REVUE LAMY

RLDA

DROIT DES AFFAIRES

COLLECTION LAMY

Dossier spécial

LE DROIT PÉNAL ET LA RSE : UN OUTIL DE MANAGEMENT, FACTEUR DE PROGRÈS SOCIAL ET DE PRÉVENTION DES RISQUES

Par Marion de CASTELBAJAC, Agnès CLOAREC, Emmanuel DAOUD, Julie FERRARI, Pierre-Samuel GUEDJ, Sabine LOCHMANN, Yann QUEINNEC et Jean-Marie THUILLIER

100

MENSUEL

Janvier 2015

Éclairages

10 D'utiles précisions sur l'arbitrabilité d'une cession de contrôle
Par Daniel BERT

17 Consécration de l'unité de la date de cessation des paiements
Par Christine LEBEL

20 Les politiques de rémunération des sociétés de gestion d'OPCVM introduites par la directive OPCVM V
Par Isabeffe RIASSETTO

33 Annonces de réduction de prix : la nouvelle donne européenne
Par Thomas PICOT et Julia BOMBARDIER

Repères

42 Contrat à durée déterminée d'usage : une utilisation sous contrôle
Par Laurie LE SAGÈRE

51 De l'utilisation de la Charte sur les droits fondamentaux dans la lutte contre les clauses abusives dans les contrats
Par Mathieu COMBET

Perspectives

59 Invoquer ou ne pas invoquer directement l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce : telle est la question
Par Sylvie CHOLET

Wolters Kluwer

http://lamyline.lamy.fr

DOSSIER SPÉCIAL

Le droit pénal et la RSE : un outil de management, facteur de progrès social et de prévention des risques

SOMMAIRE

INTRODUCTION 67
Par Emmanuel DAOUD et Julie FERRARI

RSE ET DROIT PÉNAL 69
Par Emmanuel DAOUD et Julie FERRARI

HARCÈLEMENT ET DISCRIMINATION 78
Par Agnès CLOAREC-MÉRENDON et Marion de CASTELBAJAC

L'IMPACT DES MUTATIONS NORMATIVES DE LA RSE SUR LA RESPONSABILITÉ DES INVESTISSEURS ET DONNEURS D'ORDRE 83
Par Yann QUEINNEC et Pierre-Samuel GUEDJ

(RE)STRUCTURATIONS SOCIALEMENT RESPONSABLES : DE NOUVELLES FRONTIÈRES D'INNOVATION SOCIALE. QUELLES RESPONSABILITÉS POUR L'ENTREPRISE ET SES DIRIGEANTS ? 89
Par Sabine LOCHMANN et Jean-Marie THUILLIER

Introduction

Par Emmanuel DAOUD
Avocat associé, Vigo Cabinet d'avocats

Et Julie FERRARI
Avocat associé, Vigo Cabinet d'avocats

→RLDA 5438

Du concept de *Corporate Social Responsibility* (CSR) (Famiy R., La responsabilité sociétale de l'entreprise : du concept à la norme, D. 2013, chron., p. 1558) faisant écho à l'idée de *l'entreprise citoyenne* apparue aux États-Unis au milieu du vingtième siècle, est né celui de la *Responsabilité Sociale (ou Sociétale) des Entreprises* (RSE) dans les années 1950-1970.

Puis, de scandales financiers poussant au renforcement de la transparence (*cf.* par exemple Enron en 2001, crise des *subprimes* en 2007-2011) en catastrophes écologiques et sociales nécessitant le développement accru de procédures d'identification des risques en amont (*cf.* par exemple Bhopal en 1984, Rana Plaza en 2013), le concept de RSE a évolué au rythme des crises et s'est progressivement renforcé pour devenir incontournable.

Consacrée internationalement par la norme ISO 26000 adoptée en 2010, la RSE a initialement été définie comme « *un concept dans lequel les entreprises intègrent les préoccupations sociales, environnementales et économiques dans leurs activités et dans leurs interactions avec les parties prenantes sur une base volontaire* » (Doc. COM (2001), 366 final, 18 juill. 2001, Livre vert, promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises). Puis,

http://lamyline.lamy.fr

dans le cadre de l'adoption d'une nouvelle stratégie périodique pour 2011-2014, la Commission européenne a revu sa définition pour résumer la RSE à « *la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société* » (Doc. COM (2011), 681 final, 25 oct. 2011, Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions – Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014).

Si l'on peut douter de l'existence d'une définition unique du concept de RSE, la réalité qu'il recouvre est en revanche unique : il s'agit d'intégrer des préoccupations éthiques dans le domaine des affaires.

Depuis plusieurs années, le paysage normatif de la RSE a évolué au point de rendre presque inexistante la séparation entre ses deux composantes initiales qui sont le droit dur (*hard law*) et le droit souple (*soft law*). Par exemple, ne serait-ce que depuis un an, trois lois et trois propositions de lois en droit interne (L. n° 2013-711, 5 août 2013, portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France ; L. n° 2014-773, 7 juill. 2014, d'orientation et de programmation relative à la politique de développement et de solidarité internationale ; L. n° 2014-790, 10 juill. 2014, visant à lutter contre la concurrence sociale et déloyale ; prop. de loi AN n° 1524 et n° 1519, 7 nov. 2013, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre et prop. de loi AN n° 1777, 11 fév. 2014) et une directive européenne (Dir. PE et Cons. 2014/95/UE, 22 oct. 2014, JOUE n° L 330, 15 nov. 2014) concernent des domaines relevant de la RSE.

Ces mutations normatives démontrent en outre que la RSE est désormais un concept transversal qui couvre tous les domaines du droit et qui a vocation à s'appliquer à toutes les activités de l'entreprise.

Le présent dossier spécial a pour ambition de traiter ces problématiques sous différents angles.

Si en droit pénal la RSE n'est pas à proprement parler une source directe d'incriminations, elle joue cependant un rôle indiscutable en matière de sanction des comportements au regard notamment de la caractérisation de l'élément intentionnel.

Précisément, ce dossier spécial exposera qu'en pratique, la RSE n'est pas dénuée de conséquences en termes de responsabilité pénale des entreprises.

Pour autant, ce constat ne doit pas être perçu par les entreprises comme une menace contraignante. À l'inverse, il doit plutôt les inciter à faire de la RSE un véritable outil de prévention du risque pénal (Daoud E. et Ferrari J., RSE et droit pénal, RLDA 2015/100, n° 5439).

En tout état de cause, en matière pénale, la RSE a des répercussions aussi bien au sein même de l'entreprise que dans sa sphère d'influence.

Au sein même de l'entreprise, la diversité ainsi que la santé et la sécurité au travail constituent aujourd'hui deux thèmes récurrents de la RSE.

En France, depuis plusieurs années déjà, le législateur s'est efforcé de renforcer les outils de lutte contre les inégalités et de promotion de la diversité. À l'échelle européenne, cette dynamique est également lancée depuis peu par la directive 2014/95/UE du 22 octobre 2014 qui met à la charge de certaines entreprises « *une description de la politique de diversité appliquée aux organes d'administration, de gestion et de surveillance* » au regard d'un certain nombre de critères.

Ce dossier spécial consacre un développement particulier aux discriminations et au harcèlement car, dans ces domaines, l'analyse du système répressif fait apparaître qu'en dépit d'un arsenal législatif conséquent, sa mise en œuvre conduit à des résultats dont l'effectivité suscite des interrogations.

Pour autant, là encore, la RSE constitue un facteur incontestable de renforcement de la prévention des discriminations et du harcèlement (Cloarec-Mérendon A. et de Castelbajac M., Harcèlement et discriminations en droit pénal, RLDA 2015/100, n° 5440).

Ce dossier spécial serait incomplet s'il n'abordait pas les nouveaux risques sociétaux, juridiques et réputationnels engendrés par les mutations normatives de la RSE intervenant dans la sphère d'influence de l'entreprise.

En particulier, ces mutations ont un impact sur la responsabilité civile et pénale des investisseurs et des donneurs d'ordre recourant à des chaînes d'approvisionnement complexes ou encore lors d'opérations de fusions et acquisitions. Ces constats illustrent encore la nécessité pour les entreprises d'accroître leur vigilance tout au long de leur chaîne de production (Queinnec Y. et Guedj P.-S., L'impact des mutations normatives de la RSE sur la responsabilité des investisseurs et donneurs d'ordre, RLDA 2015/100, n° 5441).

Par ailleurs, dans ses relations avec ses parties prenantes et toujours à titre préventif, les entreprises doivent s'efforcer de créer un dialogue social équilibré et constructif. La RSE trouve ainsi logiquement vocation à s'appliquer aux restructurations d'entreprises.

À cet égard, le concept de « *re-structuration socialement responsable* », à savoir construire des solutions socialement responsables et économiquement acceptables, sera étudié dans ce dossier spécial. Cette pratique offre l'avantage non seulement d'anticiper d'éventuels contentieux sociaux et pénaux mais également de renforcer la compétitivité des entreprises en ce que leurs dirigeants et collaborateurs se seront focalisés de façon authentique sur la création de valeurs (Lochmann S. et Thuillier J.-M., (Re)structurations socialement responsables : de nouvelles frontières d'innovation sociale – Quelles responsabilités pour l'entreprise et ses dirigeants ?, RLDA 2015/100, n° 5442).

« *C'est avoir tort que d'avoir raison trop tôt* », écrivait Marguerite Yourcenar dans *Les mémoires d'Hadrien*, mais il ne s'agissait alors pas de prévenir le risque pénal... Aussi les auteurs de ce dossier spécial veulent-ils, non jouer les Cassandre, mais convaincre de la nécessité d'utiliser le droit pénal de la RSE comme outil d'anticipation, de progrès social, de management et de prévention du risque pénal. ■

http://lamyline.lamy.fr

RSE et droit pénal

A *priori*, aborder le thème de la RSE sous l'angle du droit pénal peut paraître surprenant : le droit pénal renvoyant nécessairement aux notions d'infractions et de peines alors que la RSE est, en principe, une démarche purement volontaire. Pour autant, le droit pénal et la RSE sont intrinsèquement liés ainsi qu'a pour objet de l'exposer la présente contribution.

Par Emmanuel DAOUD

Avocat associé
Vigo Cabinet d'avocats

Et Julie FERRARI

Avocat associé
Vigo Cabinet d'avocats

→RLDA 5439

La RSE bouleverse la responsabilité classique des entreprises en ce qu'elle étend cette responsabilité aux conséquences de ses activités économiques, commerciales et sociales au sein de sa sphère d'influence (Daoud E. et Ferrari J., La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique, JCP S 2012, 1391).

Or, la notion de sphère d'influence implique une diversité d'acteurs que sont les parties prenantes, définies par la norme ISO 26000 comme les individus ou groupe « *ayant un intérêt dans les activités ou décisions d'une organisation* », et qui peuvent être regroupées en trois catégories : le groupe, la chaîne d'approvisionnement et l'environnement global (Daoud E., Ferrari J. et Gourvez B., JCl. Traité Travail, Fasc. 1-50 : Responsabilité sociétale des entreprises).

Ce champ d'application particulièrement étendu doit donc inciter les entreprises à une grande vigilance. Celle-ci est d'autant plus nécessaire que la RSE et le droit pénal sont intrinsèquement liés puisque la recherche de l'éthique dans la conduite des affaires, essence même de la RSE, correspond incontestablement aux valeurs sociales protégées par le droit pénal.

La norme internationale ISO 26000 adoptée en 2010 qui propose aux entreprises des lignes directrices relatives à l'intégration de la RSE dans leur mode de fonctionnement, en constitue une illustration puisqu'elle préconise différents domaines d'action qui consistent notamment à prévenir la complicité, lutter contre les discriminations, garantir les droits civils et politiques (droit à la vie, droit à vivre dans la dignité, droit d'être protégé contre la torture, droit à un procès en bonne et due forme, liberté d'opinion et d'expression...), garantir les droits économiques et culturels (accès aux soins médicaux, droit à l'éducation....) ou garantir les droits fondamentaux au travail (liberté d'association, interdiction du travail forcé, liberté syndicale, égalité des chances...) (Ferrari J., La société mère peut-elle voir sa responsabilité engagée dans le cadre de la RSE ?, RLDA 2012/76, n° 4332).

Mais le droit pénal renvoie nécessairement aux notions d'infractions et de peines et l'on peut donc légitimement s'interroger sur son articulation avec la RSE qui, en principe, est une démarche purement volontaire.

Toutefois, si en droit pénal la RSE n'est pas à proprement parler une source d'incriminations, elle joue cependant un rôle indiscutable en matière de sanction des comportements et, en pratique, elle n'est pas dénuée de conséquences en termes de responsabilité pénale des entreprises (II).

Pour autant, ces constats ne doivent pas être perçus par les entreprises comme une menace contraignante. À l'inverse, ils doivent plutôt les inciter à faire de la RSE un véritable outil de prévention du risque pénal (I).

I. – RSE ET PRÉVENTION DU RISQUE PÉNAL

Le constat de la montée du risque, réalité liée au développement industriel et technologique de notre société, a conduit certains auteurs à qualifier notre société contemporaine de « *société du risque* » (Beck. U., La société du risque, Champs Flammarion, 1986).

Parmi ces risques, le risque pénal est sans commune mesure celui qui impacte le plus les hommes (brutalité des mesures coercitives, voire les condamnations, susceptibles d'être mises en œuvre, mais aussi stigmatisation sociale liée à toute procédure pénale quand bien même celle-ci déboucherait sur un non-lieu ou sur une relaxe) (Daoud E., Dinh B., Ferrari J. et Gambette C., Gérer le risque pénal en entreprise, Lamy Axe Droit, 2011). Il présente en outre la particularité d'être supporté tant par l'entreprise (personne morale) que par ses dirigeants ou leurs délégataires (personnes physiques).

Or, force est de constater qu'aujourd'hui, le risque pénal est omniprésent dans la vie des affaires et est en constante évolution.

Si le risque pénal est désormais inéluctable, il faut donc le prévenir.

Il est par conséquent essentiel pour les entreprises de savoir anticiper le risque pénal. À cet effet, elles doivent se référer aux dispositions législatives issues de la RSE pensées pour les aider dans leur démarche de prévention (B) ou mettre en place, elles-mêmes, des outils à cette fin (A).

http://lamyline.lamy.fr

A. – Les outils de prévention du risque pénal mis en place par les entreprises elles-mêmes

Sans que cette énumération soit exhaustive, les entreprises peuvent recourir aux outils décrits ci-dessous dans le but de prévenir le risque pénal.

1) Les formations

Le recours aux délégations de pouvoirs en matière pénale, permet aux dirigeants d'entreprise (président et directeur général) de transférer la responsabilité pénale à ceux qui peuvent, notamment, concrètement prévenir le risque pénal parce qu'ils sont confrontés au quotidien aux faits susceptibles de caractériser le risque pénal.

Il est donc primordial que le risque pénal soit défini et porté à la connaissance des collaborateurs de l'entreprise et expliqué soigneusement à ceux-ci afin qu'ils puissent le percevoir et l'évaluer dans un second temps à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions et surtout, qu'ils aient conscience des risques qu'ils peuvent faire courir à l'entreprise.

Du reste, aujourd'hui, la formation ne découle plus seulement d'un outil de bonne gouvernance entrepreneuriale (lié aux seules délégations de pouvoirs) mais également d'une obligation légale (D. n° 2008-1347, 17 déc. 2008, relatif à l'information et à la formation des travailleurs sur les risques pour leur santé et leur sécurité).

2) La procédure de Due diligence

Cette procédure volontaire permet à l'entreprise d'identifier, au regard de ses activités, les risques encourus. Pour être efficace, cette analyse doit s'effectuer au sein de l'entreprise elle-même mais aussi et plus largement au sein de sa sphère d'influence.

La prévention du risque pénal conduira l'entreprise à mettre en œuvre des procédures de conformité au cadre législatif et réglementaire et à mener un ensemble de vérifications lors de l'établissement d'une relation d'affaires ou de la réalisation d'une transaction occasionnelle, en particulier, en présence d'un soupçon de fraude (blanchiment, corruption, financement du terrorisme) ou lors d'un doute sur la véracité ou l'exactitude des documents, données ou informations recueillies dans le cadre des transactions.

