligations de moyen et les obligations de résultat disparaissent, ce qui est contestable au titre des droits de l'homme. Il y a toutefois la question du problème d'articulation des procédures RSE avec les procédures juridictionnelles si on les durcit.

Finalement, l'entreprise se procéduralise au travers de rapports, mécanismes de contrôle interne, enquêtes etc. Cela laisse des traces et est intéressant pour la preuve. Mais la face négative est que cette procédure est et sera par définition manipulable.