La procédure de *due diligence* a principalement pour objectifs de permettre à l'entreprise de connaître la partie tierce avec laquelle la relation est envisagée, et d'anticiper ainsi l'éventuelle exposition de celle-ci à un risque de fraude (notamment si la partie tierce est localisée dans un pays dont la législation n'impose pas des obligations équivalentes de lutte contre la corruption, le blanchiment ou le financement du terrorisme, l'entreprise devra faire preuve d'une vigilance accrue) ; de pouvoir affirmer que la partie tierce ne procède pas à des actes de fraude (blanchiment, corruption...) ; d'être en mesure de démontrer, à tout moment et à tout tiers (actionnaires, investisseurs, autorités, juridictions...), que cette confiance est légitimement fondée, c'est-à-dire que des mesures adéquates ont été prises pour identifier et prévenir les éventuels risques afférents à la relation envisagée (par exemple en justifiant de la réalisation d'audits ou d'investigations sur l'aptitude de la partie tierce pour le type d'activités envisagées) ; de se couvrir, ainsi que ses dirigeants ou titulaires de délégations de pouvoirs dans les domaines concernés, dans l'éventualité où une difficulté apparaîtrait à la suite de la transaction.

Par cette procédure de *due diligence*, l'entreprise peut ainsi prévenir la survenance de dommages sociétaux non seulement au sein des filiales mais aussi dans le périmètre de sa chaîne d'approvisionnement et plus généralement dans sa sphère d'influence.

3) Les comités d'éthique

Le comité d'éthique est une création purement pragmatique, issue de la responsabilisation croissante des entreprises au regard, notamment, de leurs obligations en matière de politique RSE.

D'une manière générale, le comité d'éthique a pour mission de mettre en place les normes internes en matière de bonne conduite et d'éthique professionnelle des affaires. Il remplit un rôle d'impulsion de la politique de RSE, notamment en matière de *reporting* extra-financier ou encore de supervision des contrôles de conformité internes et externes réalisés à différents niveaux de la chaîne de production (par exemple, visites surprises ou annoncées des sites des sous-traitants).

Le comité d'éthique est également un récepteur d'alertes quant à des situations présentant des risques sérieux dans les domaines comptable, bancaire, d'audit financier, de lutte contre la corruption ou de respect du droit de la concurrence.

Cet organe joue donc un rôle essentiel dans la prévention du risque pénal.

4) Documents éthiques : chartes et codes de bonne conduite

Les démarches éthiques des entreprises sont le plus souvent formalisées au travers de codes de bonnes pratiques, de chartes éthiques ou de déclarations d'intentions (pouvant figurer dans le rapport annuel ou encore dans le rapport environnemental).

Les documents éthiques ont pour finalité de moraliser les activités des entreprises. Ils s'intègrent ainsi totalement dans le cadre de la RSE soit parce qu'ils traduisent des conduites à tenir (interdiction du harcèlement sexuel, d'accepter des cadeaux des fournisseurs) soit parce qu'ils traduisent des déclarations d'intention et affirment les valeurs de l'entreprise (promouvoir la diversité, interdiction du travail forcé et du travail des enfants, interdiction des discriminations ou plus généralement, respect des droits fondamentaux).

Les documents éthiques ont également pour objectif d'inciter les parties prenantes de l'entreprise à adopter un comportement conforme aux valeurs qu'elle véhicule et par ailleurs de réduire la réalisation des risques juridiques auxquels elle est confrontée dans son activité.

Par ce biais et afin de prévenir le risque pénal, les entreprises peuvent imposer à leurs fournisseurs des normes éthiques (relevant de multiples domaines : conformité réglementaire, promotion et respect des droits de l'homme, droit du travail, environnement, lutte contre la corruption...) dans la conduite de leurs activités, afin que ses engagements éthiques soient respectés tout au long de la chaîne d'approvisionnement.

http://lamyline.lamy.fr

5) Dispositifs d'alerte professionnelle

Les dispositifs d'alerte professionnelle (*whistleblowing*), institutionnalisés en droit interne via les retombées de la loi *Sarbanes-Oxey* adoptée aux États-Unis le 30 juillet 2002, consistent à mettre à la disposition des salariés divers moyens (numéro de téléphone, adresse électronique) leur permettant de dénoncer au chef d'entreprise, ou à d'autres personnes désignées à cet effet, des actes répréhensibles ayant cours dans l'entreprise et dont ils auraient connaissance (Flament L. et Thomas P., Le whistleblowing : à propos de la licéité des systèmes d'alerte éthique, JCP S 2005, 1277 ; Waquet P., Dénonciation et alarme professionnelle, quelle légalité ?, RJS 2009, p. 186).

Les dispositifs d'alerte professionnelle ayant précisément pour objet de lutter contre la corruption et les pratiques frauduleuses (dans les domaines comptables et financiers), ils constituent nécessairement, dans le cadre d'une démarche de RSE, un outil de prévention du risque pénal.

B. – Les dispositions législatives issues de la RSE incitant les entreprises à prévenir le risque pénal

Là encore, sans que cette liste soit exhaustive, les dispositions législatives suivantes méritent d'être mentionnées.

1) La loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France

Cette loi a transposé en droit interne (Dir. PE et Cons. UE 2011/36, 5 avr. 2011, concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil) des principes visés par les textes internationaux, en particulier l'interdiction du travail forcé ou obligatoire, en créant des nouvelles incriminations spécifiquement en relation avec ces pratiques (C. pén., art. 225-14-1, 225-14-2 et 225-15).

Plus généralement, cette loi redéfinit le délit de traite des êtres humains, et distingue, par ailleurs, les pratiques esclavagistes selon quatre degrés de gravité : le travail forcé, la réduction en servitude, la réduction en esclavage et l'exploitation d'une personne réduite en esclavage.

Face à l'ampleur du phénomène esclavagiste qui sévit dans de nombreuses régions du monde, ces nouvelles incriminations concrétisent un risque pénal réel à l'égard des entreprises agissant à l'étranger, pour qui il est désormais inévitable de prendre en considération le nouveau cadre légal institué par la loi précitée (Akorri S. et Daoud E., La criminalisation, en France, des pratiques esclavagistes ou comment universaliser l'obligation des employeurs à respecter des conditions de travail compatibles avec la dignité, Bulletin d'actualité Lamy droit pénal des affaires oct. 2013, n° 132).

En particulier, l'incrimination de l'exploitation d'une personne réduite en esclavage ainsi que la possibilité de mise en œuvre d'une responsabilité pour complicité de servitude ou de travail forcé, imposent aujourd'hui aux entreprises, notamment françaises, une vigilance accrue à l'égard des pratiques de leurs sous-traitants dans certaines régions du monde.

Les dispositions de la loi du 5 août 2013 forcent ainsi les entreprises françaises œuvrant à l'étranger à identifier, évaluer et mesurer le risque pénal qu'elles encourent sur chaque chantier, afin de le maîtriser et de se prémunir de toutes poursuites. À défaut, outre l'impact dévastateur sur leur image, elles s'exposent à des actions pénales dirigées contre elles, leurs dirigeants et collaborateurs.

2) La loi n° 2014-773 du 7 juillet 2014 d'orientation et de programmation relative à la politique de développement et de solidarité internationale

Parmi les retombées en droit interne de la catastrophe du Rana Plaza, le législateur français a, au travers de la loi précitée, marqué sa détermination d'instaurer une transparence et une forte responsabilisation des entreprises du fait de leur activité tout au long de la chaîne de production, en érigeant à leur charge un devoir de prévention et de gestion des risques.

L'article 8 de cette loi dispose « *La politique de développement et de solidarité internationale prend en compte l'exigence de la responsabilité sociétale des acteurs publics et privés. Dans le cadre de cette exigence de responsabilité sociétale, les entreprises mettent en place des procédures de gestion des risques visant à identifier, à prévenir ou à atténuer les dommages sociaux, sanitaires et environnementaux et les atteintes aux droits de l'homme susceptibles de résulter de leurs activités dans les pays partenaires* (...) ».

Le concept de RSE est donc ici légitimé, en particulier dans le domaine pénal, puisque la loi précitée impose aux entreprises tout au long de la chaîne de production d'identifier, de prévenir ou d'atténuer « *les dommages sociaux, sanitaires et environnementaux et les atteintes aux droits de l'homme* ».

3) La loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale et déloyale

Cette loi assure la transposition rapide de certaines dispositions de la directive 2014/67/UE du 15 mai 2014 et a pour objet de lutter contre le dumping social et la concurrence sociale déloyale en cas de recours des entreprises françaises à des prestataires étrangers détachant des travailleurs sur le territoire national (Semaine Sociale Lamy n° 31-36, act. 299, Renforcement de la lutte contre la concurrence sociale déloyale et le travail dissimulé ; L. n° 2014-790, 10 juill. 2014).

Cette loi renforce, en particulier, la responsabilité des maîtres d'ouvrage et des donneurs d'ordre, notamment leur obligation de vigilance en matière d'application de la réglementation du travail et en matière d'hébergement et de solidarité financière. Elle élargit en outre les pouvoirs des agents de contrôle et durcit les sanctions. Enfin, elle assouplit le droit d'agir en justice des organisations syndicales.

Parmi les nouvelles sanctions instituées par cette loi, les juges pourront prononcer comme peine complémentaire l'inscription pendant une période maximale de deux ans sur une « *liste noire* », accessible sur un site Internet dédié (dont un décret fixera les conditions de fonctionnement après avis de la CNIL), des personnes, physiques et morales, condamnées à une amende (quel qu'en soit le montant) pour certaines infractions de travail illégal (travail dissimulé, marchandage, prêt illicite de main d'œuvre, emploi d'étrangers sans titre de travail).

http://lamyline.lamy.fr

Les dispositions de cette loi sont applicables depuis le 12 juillet 2014 sous réserve de l'adoption, pour certaines d'entre elles, de décrets d'application qui sont, à ce jour, toujours attendus.

Récemment et afin de compléter celles déjà inscrites dans la loi précitée, le ministre du Travail a annoncé de nouvelles mesures afin de renforcer la lutte contre les abus liés au détachement de travailleurs (notamment aggravation des peines et possibilité d'arrêter les travaux effectués par l'entreprise en infraction par rapport au droit du détachement). Ces mesures seront intégrées au volet « *travail* » du projet de loi pour l'activité qui doit être présenté en conseil des ministres au mois de décembre 2014 (JOUE 28 mai 2014, directive modifiant la directive « *détachement* » 96/71/CE, renforçant les contrôles des prestataires de services établis dans un autre État membre détachant des travailleurs sur le territoire national ; Semaine Sociale Lamy n° 45, act. 402, Vers un renforcement de l'arsenal répressif de lutte contre les abus de détachement de travailleur).

4) *Les dispositions législatives en matière de reporting extra-financier*

a) Le cadre législatif français

La France dispose d'un cadre législatif en matière de transparence des informations extra-financières (Daoud E. et Ferrari J., La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique, JCP S 2012, 1391 ; Daoud E., Ferrari J. et Gourvez B., JCl. Traité Travail, Fasc. 1-50 : Responsabilité sociétale des entreprises) :

- l'article L. 225-102-1, alinéa 5, du code de commerce consacre une obligation de communication des informations environnementales et sociales (L. n° 2001-420, 15 mai 2001, NRE, art. 116, JO 16 mai ; D. n° 2002-221, 20 févr. 2002, JO 21 févr.) ;
- les lois du 12 juillet 2010 dite « *loi Grenelle II* » et du 22 mars 2012 dite « *loi Warsmann II* » obligent, notamment, les entreprises cotées sur un marché réglementé et les grandes entreprises à publier des indicateurs RSE et développement durable dans leur rapport annuel (L. n° 2010-788, 12 juill. 2010, JO 13 juill. 2010 ; L. n° 2012-387, 22 mars 2012, JO 23 mars).
- les articles R. 225-105, R. 225-105-1 et R. 225-105-2 du code de commerce (D. n° 2012-557, 24 avr. 2012, relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale, JO 26 avr.) précisent que l'obligation de communication visée à l'article L. 225-102-1 du même code s'impose à toute société dont le total du bilan ou le montant net du chiffre d'affaire dépasse 100 millions d'euros et qui emploie plus de 500 salariés.
- les articles L. 225-37, alinéa 7 et L. 225-68 du code de commerce (articles modifiés par les lois n° 2008-649 du 3 juillet 2008 et n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle) imposent (indirectement) aux entreprises une obligation de *reporting* (rendre des comptes sur la performance sociétale) : lorsqu'une société dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé « *se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises* », le rapport sur le contrôle interne, qui doit être annexé au rapport de gestion annuel présenté à l'assemblée des actionnaires, doit préciser non seulement les modalités de consultation de ce code, mais également « *les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été* ». Si la société ne se réfère pas à un tel code, le rapport « *indique les règles retenues en complément des exigences requises par la loi et explique les raisons pour lesquelles la société a décidé de n'appliquer aucune disposition de ce code de gouvernement d'entreprise* » (Blin M.-P. et Desbarats I., Le droit des affaires saisi par le développement durable in La modernisation du droit des affaires, Litec, 2007, p. 89).

Si aucune sanction spécifique n'est prévue par la loi en cas de non-respect des dispositions précitées du Code de commerce, le droit commun s'applique et offre plusieurs fondements sur lesquels la responsabilité pénale des dirigeants des entreprises pourrait être engagée. En effet, dans la mesure où l'article L. 225-102-1 du code de commerce est soumis au régime du rapport annuel, les dirigeants pourraient être condamnés sur le fondement des articles L. 246-6 2 du code de commerce (image non fidèle de comptes annuels du résultat des opérations de l'exercice) et L. 242-10 du même code (non-soumission à l'approbation de l'assemblée du rapport de gestion) mais également sur celui de l'article L. 465-1 du code monétaire et financier (diffusion dans le public de fausses informations contenues dans le rapport annuel). Ou encore, la publicité mensongère pourrait être invoquée pour sanctionner des informations qui seraient erronées dans le rapport de gestion.

Ces dispositions du Code de commerce doivent donc inciter les entreprises françaises non seulement à respecter leur obligation de *reporting* mais également à fournir une information de qualité dès lors que les marchés exigent une information sincère et fiable.

b) La directive européenne sur le reporting extra-financier et la diversité des organes de gouvernance

Si la France dispose déjà d'un cadre législatif en matière de transparence des informations extra-financières, cette dynamique existe à l'échelle européenne depuis peu.

En effet, la directive 2014/95/UE du 22 octobre 2014 du Parlement européen et du Conseil, publiée au *Journal officiel* de l'UE le 15 novembre 2014 (modifiant la directive 2013/34/UE), impose à certaines entreprises de communiquer des informations sur leurs politiques, les risques et les résultats en ce qui concerne les questions environnementales, les aspects sociaux et liés au personnel, le respect des droits de l'homme, les questions de la lutte contre la corruption, et la diversité dans leur conseil d'administration (les entreprises concernées devront notamment rendre compte de leur politique de diversité au sein des organes de gouvernance).

Ces nouvelles règles qui devront être intégrées par les États membres dans leur législation nationale dans un délai de deux ans, s'appliqueront toutefois seulement à certaines grandes entreprises avec plus de 500 salariés, aux sociétés cotées ainsi qu'à certaines sociétés non cotées, comme les banques, les compagnies d'assurance, et d'autres entreprises qui sont ainsi désignées par les États membres en raison de leurs activités, leur taille ou leur nombre de salariés [soit environ 6 000 entreprises et groupes à travers l'UE).

La directive laisse cependant une grande flexibilité aux entreprises quant aux informations qu'elles communiqueront et les invite, notamment, à utiliser à cet effet les lignes directrices internatio-

http://lamyline.lamy.fr

nales, européennes ou nationales qu'elles jugent appropriées (par exemple, le Pacte mondial de l'ONU ou la norme ISO 26000). Les entreprises pourront donc choisir les informations qu'elles rendront publiques selon le principe dit « *comply or explain* », selon lequel les entreprises se conforment à la règle ou expliquent pourquoi elles ne peuvent pas fournir les informations.

Pour les entreprises, rendre des comptes sur leurs performances sociétales est synonyme de transparence et donc de conscience.

Le *reporting* extra-financier apparaît par conséquent, lui aussi, comme un outil de prévention du risque pénal.

5) *Les propositions de loi relatives au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*

Pour compléter le dispositif législatif déjà en vigueur en matière de lutte contre le travail illégal, trois propositions de loi ont été déposées à l'Assemblée nationale les 7 novembre 2013 et 11 février 2014, visant à instaurer une obligation de vigilance pour les sociétés mères et les entreprises donneuses d'ordre à l'égard de leurs filiales, sous-traitants et fournisseurs (prop. de loi AN n° 1524 et n°1519, 7 nov. 2013, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre et prop. de loi AN n° 1777, 11 févr. 2014).

Fruit d'un travail réalisé avec l'aide d'une plateforme d'ONG, d'acteurs de la société civile et de juristes, ces propositions de loi ont été déposées à la suite de la catastrophe du Rana Plaza afin d'éviter que les entreprises françaises soient à nouveau impliquées (directement ou indirectement) dans des drames similaires.

Outre les modifications et créations de dispositions dans les codes de commerce et civil, ces propositions de loi créent dans le Code pénal un régime de responsabilité en cas de survenance d'un dommage dans le cadre des activités économiques ou commerciales portant atteinte aux droits fondamentaux. Elle propose en outre une modification du code pénal pour constater un délit non seulement « *en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* », mais aussi en cas de manquement à une obligation « *de vigilance* » (Daoud E., Ferrari J. et Gourvez B., JCl. Traité Travail, Fasc. 1-50, Responsabilité sociétale des entreprises).

Ces propositions de loi non seulement reflètent les engagements pris par la France au niveau de l'ONU et de l'OCDE, mais consacrent également par des dispositions législatives un devoir de vigilance qui concerne directement la RSE et la prévention du risque pénal puisqu'elles ont, notamment, pour objet de co-responsabiliser les sociétés mères et les entreprises donneuses d'ordre dans les cas de violation des droits humains ou de catastrophes environnementales commises par leurs filiales ou leurs sous-traitants, en introduisant une obligation de moyen en matière de prévention de ces dommages.

L'entreprise pourra cependant s'exonérer de cette responsabilité si elle prouve qu'elle n'était pas informée d'une activité pouvant avoir un potentiel impact sur les droits fondamentaux ou qu'elle a tout mis en œuvre pour l'éviter.

L'on voit donc, là encore, l'intérêt pour les entreprises d'anticiper en prenant les mesures nécessaires pour prévenir les dommages liés à leurs activités.

Dans les domaines couverts par la RSE, les entreprises disposent donc d'outils pour prévenir le risque pénal. Si malgré le recours à ces outils, le risque pénal se réalise, le juge pénal pourra cependant utiliser l'engagement volontaire en matière de RSE pour moduler la peine dans les cas où l'entreprise a effectivement mis en œuvre tous les moyens nécessaires pour éviter la commission des infractions (Lobe-Lobas M., L'engagement volontaire RSE au service de la preuve pénale, Dr. env. 2014, n° 3, étude 4).

Mais s'il existe bien une certitude, c'est que les entreprises ne peuvent pas se contenter d'invoquer des principes ou des engagements éthiques à des fins purement marketing (*fair washing*), qu'elles n'auraient, *in fine*, aucune intention de respecter.

Dans son travail de recherche de responsabilité, le juge pénal ira en effet bien au-delà des apparences : il n'hésitera pas à sanctionner les entreprises qui chercheraient uniquement à profiter d'un effet d'annonce visant à améliorer leur image vis-à-vis des parties prenantes, sans pour autant respecter les engagements sur lesquels elles communiquent.

En conséquence, la formalisation de codes de bonnes pratiques, de chartes éthiques ne constitue en rien un sauf-conduit pénal s'ils ne sont pas suivis d'effet en pratique.

II. – RSE ET RÉPRESSION PÉNALE

La RSE joue un rôle indiscutable en matière de sanction des comportements et le juge sanctionne le décalage entre les engagements affichés par l'entreprise et ses pratiques effectives.

A. – La responsabilité pénale au travers des engagements éthiques

Dans les documents éthiques qu'elles produisent, les entreprises ont à cœur d'inclure des déclarations d'intention et préconisations afin de lutter contre des infractions relevant du droit pénal (telles que la corruption, le blanchiment, la fraude fiscale, le travail illégal, etc.).

Dès lors que ces objectifs de transparence sont inclus dans les normes éthiques émanant des entreprises, ils font partie du champ de la RSE et permettraient d'engager, sur ce fondement, la responsabilité pénale de ces personnes morales.

La jurisprudence démontre que, pour le juge pénal, les documents éthiques ne sont pas une cause d'irresponsabilité et ne sont pas de nature à remettre en cause la réalité de l'infraction. Ces documents éthiques peuvent même être considérés comme fictifs lorsqu'ils ne font que démontrer la volonté de l'entreprise de s'exonérer d'une éventuelle responsabilité, sans action concrète (Lobe-Lobas M., L'engagement volontaire RSE au service de la preuve pénale, Dr. env. 2014, n° 3, étude 4).

Par exemple, dans sa charte de déontologie, la société France Télécom avait pris l'engagement « *d'assurer* [à ses collaborateurs] *un environnement sain et sûr, et à favoriser le développement de leurs qualités professionnelles et de leurs responsabilités individuelles*

(...) ». Or, cet engagement n'a pas prémuni cette société d'une mise en examen pour homicide involontaire à la suite du suicide d'un salarié, étant précisé naturellement, qu'une information préliminaire est en cours et que cette société bénéficie de la présomption d'innocence (Daoud E., Dinh B., Ferrari J. et Gambette C., Gérer le risque pénal en entreprise, Lamy Axe Droit, 2011).

La méconnaissance d'un engagement de conduite peut encore être poursuivie sur le fondement de la tromperie ou des pratiques commerciales trompeuses (C. consom., art. L. 213-1 et L. 121-1), lorsque l'entreprise affiche publiquement ses engagements au regard du respect d'une certaine éthique et qu'elle ne les respecte pas, induisant ainsi en erreur le consommateur.

À cet égard, il ressort de la jurisprudence de la chambre criminelle que le juge pénal considère le code de conduite comme un critère d'appréciation du comportement du professionnel, et sanctionne, par exemple, au titre des pratiques commerciales trompeuses, les allégations environnementales mensongères ou de nature à induire en erreur (Cass. crim., 6 oct. 2009, n° 08-87.757 ; Robert J.-H., Pollueurs, menteurs et irresponsables, Dr. pén. 2009, comm. 153), même lorsque la société est tenue d'établir un bilan RSE (Cass. crim., 4 juin 2013, n° 12-85.174).

Plus généralement, lorsqu'un engagement de RSE ne correspond pas à la réalité, le juge pénal estime que l'entreprise adopte une attitude déloyale contraire à la réglementation en vigueur et aux usages, mais aussi à ses propres engagements éthiques (Cass. crim., 17 mai 2011, n° 10-87.646).

Par exemple, dans un arrêt du 17 mai 2011, la chambre criminelle a considéré comme coupable de pratiques commerciales trompeuses, une société qui n'a pas été en mesure de justifier l'origine de la viande se trouvant dans les barquettes étiquetées « *agneau du terroir* » alors qu'elle s'était engagée auprès d'une association interprofessionnelle à mettre en place un système de traçabilité de nature à garantir au consommateur final la certitude de la provenance de la viande.

Cette décision ainsi que d'autres similaires (Lobe-Lobas M., L'engagement volontaire RSE au service de la preuve pénale, Dr. env. 2014, n° 3, étude 410), rendues à propos d'engagements RSE contenus dans des codes éthiques ou des chartes éthiques, ont retenu que le débiteur de l'engagement RSE avait une obligation de mise en conformité avec l'information transmise aux parties prenantes vis-à-vis de ses engagements RSE.

Enfin, dans certains domaines couverts par la RSE et pour une catégorie d'infractions commises hors du territoire de la République par un français, le législateur français retient l'applicabilité de la loi française sans nécessité d'incrimination réciproque ni de plainte préalable de la victime ou de ses ayants-droit ou d'une dénonciation officielle. C'est notamment le cas de l'article 225-4-8 du code pénal (modifiée par la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 mentionnée précédemment) relatif à la traite des êtres humains.

Il est donc constant que la législation pénale est contraignante pour les entreprises dans les domaines également couverts par la RSE. Celles-ci s'exposent ainsi à un risque pénal accru et parfois sous-estimé lorsqu'elles s'engagent en matière de RSE (Daoud E. et Le Corre C., L'évolution de la responsabilité pénale des entreprises, Dr. env. 2012, n° 205).

B. – L'extension du champ de la responsabilité pénale

Le procès de l'Erika (Cass. crim, 25 sept. 2012, n° 10.82-938, arrêt dit *Erika*) témoigne d'une extension du champ de la responsabilité pénale des entreprises lorsque celles-ci ne respectent pas leurs engagements éthiques ou ne les font pas respecter tout au long de la chaîne d'approvisionnement (Daoud E. et Le Corre C., Pour plus d'éthique tout au long de la chaîne, Face au risque nov. 2014, n° 507).

Cette motivation est également celle qui a été retenue par la cour d'appel de Toulouse dans l'affaire *AZF*, reprise ici à titre d'exemple.

1) L'arrêt AZF du 24 septembre 2012

Dans l'arrêt *AZF* du 24 septembre 2012, la cour d'appel de Toulouse a, notamment, condamné le directeur de l'usine AZF pour homicides et blessures involontaires, après avoir constaté les dysfonctionnements dans la gestion des déchets industriels de l'usine, pour défaut de formation dispensée aux sous-traitants intervenants sur le site pour la gestion des déchets industriels de l'usine.

Plus encore, le sous-traitant chargé du tri au sein de l'usine, dont la faute a été reconnue par la Cour, a bénéficié d'un non-lieu, la juridiction ayant considéré que la faute constatée était personnellement imputable au directeur de l'usine qui ne s'était pas assuré de ce que le sous-traitant avait bénéficié de la formation suffisante sur les incompatibilités existant entre les produits chimiques présents sur le site de l'usine.

C'est dire dès lors si la responsabilité pénale du donneur d'ordres est entendue largement en droit interne.

Cette décision s'est en outre démarquée en ce que la responsabilité pénale a été concentrée sur le directeur de l'usine, alors même que les négligences constatées pouvaient être perçues comme relever de la politique de gestion des déchets mise en place par la direction dans son ensemble, et donc être imputées à la personne morale.

Même si l'arrêt précité a été frappé d'un pourvoi (la Cour de cassation rendra sa décision le 13 janvier 2015), il démontre cependant que les entreprises doivent maintenant faire face à une extension du champ de leur responsabilité pénale.

Deux affaires récentes concernant la société Samsung et le Groupe Auchan illustrent en outre que la responsabilité pénale de l'entreprise peut être étendue à des faits commis au-delà du territoire national et ayant trait à ses sous-traitants.

2) Les plaintes déposées contre Samsung et le groupe Auchan

a) La plainte déposée contre Samsung

Dans sa communication publique, la société Samsung se réclame d'une image d'« *entreprise citoyenne* » et « *socialement responsable* » et se targue, notamment, d'assurer le respect des droits des ouvriers qui fabriquent ses produits en s'imposant des codes de bonne conduite comportant des règles éthiques strictes. Samsung a même fait certifier un de ses smartphones comme « *socialement responsable* » en Suède (https://novethic. Fr/empreinte-terre/economie-circulaire/isr-rse/samsung-se-fait-certifier-en-suede-139800.html).

http://lamyline.lamy.fr

Pourtant, l'ONG China Labor Watch qui a infiltré une dizaine de fournisseurs de la marque coréenne, a rendu un rapport qui fait état de pratiques très éloignées des messages éthiques qu'elle véhicule : heures supplémentaires excessives, violation des règles fondamentales de santé et de sécurité, maltraitance des travailleurs et surtout, un recours massif au travail des enfants de moins de 16 ans.

Le 26 février 2013, les associations Sherpa, Peuples solidaires et Indecosa-CGT ont déposé une plainte contre Samsung pour « *pratiques commerciales trompeuses* », afin de faire reconnaître que les engagements éthiques de la marque constituent une publicité de nature à induire en erreur les consommateurs sur les conditions sociales de fabrication des produits qu'elle commercialise.

Samsung conteste toute faute pénale et tout manquement à son code éthique.

Une enquête préliminaire a été ouverte par le parquet de Bobigny.

b) La plainte déposée contre le groupe Auchan

Le 24 avril 2013, l'effondrement du Rana Plaza, immeuble situé dans la banlieue de Dacca au Bangladesh qui hébergeait des ateliers de confection de fournisseurs d'entreprises occidentales, a causé le décès de 1138 ouvriers et blessé plus de 2000 autres, mettant en lumière les conditions de sécurité déplorables dans ces ateliers et des salaires et conditions de travail misérables des salariés.

À la suite de cette catastrophe, les associations Sherpa Peuples solidaires et le collectif Éthique sur l'Étiquette ont déposé, le 24 avril 2014, une plainte contre le groupe Auchan.

Le parquet de Lille a ouvert une enquête préliminaire.

Dans leur plainte, les associations précitées se fondent sur un prétendu délit de pratique commerciale trompeuse pour faire grief au groupe Auchan de ne pas avoir respecté ses engagements éthiques, notamment en matière de droit social, sur lesquels il communique auprès des consommateurs, eu égard aux conditions de travail dans les ateliers de confection du Rana Plaza.

Sur ce fondement, les plaignantes tentent d'engager la responsabilité pénale du groupe Auchan, en sa qualité de donneur d'ordre, pour des faits ayant trait à ses sous-traitants, et ce bien que le groupe Auchan dénonce vigoureusement une sous-traitance sauvage.

En l'état, l'on ignore si les deux plaintes précitées déboucheront sur des condamnations pénales.

Ces deux affaires démontrent cependant qu'il s'agit désormais pour les entreprises de prendre conscience que l'impact économique et social de leurs activités et de celle de leurs sous-traitants, y compris au-delà du territoire national, se traduit également en des termes de responsabilité pénale (Daoud E. et Le Corre C., Pour plus d'éthique tout au long de la chaîne, Face au risque nov. 2014, n° 507).

B. – Cas particulier de la responsabilité pénale des sociétés mères

Dans le domaine environnemental, la responsabilité pénale des sociétés mères du fait de leurs filiales, sur le fondement de leurs engagements volontaires en matière de RSE, est désormais acquise, notamment depuis l'affaire de l'Erika (Cass. crim, 25 sept. 2012, n° 10.82-938, arrêt Erika).

Or, outre les hypothèses de catastrophes environnementales, il résulte des développements qui précèdent que la dynamique actuelle est celle d'une responsabilisation accrue des entreprises donneuses d'ordre (et notamment les sociétés mères) en cas de violations, notamment des droits de l'homme, commises par leurs filiales ou leurs sous-traitants.

À cet égard, les propositions de loi mentionnées plus haut des 7 novembre 2013 et 11 février 2014, visant à instaurer une obligation de vigilance pour les sociétés mères et les entreprises donneuses d'ordre à l'égard de leurs filiales, sous-traitants et fournisseurs, s'inscrivent dans cette perspective.

> ***Il s'agit désormais pour les entreprises de prendre conscience que l'impact économique et social de leurs activités et de celle de leurs sous-traitants, y compris au-delà du territoire national, se traduit également en des termes de responsabilité pénale.***

Toutefois, en droit français, le principe de l'autonomie de la personnalité morale de chacune des sociétés membres d'un même groupe prive ce dernier de personnalité juridique. Il existe ainsi un décalage puisque la société mère exerce, de fait en tant que tiers, un pouvoir sur ses filiales alors qu'aucune responsabilité juridique n'y est attachée (Ferrari J., La société mère peut-elle voir sa responsabilité engagée dans le cadre de la RSE ?, RLDA 2012/76, n° 4332).

Si, le droit de l'environnement permet de contourner le principe de l'autonomie juridique des sociétés (C. com., art. L. 233-5-1, issu de la loi *Grenelle II* ; C. env., art. L. 512-17, sur la responsabilité des sociétés mères à l'égard de leurs filiales), en matière pénale, l'article 121-1 du code pénal selon lequel « *nul n'est responsable pénalement que de son propre fait* », constitue un obstacle majeur à la recherche de la responsabilité de la société mère pour une infraction commise par sa filiale, en ce qu'il interdit qu'une personne soit sanctionnée si elle n'a pas participé personnellement à l'infraction.

La faute constitutive de l'infraction pénale qui est le fait générateur de la sanction est personnelle à la personne morale condamnée. Cette faute ne peut en aucun cas être transmise à une autre personne morale qui supporterait alors une responsabilité du fait d'autrui, que le droit pénal rejette.

Cependant, la société mère pourrait être poursuivie au titre de la complicité ou du recel. À cet égard, c'est surtout la prise en considération de la « *sphère d'influence* » (filiales mais également fournisseurs ou sous-traitants) par les tribunaux qui pourrait concrétiser le risque pénal.

Afin d'intégrer dans l'organisation une politique concrète de respect des droits de l'homme, la norme ISO 26000 vise comme domaine d'action la prévention de la complicité.

Au sens de la responsabilité sociétale, le concept de « *complicité* » vise une « *aide d'autrui à commettre des actes fautifs qui ne sont pas en cohérence avec les normes internationales de comportement ou qui ne respectent pas, actes dont l'organisation savait ou*

http://lamyline.lamy.fr

aurait du savoir, par l'exercice de son devoir de vigilance, qu'ils entraineraient des impacts négatifs considérables sur la société, l'économie ou l'environnement. Une organisation peut également être considérée comme complice lorsqu'elle passe sous silence de tels actes fautifs ou qu'elle en tire profit » (NF 26000, nov. 2010, 6.3.5.1).

Cet aspect de la responsabilité sociétale est mis en exergue car celle-ci doit être intégrée à l'environnement dans lequel évolue l'organisation, qui ne doit pas établir de partenariat avec d'autres organisations qui portent atteinte aux droits de l'homme.

La possibilité de poursuivre la société mère des chefs de complicité ou de recel reste néanmoins sans grande portée, si l'on ne parvient pas à poursuivre les entreprises en dehors des États dans lesquels elles ont commis leurs infractions.

En particulier, dans les groupes transnationaux, ces poursuites risquent de se heurter aux dispositions de l'article 113-S du code pénal qui prévoit que la loi pénale française est applicable à quiconque s'est rendu coupable sur le territoire de la République, comme complice, d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger si le crime ou le délit est puni à la fois par la loi française et par la loi étrangère et s'il a été constaté par une décision définitive de la juridiction étrangère.

L'on rappellera à ce titre que c'est sur ce fondement qu'une plainte avec constitution de partie civile avait été déposée en France par des villageois camerounais à l'encontre des dirigeants de la société SFID, société de droit camerounais et de sa société mère, la société française Rougier. Dans cette affaire, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris avait confirmé l'ordonnance d'irrecevabilité de la plainte considérant que les plaignants n'avaient pas apporté la preuve du crime ou délit dont la société mère française s'était prétendument rendue complice. La juridiction avait écarté par là même l'argument des plaignants selon lequel en raison de la corruption, la filiale camerounaise bénéficiait d'une impunité de fait.

Si ce rejet a pu être critiqué comme entérinant l'impunité dont peuvent bénéficier les multinationales dans certains États, il conduit surtout à constater que pour le moment, à notre connaissance, aucune action sur ce fondement n'a prospéré faute de preuve rapportée par les plaignants (Communiqué de presse du 19 févr. 2004, Les Amis de la Terre).

Par ailleurs, la jurisprudence adopte une position stricte dans la mise en œuvre de l'article 113-S. Elle est inflexible notamment sur l'exigence d'une condamnation définitive par la juridiction étrangère (Cass. crim., 29 janv. 2008, n° 07-82.872 ; Cass. crim., 12 avr. 2005, n° 04-82.318).

Or, il est à craindre que certains États soient peu enclins à poursuivre des entreprises amies.

Malgré ce qui précède, l'on doit garder à l'esprit que rien n'est impossible. Pour preuve, le législateur est déjà intervenu pour déroger au principe énoncé à l'article 121-1 du code pénal, afin d'améliorer l'efficacité de la répression pour certaines infractions.

Ainsi en est-il du travail dissimulé. Dans ce domaine, l'article L. 243-7-3 du code de la sécurité sociale (article issu de la loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008) instaure une responsabilité subsidiaire et solidaire de la société mère et de la société holding d'un groupe en cas de travail dissimulé.

Le dispositif instauré prévoit que, en cas de procès-verbal d'infraction de travail dissimulé dressé à l'encontre d'un employeur, si celui-ci appartient à un ensemble de personnes entre lesquelles un lien de dépendance ou de contrôle existe (au sens C. com, art. L. 233-1 et L. 233-3), la société mère ou la société holding de cet ensemble sont tenues subsidiairement et solidairement au paiement des contributions et cotisations sociales et au paiement des majorations et pénalités dues à la suite du constat. Leur solidarité financière pourra notamment être recherchée en cas de mise en œuvre de la procédure de redressement forfaitaire. Les organismes de recouvrement pourront donc valablement poursuivre la société mère ou la société holding en cas de défaillance de la filiale à l'encontre de laquelle a été dressé le procès-verbal d'infraction de travail dissimulé. Cette mesure est également applicable aux cotisants du régime agricole, et plus précisément aux employeurs de salariés agricoles (C. rur., art. L. 725-3-2).

Enfin, la Cour de cassation admet depuis longtemps que la responsabilité pénale des personnes physiques pour prêt de main d'œuvre et marchandage peut être influencée par les liens de groupe qui unissent les différentes sociétés bénéficiaires de l'opération illicite. La Haute juridiction a notamment admis cette analyse dans une espèce dans laquelle une société filiale avait été créée de toutes pièces pour fournir de la main d'œuvre à moindre coût à une autre société du groupe, retenant en outre « *le profit retiré par la société mère, utilisatrice de la main d'œuvre, l'intérêt de la filiale étant indissociable du sien* » (Cass. crim., 12 mai 1998, n° 96-86.479).

Au vu de ce qui précède, malgré le principe de l'autonomie de la personnalité morale, la recherche de la responsabilité pénale de la société mère ne doit pas être exclue, d'autant que depuis quelques années, s'est installé un courant pour défendre cette idée.

Un réaménagement des responsabilités au sein des groupes de sociétés semble ainsi se dessiner, même s'il est encore limité.

Mais les limites peuvent toujours être dépassées par les juges. L'arrêt *Akzo Nobel* rendu par la CJCE en 2010 en constitue une illustration, puisqu'il rappelle que le comportement d'une filiale peut être imputé à la société mère lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché. À cet égard, le fait que le capital soit détenu à 100 % constitue une présomption d'influence sur le comportement anticoncurrentiel (CJCE, 10 sept. 2010, aff. C-97/08, Akzo Nobel NV).

Certes, cette décision a été rendue en matière de concurrence, mais il n'est pas exclu qu'à l'avenir, le concept de l'unité économique du groupe soit appliqué à d'autres domaines intéressant la RSE.

Du reste, le raisonnement adopté par la cour d'appel dans l'arrêt précité de l'Erika se rapproche au plus près du raisonnement admis en droit de la concurrence. La juridiction d'appel a écarté la responsabilité pénale de la filiale au profit de celle de la société mère après avoir constaté, selon elle, que dans les faits, c'était la société mère qui exerçait un pouvoir de contrôle sur la marche de l'Erika, et non la filiale établie au Panama, pourtant seule partie contractante au contrat avec la société de location du navire. Pour fonder son jugement, la Cour constate que la filiale « *n'avait aucun effectif, pas de locaux au Panama où elle était immatriculée* (...),

http://lamyline.lamy.fr

pas d'autonomie ni juridique ni financière ». L'approche est donc similaire à celle suivie en droit de la concurrence. La cour d'appel relève plusieurs éléments concrets à ce titre comme le devoir du capitaine d'informer Total sur les opérations de chargement et de déchargement de la cargaison, l'obligation du capitaine de contacter Total en cas d'incident ou d'accident par le biais d'une ligne directe ou encore l'interdiction faite au capitaine d'accepter d'ordre d'autre personne sans l'accord de Total.

À la lumière de cet arrêt, en France, la responsabilité pénale de la société mère pour sa filiale étrangère peut donc être sérieusement envisagée.

S'agissant de la violation de droits couverts par la RSE et sous l'impulsion des actions menées par certaines ONG ou comités, le juge pénal français se montre particulièrement vigilant.

Par exemple, à la suite d'un signalement du comité contre l'esclavage moderne (CCEM) qui a permis l'ouverture d'une enquête, le tribunal correctionnel d'Evry a condamné en avril dernier le gérant d'une société d'appâts de pêche à cinq ans de prison (avec mandat de dépôt) et à verser aux victimes près de 350 000 euros de dommages et intérêts, pour avoir soumis deux personnes pendant 20 et 40 ans à des conditions de vie et de travail indignes (http://www.esclavagemoderne.org/011-793-Deux-esclaves-dans-l-Essonne.htmp ; www.lemonde.fr/societe/prison-ferme-pour-un-employeur-coupable-d-esclavage-moderne).

Par ailleurs, il est acquis que le juge pénal n'hésite pas à prononcer des sanctions à l'encontre des entreprises poursuivies pour des infractions qui constituent des manquements à des engagements relevant de la RSE.

Il est tout aussi acquis que le champ de la responsabilité pénale ne concerne plus seulement l'entreprise mais est étendu à ses parties prenantes, y compris au-delà du territoire national.

Ce mouvement de mise en œuvre de la responsabilité pénale des entreprises au titre d'un devoir de vigilance ou induite par leur sphère d'influence est de grande ampleur. Dans l'affaire du groupe Auchan mentionnée précédemment, la responsabilité de la société donneuse d'ordre est recherchée alors même que, d'après le groupe Auchan, la sous-traitance aux ateliers du Rana Plaza se serait effectuée au mépris des stipulations contractuelles l'unissant à ses fournisseurs. Indépendamment du sort de cette procédure, les conséquences de celle-ci en termes d'image et de réputation sont lourdes pour l'entreprise.

Aussi, d'ores et déjà et sans attendre un encadrement normatif qui tarde à se mettre en place, le développement du risque pénal pour les entreprises, tel que décrit plus haut, rend indispensable pour les opérateurs économiques de prendre la mesure de l'extension de leur responsabilité et les enjeux réputationnels y afférents, et de mettre en œuvre une maîtrise effective – et conforme à leurs engagements éthiques – de leur chaîne de production.

Cette nécessité est d'autant plus indispensable qu'il est aujourd'hui acquis que les parties prenantes – consommateurs, clients, actionnaires ou investisseurs potentiels – attachent une importance particulière, voire déterminante, à la traçabilité sociale de l'activité des entreprises.

À l'évidence, ignorer aujourd'hui l'impact de la RSE en droit pénal, constituerait une prise de risques inconsidérée en matière de management et de prévention du risque pénal pour l'entreprise, ses dirigeants et ses collaborateurs. Plutôt que de se soumettre aux aléas judiciaires, il convient d'appliquer la maxime de Marcel Jouhandeau « *la moralité n'est bien souvent qu'une affaire d'éclairage et tu es le gardien de ton propre phare* ». ■

http://lamyline.lamy.fr

Harcèlement et discrimination

Par Agnès CLOAREC-MÉRENDON

Associée, Avocat au Barreau de Paris
Latham & Watkins

Et Marion de CASTELBAJAC

Avocat au Barreau de Paris
Latham & Watkins

➔RLDA 5440

INTRODUCTION

La diversité et la santé et la sécurité au travail dans l'entreprise constituent aujourd'hui deux thèmes récurrents de la responsabilité sociale des entreprises.

La lutte contre les discriminations constitue, depuis un certain nombre d'années, un enjeu central du débat public et une priorité du législateur, qui n'a eu de cesse de renforcer les outils de lutte contre les inégalités et de promotion de la diversité. En attestent les deux propositions de loi récemment déposées en vue d'introduire une *class action* en matière de discrimination, sur le modèle de la *class action* venant d'être instaurée en matière de droit de la consommation. Il en va de même au niveau européen, puisque la lutte contre les discriminations constitue l'un des rares thèmes sociaux qui soit traité de manière approfondie par la réglementation européenne (directives du 23 septembre 2002 et du 13 décembre 2004 sur l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes ; directive du 27 novembre 2000 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, directive du 29 juin 2000 sur la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique, etc.). Elle fait également l'objet de nombreux textes internationaux, parmi lesquels on citera notamment la convention OIT n° 111, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et son protocole additionnel n° 12 du 4 novembre 2000, le Pacte Mondial de l'ONU, les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des multinationales ou encore la Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965. La lutte contre les discriminations participe, à cet égard, de la protection des droits fondamentaux des personnes.

De manière peut-être moins marquée mais croissante, la protection de la sécurité et de la santé des salariés est également une problématique patente. Elle fait l'objet de plus d'une quarantaine de conventions de l'organisation internationale du travail, et est protégée par la Charte sociale européenne, les principes directeurs de l'OCDE ou encore la directive du 12 juin 1989 visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail. Au niveau national, l'effet conjugué du législateur et du juge a donné à l'obligation de sécurité de résultat toute sa portée, et elle est devenue un risque juridique incontournable pour l'employeur, susceptible d'engager sa responsabilité par de nombreuses voies (versement de dommages et intérêts ; prise d'acte du salarié ou résiliation judiciaire aux torts de l'employeur ; absence de cause réelle et sérieuse du licenciement, etc.). La lutte contre le harcèlement moral et sexuel en constitue l'une des composantes centrales.

D'enjeux juridiques, ces thèmes se sont mués en véritables enjeux managériaux, réputationnels et commerciaux, notamment du fait de la pression médiatique résultant notamment de l'action de certaines organisations non gouvernementales, associatives et professionnelles. Rappelons ici l'écho donné par la presse à la condamnation de l'Oréal pour une offre d'emploi discriminatoire, confirmée en 2009 par la chambre criminelle de la Cour de cassation, ou encore à la mise en examen en 2012 des dirigeants de France Télécom pour harcèlement moral suite à la vague de suicides intervenus en 2008 et 2009 chez l'opérateur.

Ainsi, l'entreprise est aujourd'hui perçue comme un acteur premier de la promotion de la diversité, et est tenue responsable par l'opinion publique et le droit positif de la protection de ses salariés. À ce titre, la lutte contre le harcèlement et la discrimination participent de la responsabilité sociale des entreprises et fait aujourd'hui l'objet, de la part de nombreuses entreprises, d'une communication accrue et d'actions de prévention renforcées.

À ce titre, la lutte contre les discriminations et le harcèlement figure dans la plupart des engagements pris par les entreprises et les groupes, au travers des chartes ou codes éthiques ou encore des accords collectifs mis en place au niveau national, européen ou international (voir par exemple la Charte des valeurs d'Areva, la Charte éthique de l'Oréal, le Guide éthique de Veolia, et tout dernièrement l'accord collectif international d'Orange sur la santé et la sécurité, etc.).

Cette tendance est consacrée par l'inclusion de l'égalité de traitement et de la santé et la sécurité parmi les informations devant figurer dans le rapport annuel des sociétés tenues à une obligation de *reporting* extra-financier en application de la loi du 12 juillet 2010 dite « *Grenelle II* ». Plus précisément, doivent être abordées : les conditions de santé et de sécurité au travail ; le bilan des accords signés avec les organisations syndicales ou les représentants du personnel en matière de santé et de sécurité au travail ; les mesures prises en faveur de l'égalité entre les femmes et les hommes ; les mesures prises en faveur de l'emploi et de l'insertion des personnes handicapées ; la politique de lutte contre les discriminations (D. n° 2012 557, 24 avr. 2012). Ces informations doivent être vérifiées par un organisme tiers indépendant, ce contrôle donnant lieu à une attestation relative à leur présence dans le rapport ainsi

http://lamyline.lamy.fr

qu'à un avis motivé sur leur sincérité et les explications données par la société, le cas échéant, sur l'absence de certaines informations en application du principe anglo-saxon « *comply or explain* ». L'organisme tiers analyse notamment les procédures de contrôle interne et de gestion des risques mises en place par la société, et réalise des tests de détails tels que la consultation de sources documentaires, des vérifications sur site, etc.

Par ailleurs, l'essor de l'investissement socialement responsable et la prise en compte croissante des critères ESG (environnement, social, gouvernance) par les entreprises favorisent le recours spontané aux agences de notation extra-financière, afin de mettre en avant les efforts réalisés dans ces domaines. Dans ce contexte, les politiques de diversité et de lutte contre le harcèlement mises en œuvre par les entreprises sont évaluées et affectent la note attribuée.

Parallèlement à cela, l'intégration de ces problématiques à la gestion de l'entreprise est très fortement encouragée par le fait que la discrimination et le harcèlement font tous deux l'objet d'une répression pénale en sus de sanctions civiles. Se pose ainsi la question de l'articulation et de l'efficacité respective de ces deux logiques, la première s'inscrivant dans une démarche volontaire de prévention et de promotion de l'image de l'entreprise, tandis que la seconde est purement judiciaire.

L'analyse du système répressif du harcèlement et des discriminations fait apparaître qu'en dépit d'un arsenal législatif conséquent (I), sa mise en œuvre conduit à des résultats dont l'effectivité doit être questionnée (II). Pour autant, au regard des objectifs poursuivis, il constitue un facteur certain de renforcement de la prévention du harcèlement et des discriminations.

I. – LES INSTRUMENTS DE LA RÉPRESSION DU HARCÈLEMENT ET DE LA DISCRIMINATION

Définition des incriminations

Les dispositions du Code pénal relatives au harcèlement sexuel, au harcèlement moral et à la discrimination sont rédigées de manière à couvrir un éventail particulièrement étendu de situations, s'inscrivant à ce titre dans un mouvement plus large de pénalisation du droit du travail, d'ailleurs souvent critiqué (Segonds M., Le droit pénal du travail : hétérodoxie ou orthodoxie ?, Dr. Pén. 9 sept. 2013).

En premier lieu, le harcèlement sexuel est défini depuis la décision du Conseil constitutionnel du 4 mai 2012 et la loi du 6 août 2012 (L. n° 2012-954, 6 août 2012) à l'article 222-33 1° du code pénal, comme « *le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante* ».

Par ce texte, adopté dans l'urgence, du fait du vide législatif laissé par la censure du Conseil constitutionnel, le législateur a tenté d'opérer une conciliation entre le souhait des associations de victimes de voir adopter une incrimination large, et la nécessité de lui apporter la précision dont elle manquait. Il n'est pas certain qu'il y soit parvenu. Les comportements visés ne sont en effet définis que par leur connotation sexuelle – laquelle peut d'ailleurs prêter à débat – et, principalement, par leurs effets. Concernant ces derniers, les termes employés frappent par leur subjectivité : dégradant, humiliant, intimidant, hostile ou offensant, sont autant de qualificatifs au sens variable et subjectif, susceptible de couvrir des situations diverses. La nouvelle définition ainsi instaurée, si elle présente indéniablement davantage de précision que l'ancienne, laisse néanmoins une marge d'appréciation considérable aux juges du fond et a à ce titre été accueillie par la doctrine avec un certain scepticisme. Notamment, l'absence de référence à la volonté du harceleur d'obtenir une satisfaction sexuelle rend la distinction entre harcèlement sexuel et harcèlement moral malaisée, cette dernière qualification étant, selon certains, suffisante dans bien des cas, à sanctionner les comportements décrits par l'article 222-33.

L'article 222-33 du code pénal, 2°, énonce par ailleurs qu'est assimilé harcèlement sexuel « *le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers* ». On a pu reprocher à ce texte d'instaurer une « *présomption irréfragable d'intention* » à l'encontre du prévenu (Conte Ph., Invenias disjecti membra criminis : lecture critique de la nouvelle définition du harcèlement sexuel, Dr. Pén. 2012, étude 24), dans la mesure où il dispense d'apporter la preuve que l'auteur des agissements visait réellement à obtenir des faveurs sexuelles.

Concernant par ailleurs le harcèlement moral, il est défini par l'article 222-33-2 du code pénal comme « *Le fait de harceler autrui par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* ». Ici encore, les agissements visés ne se définissent que par leurs effets, qu'ils soient avérés ou non, recherchés ou non, et ce sans que leur nature ne soit définie, si ce n'est qu'ils doivent être répétés. Ainsi, l'absence de volonté de nuire ou d'humilier la victime ne suffit pas à empêcher la condamnation (Cass. crim., 24 mai 2011, n° 10-87.100). L'élément matériel s'en trouve ainsi considérablement amenuisé, et de fait, il ressort de la jurisprudence que sont appréhendés des comportements assez variés, tels que le fait d'affecter un salarié à un poste de travail pénible pendant plus de trois mois alors qu'il résultait d'un accord avec les représentants du personnel qu'une telle affectation ne devait pas dépasser une journée (Cass. crim., 25 nov. 2008, n° 08-81.727), de se moquer régulièrement d'un collègue (Cass. crim., 12 déc. 2006, n° 05-87.658), ou encore de priver un salarié de certaines de ses attributions (Cass. crim., 5 févr. 2013, n° 11-89.125).

S'agissant en dernier lieu de la discrimination, la liste des motifs discriminatoires figurant aux articles 225-1 et 225-1-1 du code pénal est régulièrement complétée et vise aujourd'hui, sans les hiérarchiser : l'origine, le sexe, la situation de famille, la grossesse, l'apparence physique, le patronyme, l'état de santé, le handicap, les caractéristiques génétiques, les mœurs, l'orientation ou l'identité sexuelle, l'âge, l'opinion politique, les activités syndicales, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion, et, depuis la loi du 21 février 2014, le lieu de résidence. Les distinctions opérées entre les personnes du fait qu'elles ont subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel constituent également une discrimination illicite, et ce y compris si les agissements de harcèlement sexuel ne présentaient pas le caractère de répétition conditionnant normalement la répression.

http://lamyline.lamy.fr

Les agissements visés vont au-delà des seuls rapports de travail puisqu'ils incluent non seulement le refus d'embaucher, le fait de sanctionner, de licencier une personne, ou de subordonner une offre d'emploi à un critère discriminatoire, mais aussi, notamment, le refus de fourniture d'un bien ou d'un service, ainsi que le fait d'entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque.

Les acteurs de la répression

La répression du harcèlement et de la discrimination est accentuée par l'intervention d'un large panel d'acteurs.

En premier lieu, le Défenseur des droits, ayant hérité des missions anciennement dévolues à la HALDE, dispose de prérogatives relativement étendues en matière de lutte contre les discriminations (en ce compris le harcèlement moral et le harcèlement sexuel, qui sont assimilés à des discriminations par les articles L. 1152-2 et L. 1153-2 du code du travail).

La personne s'estimant victime d'une discrimination peut saisir le Défenseur des droits d'une plainte. La même possibilité est offerte aux associations régulièrement déclarées depuis cinq ans et ayant pour objet la lutte contre les discriminations. Le Défenseur des droits peut alors procéder à des auditions, recueillir toute information lui apparaissant nécessaire sans que son caractère secret ou confidentiel ne puisse lui être opposé, et effectuer des vérifications sur place.

Lorsqu'il constate des faits constitutifs d'une discrimination, le Défenseur des droits peut, si ces faits n'ont pas déjà donné lieu à la mise en mouvement de l'action publique, proposer à l'auteur des faits une transaction consistant dans le versement d'une amende transactionnelle dont le montant ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique, et 15 000 euros s'il s'agit d'une personne morale, et est fixé en fonction de la gravité des faits et des ressources de l'auteur. Outre une amende transactionnelle, le Défenseur des droits peut proposer dans ce cadre l'affichage d'un communiqué, la transmission d'un communiqué aux représentants du personnel, la diffusion d'un communiqué dans une publication de presse, ou la publication de la décision au sein de l'entreprise. La transaction doit ensuite être transmise au procureur de la république pour homologation, qui peut toutefois refuser de l'homologuer en raison de la gravité des faits ou s'il considère que l'infraction n'est pas constituée.

Le Défenseur des droits a par ailleurs la possibilité d'informer le procureur de la république des faits portés à sa connaissance s'ils sont constitutifs d'un crime ou d'un délit, ce dernier devant informer le Défenseur des droits des suites données à cette transmission.

Par ailleurs, l'inspection du travail joue en la matière un rôle conséquent. Elle dispose en effet de pouvoirs d'enquêtes qu'elle peut décider de mettre en œuvre lorsqu'elle est alertée par un salarié d'agissements de harcèlement ou de discrimination. Surtout, l'inspection du travail est expressément chargée, aux termes de l'article L. 8112-2 du code du travail, de constater les infractions commises en matière de discrimination, de harcèlement moral et de harcèlement sexuel. En application de l'article L. 8113-7 du code du travail, les inspecteurs constatent ces infractions par des procès-verbaux qui font foi jusqu'à preuve du contraire. Ces procès-verbaux sont transmis au procureur de la République.

D'autre part, la Cour de cassation admet que les organisations syndicales puissent agir devant les juridictions pénales sur le fondement de l'atteinte à l'intérêt collectif de la profession en cas de discrimination (Cass. crim., 29 oct. 1996, n° 94-85.028, Bull. crim., n° 379 ; CA Lyon, 10 nov. 2008, n° RG : 07/05345), ou de harcèlement moral, dans la mesure où celui-ci présente parfois une dimension collective (Cass. crim. 15 mars 2011, n° 09-88.627), mais pas en cas de harcèlement sexuel, considéré comme étant strictement individuel (Cass. crim., 23 janv. 2002, n° 01-83.559, Bull. crim., n° 12). Par ailleurs, en matière de discrimination, l'article L. 1134-2 du code du travail les autorise à introduire une action en justice sans mandat de la victime, à condition de l'en avoir informée préalablement et qu'elle ne s'y soit pas opposé dans un délai de 15 jours. En matière de harcèlement moral et sexuel, les syndicats doivent en revanche disposer d'un mandat écrit de l'intéressé (C. trav., art. L. 1154-2).

Par ailleurs, concernant plus spécifiquement la discrimination, les associations ayant pour objet la lutte contre les discriminations interviennent très fréquemment dans ce type de contentieux au soutien des victimes, lorsqu'elles n'en sont pas les instigatrices. L'article 2-1 du code de procédure pénale consacre ce rôle en permettant à toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, se proposant par ses statuts de combattre le racisme ou d'assister les victimes de discrimination fondée sur leur origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse, d'exercer les droits reconnus à la partie civile, à condition néanmoins d'avoir recueilli l'accord de la victime. Des dispositions similaires sont prévues par l'article 2-2 au profit des associations ayant pour objet la lutte contre les violences sexuelles, en cas de harcèlement sexuel.

Les sanctions

Les sanctions auxquelles exposent les infractions de harcèlement et de discrimination sont loin d'être négligeables et ont tendance à s'alourdir au fil des réformes. On oublie par ailleurs souvent qu'au-delà des peines principales d'emprisonnement et d'amende, des peines complémentaires, parfois lourdes de conséquence, peuvent être prononcées.

Le délit de discrimination fait encourir trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende à son auteur. Lorsqu'elles sont prononcées à l'encontre de personnes morales, ces peines sont quintuplées et peuvent s'accompagner des peines complémentaires suivantes : interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement l'activité professionnelle à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise ; placement sous surveillance judiciaire ; fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ; exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ; peine de confiscation et affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique (C. pén., art. 225-4 et 131-39).

Le harcèlement sexuel et le harcèlement moral sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. En cas de harcèlement sexuel, ces peines peuvent être portées à trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende dans certaines circonstances, notamment lorsque l'auteur abuse de l'autorité que lui confère ses fonctions, ou lorsque la victime est un

http://lamyline.lamy.fr

mineur de 15 ans, lorsqu'elle présente une particulière vulnérabilité due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, apparente ou connue de l'auteur (C. pén., art. 222-33, III).

Les personnes morales et physiques coupables de ces infractions encourent également la peine complémentaire d'affichage ou de diffusion de la décision prévue à l'article 131-35 (C. pén., art. 222-50-1). Les personnes physiques coupables de l'infraction encourent par ailleurs les peines complémentaires prévues aux articles 222-44 et 222-45 qui incluent notamment l'interdiction d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise.

II. – UNE EFFECTIVITÉ INCERTAINE

Les difficultés de preuve

En premier lieu, en matière de harcèlement sexuel et moral, comme en matière de discrimination, conformément à l'article 121-3 du code pénal, doit être démontrée la conscience qu'a l'auteur de se livrer à l'infraction qui lui est reprochée. En pratique, cette preuve peut s'avérer extrêmement difficile à rapporter.

De fait, en matière de harcèlement, cette difficulté a pour effet de conduire le juge pénal à négliger la caractérisation de l'intention pour se concentrer sur la preuve de la matérialité des faits. Cette preuve peut néanmoins elle-même s'avérer délicate à rapporter, dans la mesure où le salarié ne bénéficie pas de l'aménagement applicable devant les juridictions prud'homales, qui l'autorise à n'établir que des faits permettant de présumer l'existence d'un harcèlement, à charge pour l'employeur d'apporter la preuve contraire. Néanmoins, la difficulté dans laquelle peut se trouver le salarié d'obtenir des témoignages et attestations de ses collègues, résultant de la crainte d'être sanctionné (quand bien même le Code du travail interdit en théorie de sanctionner un salarié ayant témoigné dans ce cadre – C. trav., art. L. 1152-2 et art. L. 1153-3) – difficulté qui justifie ce régime de preuve favorable – est atténuée devant les juridictions pénales puisque les témoins convoqués par le procureur et les parties ne peuvent refuser leur concours. Ainsi, en pratique, l'écueil peut résider davantage dans la marge d'appréciation dont disposent les juges quant à la qualification de l'infraction du fait de la rédaction incertaine des textes, que dans les modalités de preuve.

À titre d'exemple, les critiques récurrentes de l'employeur à l'égard d'un salarié, s'accompagnant du certificat d'un psychologue faisant état d'un manque de confiance du salarié en sa hiérarchie, la survenance d'un accident du travail du fait de la pression subie quant au temps passé pour accomplir les tâches, suivie de son licenciement pour inaptitude physique, ainsi que le fait pour l'employeur d'avoir fait téléphoner au salarié pendant son arrêt de travail pour s'assurer de la réalité de celui-ci, relèvent de l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur et ne constituent donc pas des faits de harcèlement moral (Cass. crim., 18 janv. 2011, n° 10-83.389).

De la même manière, l'arrêt d'appel qui constate que l'employeur faisait des réflexions à une salariée sur sa lenteur, l'avait mise à l'écart des autres, et avait appliqué la convention collective de manière erronée, laissant croire à sa rétrogradation, pour en déduire l'existence d'un harcèlement moral, ne caractérise pas des agissements répétés sortant de son pouvoir de direction et ayant pour objet ou effet une dégradation de ses conditions de travail (Cass. crim., 14 févr. 2012, n° 11-84.697).

> *Le harcèlement sexuel et le harcèlement moral sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.*

En matière de discrimination, une difficulté supplémentaire provient du fait que le salarié doit également rapporter la preuve d'un dol spécial, celui de l'intention discriminatoire. Il suffit à l'employeur, pour écarter cette intention, de justifier d'un autre motif pour expliciter ses agissements, non-discriminatoire celui-ci, alors que le Code du travail prévoit, lui, que le salarié doit uniquement rapporter la présence d'éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination. Cet aménagement de la charge de la preuve au civil n'est pas applicable au pénal puisqu' il contrevient à la présomption d'innocence régissant cette matière.

Pour tenter de pallier cette difficulté il a été, dans un premier temps, admis par la jurisprudence, puis, dans un second temps consacré par le législateur, la pratique du *testing*. Cette dernière consiste à reproduire artificiellement une situation propice à la discrimination pour constater comment réagit une entreprise soupçonnée (C. pén., art. 225-3-1 –cela peut par exemple consister en l'envoi de curriculum vitae fictifs). Néanmoins, il ressort de la jurisprudence que le recours à cette technique de preuve ne s'avère pas décisif, quand bien même il produirait des résultats que l'on peut qualifier de concluants. Ainsi, alors qu'il était ressorti d'une opération de *testing* qu'une discothèque avait refusé l'entrée à trois personnes d'origine magrébine, au motif que l'établissement était « *bondé et que seuls les habitués étaient admis* », alors qu'ils avaient, au même moment, laissé entrer deux couples de personnes d'origine européenne qui n'avaient pas la qualité d'habitué, la chambre criminelle de la Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la cour d'appel qui avait relaxé le prévenu au motif que l'établissement accueillait une clientèle de différentes origines ethniques au moment où les plaignants, d'origine étrangère, s'étaient vus refuser l'entrée (Cass. crim., 12 oct. 2004, n° 04-80.624). S'agissant des statistiques du nombre de condamnations publiées par le Ministère de la justice, on regrettera qu'elles classent ensemble la diffamation et la discrimination, de la même manière qu'elles ne distinguent pas le harcèlement sexuel de l'agression sexuelle sans circonstance aggravante. À titre indicatif, on relèvera néanmoins qu'en 2012, la première catégorie d'incrimination a fait l'objet de 598 condamnations, tandis que la seconde a fait l'objet de 1545 condamnations.

La faiblesse des sanctions

Par ailleurs, une critique récurrente réside dans la faiblesse des sanctions prononcées. Le caractère parfois jugé disproportionné des peines sanctionnant les infractions de harcèlement et de discrimination se trouve en effet confirmé par le montant des condamnations prononcées par les juridictions. Elles consistent très rarement en des peines d'emprisonnement fermes, les peines d'emprisonnement avec sursis sont le plus souvent comprises entre un et trois mois, et les montants des amendes sont très inférieurs aux maxima. Les statistiques du Ministère de la justice (à lire sous les réserves exposées plus haut), font apparaître que les amendes fermes s'élèvent à un montant moyen de 1212 euros pour

http://lamyline.lamy.fr

les infractions de discrimination et diffamation, et de 1437 euros pour les infractions de harcèlement sexuel et agression sexuelle sans circonstances aggravantes. Par contre, les sociétés craignent les effets induits par la publication des condamnations, de plus en plus fréquemment ordonnées par les juges en ces matières.

Les conséquences financières des condamnations sont d'autant moins importantes que l'on connaît la tendance du juge pénal à être moins généreux que le juge prud'homal dans le montant des dommages et intérêts octroyés aux victimes.

On relèvera dans le même sens le caractère anecdotique de l'action du Défenseur des droits en matière pénale : en 2012 comme en 2013, seule une transaction pénale a été mise en œuvre, et 7 avis ont été rendus devant les juridictions pénales, tandis que 15 dossiers ont été transmis au parquet en 2013, contre 2 transmissions en 2012 (Défenseur des droits, rapports d'activité 2012 et 2013).

Néanmoins, il ne nous semble pas pour autant qu'il faille en déduire que la répression pénale du harcèlement et de la discrimination soit inefficace ou inutile. Seulement, ses effets résident ailleurs que dans la condamnation proprement dite.

En premier lieu, les entreprises craignent tout autant, si ce n'est davantage, l'engagement de poursuites pénales à leur encontre que la condamnation en elle-même. Comme le relève très justement un auteur, sa portée symbolique, et l'exposition médiatique à laquelle il donne souvent lieu, cause en lui-même un préjudice parfois conséquent, nonobstant la présomption d'innocence (Gamet L., Critique du droit pénal du travail, Dr. soc. 2014, p. 446). Les poursuites, et *a fortiori* la condamnation, quel qu'en soit le montant, peuvent avoir un impact non négligeable sur l'image du prévenu, sa carrière lorsqu'il s'agit d'une personne physique, ou son accès à certains marchés lorsqu'il s'agit d'une personne morale.

L'essor de la RSE et des critères ESG et les attentes renforcées qui en découlent vis-à-vis des entreprises amplifient par ailleurs considérablement la nuisance d'une telle condamnation sur la réputation des personnes physiques et morales. Il ressort d'ailleurs nettement de la pratique que la menace du pénal, lorsqu'elle est évoquée dans le cadre d'une consultation, produit souvent, bien plus que le risque prud'homal, un effet déterminant sur la prise de décision finale. En ce sens, la menace du procès-verbal par l'inspection du travail pour inciter un employeur à corriger son comportement, est devenue un véritable outil de contrôle (Gamet L., Critique du droit pénal du travail, Dr. soc. 2014, p. 446).

En outre, la multiplicité des acteurs susceptibles d'être impliqués en matière de discrimination et de harcèlement (telles que les associations de victimes d'agression sexuelle, ou de lutte contre les discriminations, ou les organisations professionnelles), eux-mêmes comptables de leurs réalisations auprès du public, tend à accroître fortement la visibilité de telles poursuites et, le cas échéant, des condamnations en découlant, et par conséquent le risque réputationnel.

Pour ces raisons, la RSE présente un lien direct avec la répression pénale des infractions de harcèlement et de discrimination. La gestion du risque réputationnel passe en effet, à deux égards, par la mise en œuvre de politiques de prévention du harcèlement et de promotion de la diversité. D'une part, lorsqu'elles ne sont pas purement cosmétiques, la mise en place au sein de l'entreprise de procédures, d'actions de sensibilisation et de formation ou encore de mécanismes d'alerte, en agissant sur les causes premières de la commission de ces infractions, réduit par définition le risque contentieux. D'autre part, quand bien même elles n'auraient pas permis, dans un cas précis, d'empêcher la réalisation de ce risque, ces politiques sont prises en compte favorablement non seulement par les juridictions, mais également par les acteurs associatifs et syndicaux. Les entreprises exemplaires en termes de sécurité et de diversité sont moins la cible de l'action associative ou syndicale, qui concentre généralement ses efforts sur les structures présentant de véritables lacunes en ces domaines. ■

http://lamyline.lamy.fr

L'impact des mutations normatives de la RSE sur la responsabilité des investisseurs et donneurs d'ordre

Le paysage normatif de la RSE a profondément évolué ces dernières années et plusieurs enseignements peuvent en être tirés. Parmi lesquels une porosité croissante entre le droit souple et le droit dur, facteur d'exposition à de nouvelles responsabilités juridiques pour les donneurs d'ordre recourant à des chaînes d'approvisionnement complexes ou lors d'opérations de fusions et acquisitions.

Par Yann QUEINNEC
Directeur Général d'Affectio Mutandi

Et Pierre-Samuel GUEDJ
Président Général d'Affectio Mutandi

→RLDA 5441

I. – LES MUTATIONS NORMATIVES DE LA RSE FACTEURS DE NOUVEAUX RISQUES SOCIÉTAUX, JURIDIQUES ET RÉPUTATIONNELS

A. – Hard Law et Soft Law, une porosité normative grandissante

Une étude publiée en juin (Soft Law violation & Liability – Towards Fiduciary Duty 2.0, Affectio Mutandi et Kepler Cheuvreux, Juin 2014) démontre avec force d'exemples la matérialité des risques liés aux enjeux environnementaux, sociaux et de gouvernance. L'analyse des mutations normatives et leur mobilisation croissante par les organisations de la société civile qui ont appris à articuler outils de *soft-law* et *hard-law* a permis de dégager un enseignement : nous entrons dans une ère de judiciarisation croissante de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE).

Pour comprendre ces mutations à l'œuvre, revenons sur la production ces dernières années de standards, recommandations, guidelines, etc. qui établissent peu à peu l'état de l'art des meilleures pratiques et cohabitent avec les dispositions de *hard law*.

L'environnement normatif de la RSE est constitué à la fois d'outils de *hard law*, droit dur, dont la violation est sanctionnée, et d'outils dits de *soft law*, ou droit souple (selon la sémantique retenue d'ailleurs par le Conseil d'État qui y a consacré son étude 2013) de nature essentiellement volontaire. Ainsi, une entreprise qui se prétend sociétalement responsable se doit avant toute chose de respecter le droit qui lui est applicable, mais doit aussi de plus en plus se conformer à des normes volontaires, dont l'inventaire exhaustif serait vain tant il constitue une jungle normative.

Attardons nous cependant sur les quelques institutions bien connues qui constituent une source fondamentale du droit souple : l'OCDE, l'ONU, l'ISO, l'Union européenne, ou encore l'Organisation internationale du travail. Ces institutions ont émis des recommandations (depuis 1976 pour l'OCDE et l'OIT) et connu ces trois dernières années une période de stabilisation comme en témoignent la révision des principes directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales, l'adoption de la norme ISO 26000 et des Principes Directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de l'ONU. La commission européenne a conforté ces évolutions normatives en définissant la RSE comme « *la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société* » (COM(2011) 261 « responsabilité sociale des entreprises : stratégie européenne 2011-2014). Dix ans auparavant la définition était libellée ainsi : « *l'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes* ». L'insistance sur le caractère volontaire de la RSE a disparu, traduisant combien son environnement normatif mêle droit dur et droit souple, ainsi que le montrent les enquêtes préliminaires en cours en France pour violation de codes de conduite.

Deux outils méritent une attention particulière. Les principes directeurs de l'OCDE, qui au-delà de leur substance (les thématiques allant des droits de l'homme à la protection de l'environnement et des consommateurs en passant par la corruption), ont imposé aux États signataires (46 à ce jour) de mettre en place un Point de Contact National (PCN) qui offre ses bons offices et est amené à jouer un rôle de médiateur sur la base de saisine de parties prenantes victimes ou témoins de manquements. Les ONG et les syndicats sont les deux catégories de parties prenantes qui mobilisent le plus ce dispositif, dit de « *circonstance spécifique* », entrée en

http://lamyline.lamy.fr

vigueur en 2001. La publication d'informations sur ces procédures (au moment de la recevabilité du dossier, de l'ouverture, de la clôture et du suivi du processus de médiation) constitue autant un levier de contrainte médiatique, qu'un précieux corpus de bonnes pratiques (*cf.* Queinnec Y., Penglaou M.-S. - De l'utilité des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, RLDA 2013/84, n° 4688).

L'International Standard Organisation (ISO) s'est aussi intéressée au sujet de la responsabilité sociétale en publiant en septembre 2011 la norme ISO 26 000 qui est assez symbolique des mutations normatives à l'œuvre (Cadet I., La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux, RIDE, 2010/4, p. 401 ; Capron M., Quairel-Lanoizelée F., Turcotte M.-F., ISO 26000 : une norme hors norme, Economica, 2010). Dans son processus de construction tout d'abord. Plus de 90 délégations nationales multi parties prenantes se sont réunies pendant 5 ans, à raison de deux réunions annuelles. 42 organisations liées se sont associées au dispositif (ONU, OCDE, OMS, OMC, etc.). Dans son objet aussi : la norme ISO 26 000 ne se limite à l'entreprise et vise la responsabilité sociétale des organisations, qu'elles soient à but lucratif ou non. Concrètement, l'ISO 26000 a établi un langage commun aux entreprises, aux syndicats, aux ONGs ou encore aux communautés de communes. Toutes les organisations qui disposent d'une personnalité juridique sont susceptibles, si elles se prétendent sociétalement responsables, d'utiliser l'ISO 26000, afin de mettre en place des stratégies combinant les enjeux sociaux, environnementaux et de gouvernance.

Un mot aussi sur les Nations Unies qui ont produit des Principes Directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme adoptés par le conseil des droits de l'homme de l'ONU en juin 2011 d'où émerge une définition, commune avec les principes directeurs de l'OCDE, de l'exigence de prévenir et réparer les dommages sociétaux : « *Afin d'identifier leurs incidences sur les droits de l'homme, prévenir ces incidences et en atténuer les effets, et rendre compte de la manière dont elles y remédient, les entreprises doivent faire preuve de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme* » (Principes Directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter, réparer » des Nations Unies principe n° 17).

B. – Vigilance et Influence, deux notions clés

Deux notions émergent de cet environnement normatif comme des points cardinaux.

La notion de vigilance entend répondre à l'épineuse question : comment prévenir la survenance de dommages sociaux ou environnementaux dans le cadre de mon activité ?

Observons que si la communication de la Commission Européenne du 25 octobre 2011, tout comme les principes directeurs de l'OCDE et de l'ONU, ont retenu le terme de « *diligence* », associé ou non au terme « *raisonnable* », alors que la norme ISO 26000 utilise les termes « *devoir de vigilance* », l'ensemble de ces appellations renvoie à une même exigence. Il s'agit pour l'essentiel d'une obligation de moyens enjoignant l'entreprise à identifier, prévenir et d'atténuer les effets négatifs sociaux, environnementaux et économiques, réels et potentiels qui résultent de ses décisions et activités.

Répondre à cette exigence passe par le respect de la législation nationale au premier chef, mais aussi des grands standards précités, auxquels se réfèrent les chartes éthiques ou code de conduite. La mise en place de *process* d'audit des usines des fournisseurs, afin de s'assurer qu'elles sont conformes au respect de l'ensemble des engagements de RSE du donneur d'ordre est, par exemple, la réponse la plus répandue.

La notion de sphère d'influence (Doucin M., Loeve B., L'analyse des notions de « *due diligence* » et de « *sphère d'influence* » dans le contexte du respect des droits de l'homme par les entreprises : enjeux de la définition du champ d'application des standards en matière de RSE, Cahiers de droit de l'entreprise, mai 2010, n° 3), quant à elle, pose deux grands défis. Il n'est plus seulement attendu d'une entreprise qu'elle réduise ses impacts négatifs, mais qu'elle maximise sa contribution au développement durable. Évidemment, cette affirmation contredit certains principes traditionnels du droit des affaires. Nulle question de RSE ou prise en compte des enjeux du développement durable dans l'article 1832 du code civil qui définit le contrat de société comme « *un contrat aux termes duquel des personnes mettent en commun du numéraire, du savoir-faire, des brevets, pour générer du profit, voire des économies* ». Cette définition présente dans tous les droits du monde et qui est en quelque sorte l'ADN de toute entreprise à but lucratif, est devenue trop étroite. Elle ne résiste plus aux engagements, rapports et campagnes de communication utilisant les ressorts de la RSE. Un leader responsable se fait aujourd'hui un point d'honneur à constamment améliorer son empreinte environnementale, sociale ou économique (Guedj P.-S. et Nzegang F., Les risques de communication liés aux normes et engagements internes pris par l'entreprise : l'exemple de la RSE, entre éthique et business – *in* Hugues, Bouthinon, Dumas, Communication juridique et judiciaire, éd. Larcier, coll. Droit, management et stratégies, 1re édition à paraître en mai 2015). Remarquons que le statut de *Benefit Corporation* adopté par plusieurs États américains ou le projet de loi Macron pour la croissance et l'activité, qui propose de modifier l'article 1833 du code civil en ouvrant la notion d'intérêt social à la prise en compte des enjeux de RSE, sont des illustrations parlantes de cette mutation.

Cet environnement normatif brièvement brossé, les organisations de la société civile apprennent à le mobiliser, générant une nouvelle génération de risques juridiques.

C. – Terrain de jeu normatif pour les parties prenantes offensives

Hier l'apanage des départements communication des entreprises, les termes des codes de conduite sont aujourd'hui soumis à une attention juridique soutenue (« *Si l'on admet que la juridicité ne réside ni dans la contrainte, ni dans l'existence d'une sanction coercitive, mais dans la force normative – qui se constate par l'effectivité de la norme – on doit conclure que le code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées est un instrument juridique. Son appartenance au droit souple lui confère de multiples avantages tenant en particulier à l'intensité variables des normes qu'il formule* » - Paclot Y., La juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, Rev. Sociétés, 2011, p. 395). Les conditions d'assimilation des chartes éthiques au règlement intérieur (La circulaire du 19 novembre 2008 a fixé en France les conditions d'assimilation des chartes éthiques au règlement intérieur - Circulaire DGT 2008/22 du 19 nov. 2008), la résiliation d'un contrat de concession motivée pour manquement aux règles éthiques (CA

http://lamyline.lamy.fr

Orléans, 9 oct. 2008, n° RG: 08/01898, *cf.* Trébulle F.-G., préc., p. 16., *cf.* Boutonnet M., *op. cit.*), les enjeux de protection des droits des salariés dans les dispositifs d'alerte éthique (Cass. soc., 8 déc. 2009, n° 08-17.191, Bull. civ. V, n° 276), la condamnation de Toyota pour *greenwashing* (TGI Nanterre, 24 oct. 2012), ou encore la reconnaissance d'une faute de témérité dans le dossier Erika à l'encontre de Total, faute d'avoir respecté la procédure volontaire de *vetting* (Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 10-82-938, Bull. crim., n° 198), démontrent comment un phénomène symbolique du droit souple devient objet d'attention du législateur et des juges.

> ***L'environnement normatif de la RSE expose les investisseurs, même minoritaires, aux risques environnementaux, sociaux et de gouvernance.***

Ce phénomène de porosité normative est exacerbé depuis que la violation d'un code de conduite est entrée dans la définition de l'infraction de pratique commerciale trompeuse (Dir. Parl et Cons. n° 2005/29/EC, 11 mai 2005, transposée en 2008 dans l'article L. 121-2 du code de la consommation). En témoignent les enquêtes préliminaires en cours en France à l'encontre de Samsung et Auchan, poursuivies pour des violations alléguées dans leur chaîne d'approvisionnement.

Ainsi, l'ensemble des normes de RSE exigeant d'une entreprise qu'elle formalise ses engagements, les chartes de bonne conduite, codes éthiques, et autres expressions d'engagements sur les sujets environnementaux, sociétaux, de gouvernance, etc. prolifèrent et sont devenus autant de points d'appui pour les parties prenantes.

Cette tendance qui contraint les entreprises à répondre et se justifier est exacerbée par une utilisation stratégique du web qui permet une diffusion des interpellations toujours plus rapide et globale, portant des atteintes constantes et pérennes à la réputation des entreprises et de leurs dirigeants, à la confiance accordée par les parties prenantes.

Observons que ses plaintes articulant *hard law* et *soft law* viennent compléter les expériences judiciaires initiées depuis 2002 par l'association Sherpa qui cherche à responsabiliser les sociétés mères par rapport aux pratiques de leurs filiales étrangères, particulièrement celles évoluant dans des pays à gouvernance perfectible (*cf.* Queinnec Y, La responsabilité sociale des entreprises à l'épreuve des droits fondamentaux, *in* Trébulle F.-G. et Uzan (dir.), Responsabilité sociale des entreprises – Regards croisés Droit et Gestion, Economica, 2011).

Ces initiatives judiciaires, la stabilisation des outils de *soft law* dédiés aux enjeux de RSE et l'impact émotionnel de drames comme celui du Rana Plaza (24 avril 2013) ont concouru au dépôt d'une proposition de loi sur le devoir de vigilance aujourd'hui très débattue (Proposition de loi n° 1524, de M. Le Rous et autres relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 novembre 2013).

Cette proposition déposée par plusieurs députés de la majorité, co-construite avec la Clinique de droit de Sciences Po, SHERPA et d'autres ONG, est née du constat des grandes difficultés, parfois insurmontables, rencontrées par les victimes pour obtenir réparation de dommages. Elle ouvre un champ de questionnement sur l'exercice, l'efficacité et *in fine* la sécurité juridique des mesures de diligence/vigilance mises en place par les entreprises (*cf.* Queinnec Y., Brabant S., De l'art et du devoir de vigilance, RLDA 2013/88, n° 4881). Cette initiative, avec d'autres (Le UK Bribery Act ou la section 1502 de la loi US Dodd-Franck sur les conflict minerals – Vytopil A.-L., « The conflict Minerals Rules – Private Alternatives ? », 2013 Dovenschmidt Quaterly 2, n° 3, p. 152-159), alimente une réflexion au niveau européen qui annonce une directive en la matière…

II. – PRÉVENIR LES RISQUES DANS LES OPÉRATIONS DE FUSIONS ET ACQUISITIONS

La RSE a désormais vocation à s'appliquer à toutes les activités des sociétés et les opérations de fusions acquisitions ne sont pas épargnées. La question n'est plus de savoir s'il est nécessaire d'intégrer ces dimensions environnementales, sociales et de gouvernance (ESG), mais de savoir *comment* le faire et en particulier comment identifier, mesurer et atténuer de nouveaux facteurs de risques susceptibles d'impacter autant la valorisation du goodwill que le périmètre des garanties de passif.

A. – De nouveaux facteurs de risques pour les investisseurs !

Si les risques à ce jour se sont concentrés sur les entreprises, on observe une montée en puissance de la pression sur les investisseurs (Soft law violation & Liability, towards Fiduciary Duty 2.0, Affectio Mutandi, Kepler Cheuvreux, 16 juin 2014). La société civile et les ONG s'attaquent à présent aux financements des projets et des actifs susceptibles d'entraîner des violations de droits fondamentaux, de porter atteinte aux communautés locales, d'entrainer des pollutions, etc. Bien articulé par les parties prenantes, l'environnement normatif de la RSE expose les investisseurs, même minoritaires, aux risques environnementaux, sociaux et de gouvernance.

Ainsi, depuis plusieurs mois, Greenpeace, dans le cadre de sa campagne climat, questionne les dirigeants et administrateurs d'entreprises du secteur extractif et de compagnies d'assurance, en mettant en exergue les risques de mise en cause de leur responsabilité civile ou pénale, qu'ils encourent faute de prendre en compte ces enjeux dans l'exercice de leur activité. De son côté, la branche britannique de l'ONG *Friends of Earth* a publié un rapport sur l'investissement par des fonds de pensions de retraites dans 23 multinationales basées en Grande Bretagne, connues pour être impliquées ou présumées associées à des cas d'accaparement des terres des communautés pauvres et autochtones en Afrique, en Asie et en Amérique latine, et de violation des droits fondamentaux. Quant au WWF, c'est par une pleine page dans le Financial Times du 3 mars 2014 qu'il interpelle les investisseurs sur des investissements mettant en péril le parc naturel de Virunga en RDC.

Autre phénomène marquant, la position d'actionnaire minoritaire n'est plus un facteur de sous-exposition. Les notions encore en développement de sphère d'influence et de diligence raisonnable, sont au centre des stratégies d'interpellation et bousculent les frontières de la responsabilité.

L'affaire visant la NBIM, bras financier du fond pétrolier norvégien est de ce point de vue très éclairante. En 2012, plusieurs organisations non-gouvernementales soumirent une plainte au Point de contact national (PCN) norvégien. Les griefs portaient sur la mau-

http://lamyline.lamy.fr

vaise évaluation des impacts environnementaux et sociaux d'un projet d'extraction et exploitation d'acier en Inde mené par POSCO (entreprise Sud-coréenne). La question posée au PCN était de savoir si la NBIM (détenant 0,94 % dans POSCO) avait respecté les obligations de diligence requises par les Principes directeurs de l'OCDE (Chap. II, section A, § 12 des Principes directeurs). En mai 2013, le PCN conclut que sa qualité d'actionnaire minoritaire n'exonérait aucunement NBIM de son obligation de respect des Principes directeurs, qu'il n'avait pas pris les mesures appropriées pour empêcher ou atténuer les externalités négatives liées à ses investissements dans POSCO et lui reprocha plus généralement l'absence de stratégie de diligence adaptée aux risques de violation des droits de l'homme par les entreprises dans lequel le fonds investit.

Cette décision visant un acteur pourtant reconnu pour ses efforts en matière d'investissement socialement responsable a constitué un tournant et accéléré les travaux menés par l'OCDE dans le cadre de son groupe de travail sur le secteur financier. Elle fait aussi échos aux travaux développés par le Thun Group of Bank réunissant sept banques internationales sur les nouvelles diligences à mettre en œuvre pour répondre aux exigences issues des principes directeurs de l'ONU sur les entreprises et droits de l'homme (UN Guiding Principles on Business and Human Rights - discussion paper for Banks on Implications of Principles 16-21, Thun Group of Banks, oct. 2013).

Au-delà des risques strictement juridiques, et des dommages réputationnels évidents issues de mobilisations de parties prenantes offensives, l'acceptabilité sociale de projets d'investissements devient décisive au risque de générer des pertes financières considérables : Shell abandonna ses concessions d'exploitation pétrolières sur le territoire Ogoni au Nigeria suite aux résistances locales en 2008, au Pérou les protestations vigoureuses de 2011 coupèrent court à trois projets miniers représentant plus de 6 milliards de dollars d'investissement. Dès lors, il s'agit de gagner la bataille de l'opinion et de l'acceptation de tout projet, même en Europe.

B. – Les opérations de fusions/acquisitions concernées par ces nouveaux risques

Devant des attentes et actions des parties prenantes qui s'intensifient avec inventivité à l'égard des investisseurs, ces derniers doivent désormais adapter et démontrer leur propre responsabilité sociétale. Dans l'exercice de leur activité il devient crucial d'identifier et de mesurer les potentiels risques juridiques, sociétaux et réputationnels. Maîtriser leur articulation est un facteur de sécurisation des opérations de fusion acquisition et d'efficacité des garanties de passif.

Parmi les nouvelles questions auxquelles un investisseur est tenu d'apporter des réponses, plusieurs sont particulièrement délicates à appréhender. Mes engagements sont-ils en adéquation avec les standards internationaux ? Sont-ils en phase avec les attentes et perceptions de mes parties prenantes ? Les moyens mis en œuvre répondent-ils aux attentes et perceptions de mes parties prenantes meilleures ennemies ? Quelles seront les nouvelles perceptions de l'opinion publique ?

Si plusieurs initiatives sont à l'œuvre (les travaux de l'OCDE, Due diligence in the financial sector : adverse impacts directly linked to financial sector operations, products or services by a business relationship, June 2014, ou encore ceux du Thun Group of Bank précités), elles opèrent en ordre dispersé et en sont encore à leurs balbutiements. C'est pourtant dès maintenant qu'il convient de prévenir les risques qui peuvent, ainsi que l'a démontré la catastrophe de Bhopal, se déclarer des décennies après les faits. Rappelons en effet l'impact de la catastrophe de Bhopal en 1984 dans l'opération de rachat en 2001 de *Union Carbide* par *Dow Chemical*. Le cessionnaire hérita, faute de diligences raisonnables mises en place lors de l'achat, de la dette que le cédant devait acquitter auprès des milliers de victimes directes et indirectes de l'explosion de l'usine de pesticides. 30 ans après les faits, la justice indienne continue d'assigner *Dow Chemical*, une audience est programmée au 14 mars 2015.

C. – La qualité de l'information conditionne la qualité des investissements

Présentée par François Hollande lors de la campagne présidentielle de 2012 comme « *une bonne information à donner aux actionnaires* », la notation sociale des entreprises ne fait toujours pas l'objet d'une obligation légale à l'instar du *reporting* social et environnemental. Elle rentre cependant dans les usages. On constate en effet que de plus en plus de fonds d'investissement recourent à des outils permettant d'évaluer précisément les performances ESG des entreprises : questionnaires ESG, grilles d'évaluations, benchmarks, due diligences d'acquisition spécifiques, etc.

Ces instruments émergents doivent être considérés avec la plus grande attention. Ils sont susceptibles d'influer autant sur l'évaluation des actifs que le périmètre des garanties de passif.

Entre la pression grandissante exercée par les régulateurs (lois NRE, Grenelle II ou encore la directive sur l'intégration d'information extra-financière adoptée par le Parlement européen le 15 avril 2014), les nombreuses initiatives multi parties prenantes à l'œuvre (Global Reporting Initiative ou l'International Integrated Reporting Council), les demandes d'informations exprimées par les ONGs sur des projets controversés ou encore les actionnaires (notamment à travers l'introduction récente du vote consultatif sur le *Say on Pay*), tous les éléments sont réunis pour une montée en puissance et en qualité des outils de gouvernance et en particulier du *reporting* extra-financier.

D. – Vers une évolution des devoirs de vigilance et l'émergence d'un devoir de réponse

Les rapports Fiduciary Duty II de l'UNEP FI et du cabinet juridique Freshfields publiés en 2005 et 2009 (Fiduciary responsibility, legal and practical aspects of integrating ESG issues into institutional investment, a follow up to the AMWG's 2005 Freshfields Report, UNEPFI, juillet 2009) avaient permis d'apporter des éléments de base sur l'intégration des enjeux environnementaux, sociaux et de gouvernance par les investisseurs. L'étude précitée (Soft Law violation & Liability – Towards Fiduciary Duty 2.0, *op. cit.*) identifie un rapprochement entre les *fiduciary duties* du droit anglo-saxon et les obligations professionnelles des banques développées en droit continental, parmi lesquelles les biens établis devoirs de loyauté, de conseil ou de vigilance (*cf.* Mathey N., La portée du devoir de vigilance, RD bancaire et fin., 2013, n° 5, p. 93).

De ce contexte émerge aussi un devoir de réponse en cas de mise en cause des entreprises pour non-respect de leurs engagements volontaires (Soft Law violation & Liability – Towards Fiduciary Duty 2.0,

p. 92]. Face aux attentes de justification de la société civile et des opinions publiques, la clarté des réponses apportées devient une nouvelle mesure de diligence et pour porter ses fruits ce devoir de réponse nécessite une véritable préparation des entreprises et en particulier des investisseurs. L'identification et la maitrise de ces nouveaux risques nécessite de développer une approche hybride et d'inventer de nouvelles diligence au croisement des risques juridiques, sociétaux et réputationnels. Cette tendance devient pour les investisseurs, et leurs conseils, cabinets d'avocats et banques d'affaires, une opportunité de gagner en crédibilité, de réduire les risques et d'être en mesure de répondre au mieux aux interpellations de parties prenantes.

En combinant l'analyse des nouvelles formes de mobilisation des parties prenantes et des mutations normatives, il est possible de concevoir un dispositif de prévention des risques adapté aux investisseurs. Cette *diligence compact* repose sur une procédure de « *Know, Watch, Alert, Influence and Remediate* » [Soft Law violation & Liability – Towards Fiduciary Duty 2.0, p. 90 et s.], permettant de répondre aux transformations du devoir de vigilance vers une responsabilité élargie à la sphère d'influence d'une organisation.

III. – PRÉVENIR LES RISQUES DANS LES CHAÎNES D'APPROVISIONNEMENT COMPLEXES

A. – Les défis d'une responsabilité étendue à toute la chaîne d'approvisionnement

Les donneurs d'ordre sont confrontés au défi de chaînes d'approvisionnement complexes, porteuses de risques sociaux, environnementaux et de gouvernance comme l'a dramatiquement illustré l'accident du Rana Plaza du 24 avril 2013 au Bangladesh. À l'instar du devoir de réponse émerge pour les investisseurs, les donneurs d'ordre doivent composer avec l'exigence grandissante de preuves de l'exercice de leurs diligences. L'article 93 de la loi relative à l'économie sociale et solidaire sur la transparence des conditions sociales de fabrication d'un produit [L. n° 2014-856, 31 juill. 2014] et la proposition de loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses en témoignent.

> ***En combinant l'analyse des nouvelles formes de mobilisation des parties prenantes et des mutations normatives, il est possible de concevoir un dispositif de prévention des risques adapté aux investisseurs.***

En étant tenue de démontrer le respect de son devoir de vigilance, le donneur d'ordre se voit donc incité à organiser ce qui constitue en quelque sorte une obligation de prévention active. Ses contours peuvent d'ailleurs se lire à l'aune des recommandations telles que les principes directeurs de l'OCDE qui précisent que « *Si une entreprise s'aperçoit qu'elle risque de contribuer à une incidence négative, elle devrait alors prendre les mesures nécessaires pour interrompre ou pour empêcher cette contribution et user de son influence pour atténuer les incidences résiduelles dans toute la mesure du possible. On considère qu'il y a influence lorsqu'une entreprise a la capacité de faire modifier les pratiques néfastes de l'entité responsable du dommage* » [Commentaire n° 19 des principes directeurs de l'OCDE, le même libellé se retrouvant dans les commentaires du Principe n° 19 émis par l'ONU, voir Queinnec Y., La notion de sphère d'influence au cœur de la RSE, lecture juridique d'un phénomène normatif, Journal des Sociétés, Juillet 2012, p. 67].

Parmi les moyens à mettre en œuvre, les entreprises sont invitées à recourir à l'outil contractuel [l'ISO 26000 para. 7.3.3.2 ou encore le Principe Directeur de l'ONU n° 17 dont le commentaire indique que « *la diligence raisonnable doit être mise en œuvre (...) dès le stade de l'élaboration des contrats* »]. Le phénomène de contractualisation des engagements de RSE déjà à l'œuvre [voir Boutonnet M., Le contrat et le droit de l'environnement, RTD civ. 2008, p. 1 ; Hennebel L. et Lewkowicz G., La contractualisation des droits de l'homme. De la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique, in Lewkowicz G. et Xifaras M. (dir.), Repenser le contrat, Dalloz, Méthodes du droit, 2009, p. 221. Dans le même esprit, voir. Maurin L., Contrat et droits fondamentaux, L.G.D.J., Tome 545, 2013, n° 443, p. 335 et s., voir aussi Vytopil L., Contractual Control and Labour-Related CSR Norms in the Supply Chain : Dutch Best Practices, Utrecht Law Review, vol. 8, Issue 1, January 2012 et Queinnec Y. Sustainable Contracts – A Legal innovation Aimed at Serving the Common Good ?, *in* Bonanni C., Lépineux F. and Roloff J. (dir), Social Responsibility, Entrepreneurship and the Common Good – International and interdisciplinary Perspectives, 2012, Palgrave Macmilan] ne cesse de se renforcer.

Parmi les récentes expressions de cette réponse contractuelle aux enjeux de RSE figure le Guide des Achats responsables sur le marché international publié par l'Alliance du Commerce publié en juin 2014. Ce guide répond aux recommandations émises par le Point de Contact français de l'OCDE à la demande du ministère du commerce extérieur français suite au drame du Rana Plaza [Rapport sur la mise en œuvre des principes directeurs de l'OCDE dans la filière textile-habillement, PCN français, 3 décembre 2013] et en particulier celle dédiée à la contractualisation des engagements de RSE [Recommandation n° 1, voir l'Annexe 16 du rapport].

Alors que nombre de donneurs d'ordre dont les étiquettes ont pu être retrouvées sur les lieux du drame n'ont pu que constater être victimes d'une sous-traitance « *sauvage* » confiée aux ateliers du Rana Plaza, par leurs sous-traitants de rang 1, la question qu'il convient de résoudre est : pourquoi certains sous-traitants de rang 1, dument agréés, prennent-ils le risque de sous-traiter en violation des termes contractuels qui les lient à leurs donneurs d'ordre ?

Il est apparu qu'une partie de la réponse réside dans la nature des relations contractuelles qui les unissent. Si le recours à des clauses dites « *RSE* » par lequel le donneur d'ordre enjoint son sous-traitant de respecter ses engagements, est devenu usuel et constitue un facteur indéniable de sensibilisation à ces enjeux tout au long des chaines d'approvisionnement, elles n'ont pas rempli à ce jour leurs objectifs.

Deux raisons principales expliquent ce phénomène. D'une part, ce transfert au sous-traitant des engagements du donneur d'ordre pêche par leur imprécision. Leur libellé se solde fréquemment par le renvoi à des exigences trop générales, pas ou peu formalisées qui nuisent à l'efficacité des mécanismes contractuels sensés consolider les exigences ESG.

Plus problématique encore que la substance des engagements, quel que soit leur degré de précision, leur respect peut se trou-

http://lamyline.lamy.fr

ver mis à mal par la combinaison d'autres clauses qui nuisent aux objectifs ESG en contredisant l'économie générale du contrat. Il résulte de l'observation des pratiques que l'articulation des conditions contractuelles « *classiques* » (objet, prix, conformité, livraison, pénalités, allocation des responsabilités, etc.) avec des dimensions sociétales (reprise d'engagements éthiques, modalités de vérifications, alertes, etc.) n'est pas optimale ou, en d'autres termes, que les effets vertueux de l'intégration croissante des secondes sont encore aujourd'hui largement neutralisés par les premières.

L'une des solutions préconisée dans le guide consiste à créer un triptyque inédit d'obligations (obligations fondamentales, obligations de diligence, obligations d'influence), enjoignant les entreprises adhérentes à adapter leurs conditions générales d'achat pour établir des contrats durables. Il s'agit de rééquilibrer des relations afin d'éviter que les sous-traitants, soumis à des injonctions contradictoires, n'opèrent des arbitrages malheureux.

Les trois catégories d'obligations ont vocation à mieux circonscrire les références aux standards et lier de façon plus précise les parties avec une allocation plus équilibrée des responsabilités. Le guide fait état de clauses à proscrire, parmi lesquelles celles qui ont pour effet de faire peser le coût des audits ou la responsabilité (y compris en cas de dommage réputationnel pour le donneur d'ordre) exclusivement sur le fournisseur ou son sous-traitant. D'autres pratiques contractuelles sont encouragées qui portent sur la durée des contrats et leurs conditions économiques, la mutualisation des audits, l'établissement d'une responsabilité conjointe en cas de non-conformité sociale d'un produit, ou encore l'organisation de mécanismes de résolution des litiges et l'implication de parties prenantes externes.

Le grand défi résidera dans l'établissement de limites à ces mesures de diligence pour répondre à d'épineuses questions encore largement irrésolues : jusqu'où les mesures de diligence doivent-elles s'exprimer, quelles sont les frontières de ma sphère d'influence ? (cf. Entreprises transnationales et droits de l'homme – À la recherche des combinaisons normatives adaptées, Queinnec Y. et Bourdon W., Journal Européen des Droits de l'Homme, avr. 2013).

Parmi les critères à considérer figure celui de la gravité des dommages, mentionné d'ailleurs dans la proposition de loi sur le devoir de vigilance. Si le texte ne précise pas un seuil de gravité entraînant le déclenchement de la vigilance, les entreprises ne sont pour autant pas dépourvues de points de repères. Des raisonnements par analogie peuvent être opérés à travers des décisions sur la mise en danger d'autrui, le principe de précaution ou le manquement à des obligations professionnelles, telle que le devoir de vigilance des acteurs financiers. De plus aux termes notamment des principes directeurs de l'ONU (dont le commentaire du principe n° 14 précise que « *La gravité des incidences sera établie en fonction de leur ampleur, de leur portée et du fait de savoir si elles sont irrémédiables ou non* ») et de l'OCDE, l'exercice de cette influence est attendu lorsque la gravité des incidences négatives et leur probabilité de survenance sont avérées. Transposés par exemple aux défis de la filière textile au Bangladesh, les facteurs déclenchant d'une diligence raisonnable étaient tous réunis avant l'effondrement dramatique du Rana Plaza.

Sans constituer la panacée, la voie contractuelle présente l'intérêt d'être immédiatement mobilisable pour prévenir et atténuer les risques ESG. Elle nécessite de développer une ingénierie normative entre outils de *soft-law* et *hard-law* et de co-construire ces innovations contractuelles afin de satisfaire les attentes et perceptions de parties prenantes de plus en plus expertes et offensives. ■

http://lamyline.lamy.fr

(Re)structurations socialement responsables : de nouvelles frontières d'innovation sociale. Quelles responsabilités pour l'entreprise et ses dirigeants ?

Par Sabine LOCHMANN

Directrice générale de BPI group
Cabinet leader de l'accompagnement RH des transformations

Et Jean-Marie THUILLIER(*)

Directeur des practices et de l'innovation de BPI group

→ RLDA 5442

Les restructurations d'entreprises sont malheureusement toujours d'actualité : les médias ne cessent de compter des épisodes ou projets difficiles et conflictuels, mettant en exergue les oppositions entre salariés, directions, partenaires sociaux, territoires et acteurs institutionnels. Quel est le vécu réel au niveau des entreprises ? Quelles sont les innovations en matière de restructurations pouvant changer la donne ? Quelle responsabilité, juridique et morale, pour l'entreprise et ses dirigeants dans ce cadre de projets de réorganisation au sein de l'entreprise ? Comment appliquer le concept de RSE à ces événements, désormais réguliers dans chaque organisation ?

Le concept de « *re-structuration socialement responsable* » est celui d'une responsabilité négociée, exercée en amont, au cours et en aval des processus de restructuration. L'idée sous-jacente est qu'une entreprise dispose de multiples façons de restructurer mais qu'une pratique responsable est à la fois possible et souhaitable au sens où elle s'avère bien plus efficace lorsqu'elle équilibre les intérêts de toutes les parties prenantes dans l'entreprise, voire à l'extérieur.

L'objectif ? La construction de solutions socialement responsables et économiquement acceptables. Pour notamment éviter le contentieux pénal, civil et administratif et créer les conditions d'un dialogue social équilibré et fertile en piste de solutions (accords de méthodes, innovations, coopérations élargies...). Pour, également, renforcer la compétitivité de notre territoire tant les dirigeants et leurs équipes se seront focalisés dè façon authentique sur la création de valeur.

I. – LA RSR, UN CONCEPT PRAGMATIQUE QUI RÉCONCILIE INNOVATION SOCIALE ET DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE

Les restructurations s'inscrivent désormais dans un mouvement généralisé et continu de l'économie qu'il s'agit de normaliser en tant que nouvelle dynamique économique. Elles posent de nouvelles questions économiques, sociales, environnementales et territoriales impliquant des responsabilités nouvelles pour chacun des acteurs et des formes de cogestion et de coresponsabilité partagées entre ces derniers.

La notion de « *restructuration* » même s'envisage et se définit de façon plus ou moins restrictive ou extensive dans une perspective internationale.

En France, on associe les restructurations aux « *plans de licenciement collectif* » (plus de 10 emplois sur une période de 30 jours, au sens du Code du travail). Depuis la loi de modernisation sociale de 2002, on les nomme PSE – « *plan de sauvegarde de l'emploi* » –, son objet étant de mettre en place des mesures sociales d'accompagnement du retour à l'emploi, en interne (reclassement interne) ou à l'extérieur des frontières de l'entreprise (reclassement externe). Néanmoins, la notion juridique de PSE recouvre des réalités bien différentes : à la fois, des plans sociaux détruisant de nombreux emplois et très médiatisés (lesquelles représentent faut-il le rappeler moins de 10 % des sorties d'emploi), des opérations beaucoup plus limitées ou encore des plans sociaux impactant de manière significative le corps social d'une entreprise, ou au contraire une frange marginale des effectifs. L'ampleur des impacts individuels et collectifs des PSE dépend grandement de ces différents facteurs.

Dans l'univers anglo-saxon, la notion de « *restructuring* » est plus large et désigne toute réorganisation d'ampleur, qu'elle conduise ou pas à supprimer des emplois.

L'encadrement juridique des procédures de restructurations est aussi une variable clé de compréhension des différences entre

(*) Nous souhaitons particulièrement remercier Philippe BIGARD et Anne LEMAITRE pour leurs contributions actives à cette réflexion collective.

http://lamyline.lamy.fr

pays. En France, il s'inscrit dans un cadre juridique notoirement contraignant, auquel la loi de sécurisation de l'emploi (LSE) est venue apporter quelques assouplissements.

Comment dès lors définir la notion de restructuration socialement responsable ? Elle se caractérise par trois dimensions principales : anticipation, réduction des externalités négatives à chaud et gestion de « *l'après-restructuration* ».

Les restructurations socialement responsables supposent en effet en premier lieu que les parties prenantes se placent dans une démarche d'anticipation, visant à éviter autant que possible de futures suppressions d'emploi. Cette démarche prend place au niveau de l'entreprise, dite apprenante grâce à un dialogue social à réinventer (dynamiques individuelles et collectives) mais aussi à l'extérieur de ses frontières, dans les bassins d'emploi où elle est localisée, au niveau d'une filière métier ou encore du fait du non-respect de certaines réglementations très restrictives en vue de protéger le consommateur final.

Dans l'entreprise, elle consiste à anticiper les évolutions de l'activité pour être en mesure de s'engager dans une démarche de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences.

Se donner les moyens d'anticiper les évolutions de son/ses activité(s) permet aussi d'anticiper en amont les éventuelles fermetures de sites et d'envisager dans des conditions réalistes des alternatives à la fermeture, à travers notamment la recherche de repreneurs, partant, d'aboutir à ré industrialiser le site précédemment fermé.

À l'extérieur des frontières de l'entreprise, plusieurs acteurs ont un rôle à jouer :

- Les fédérations et organisations professionnelles : de par la connaissance des secteurs d'activité qu'elles fédèrent, elles sont un échelon clé du travail d'anticipation de l'évolution des marchés, et donc des métiers.
- Les États et administrations publiques, tant au niveau national qu'aux niveaux communautaire ou international : elles sont garantes de l'élaboration de systèmes économiques et sociaux permettant le déploiement de logiques anticipatrices : cadre légal des restructurations, système de formation initiale et continue, système d'assurance chômage, etc.
- Les acteurs des écosystèmes économique et institutionnel des sites en restructuration : entreprises de leur filière métier, élus des collectivités locales, interlocuteurs de l'administration du travail, maisons de l'emploi, etc. Chacun est porteur d'un certain nombre de leviers pour une démarche socialement responsable, le défi consistant à fédérer et à coordonner les efforts de tous ces acteurs.

En deuxième lieu, les restructurations, lorsqu'elles comportent des suppressions d'emplois, sont socialement responsables lorsque les parties prenantes s'attachent à en réduire au maximum les externalités négatives. Cela passe par une politique d'accompagnement du retour à l'emploi efficace et qualitative, incluant un enjeu de résultat dans le repositionnement des salariés sur le marché de l'emploi ou de l'activité professionnelle. Partant, l'entreprise, ses élus comme les salariés doivent intégrer que la réalité à date de l'embauche est à plus de 80 % celle du CDD et non du CDI.

En dernier lieu enfin, il s'agit de se soucier de l'après-restructuration et d'accompagner les salariés « *restants* », en recréant de l'engagement et en remobilisant le corps social autour et vers un projet d'avenir.

Depuis novembre 2010, la norme internationale ISO 26 000, issue du travail collaboratif d'une centaine de pays durant cinq ans auquel BPI group a activement contribué, définit les principes moteurs de la RSE à destination des organisations.

Elle n'est pas un outil de certification des organisations et relève au contraire de la « *soft law* » : elle définit des « *lignes directrices* » pour l'action et non des exigences (<http://www.iso.org/iso/fr/home/standards/iso26000.html>). Pour rappel, les chapitres de la norme relevant directement des restructurations sont les suivantes : « *conditions of work and social protection* », « *employment and employment relationships* » et « *International Labour Organization principles* ».

II. – UN CADRE LÉGAL ET DES OUTILS OPÉRATIONNELS FAVORABLES

L'ANI du 11 janvier 2013, repris dans la loi de sécurisation de l'emploi, donne aux entreprises installées en France un cadre désormais adapté ainsi que des outils opérationnels, pour optimiser l'innovation sociale, minimiser les risques liés à la soudaineté d'une annonce de restructuration et faire en sorte que le plan de sauvegarde de l'emploi ne soit utilisé qu'en dernier recours.

Le premier anniversaire de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 passé, et alors même que tous les effets ne peuvent en être à ce jour mesurés dans un contexte économique marqué depuis 2008 par une crise sévère, au moins en France, il parait plus que jamais nécessaire de se demander ce que signifie en pratique conduire des restructurations de façon socialement responsables.

Le concept en lui-même est simple, rappelons-le : il s'agit de réduire autant que possible les externalités négatives pour les différentes parties prenantes impactées, aux plans économique, social, industriel et humain. Qui plus est au moment où la RSE semble bien s'installer durablement et réellement dans le management des entreprises, il s'agit d'un objectif incontournable, d'ailleurs de plus en plus pris en compte par les agences de notation, au-delà même des agences de notation non financière connues pour leur engagement en termes de « *croissance durable* ».

La notion de « *Responsabilité Sociale des Entreprises* », apparue dans les années 1960 et diffusée largement dans les années 1990, est définie par la Commission européenne comme étant « *la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société* » (<http://www.developpement-durable.gouv.fr/Qu-est-ce-que-la-responsabilite.html>).

Nous sommes convaincus qu'il est possible de progresser vers une meilleure prise en compte et une meilleure gestion de ces externalités négatives.

Comme pour tout ce qui relève de la RSE, il en va aussi de l'intérêt bien compris des entreprises : ce qu'une entreprise refuse de payer à court terme, elle le paiera à moyen terme.

Ainsi, ne pas investir au moment de la négociation et la mise en œuvre d'un PSE dans des mesures favorisant réellement le retour

http://lamyline.lamy.fr

à l'emploi de tous les salariés impactés, c'est prendre un risque financier direct et indirect, lequel s'exprimera à moyen terme : image entachée auprès des clients, désengagement des salariés « *restants* », difficulté à attirer de nouveaux talents ou de nouveaux investisseurs, alors que le rôle des agences de notation d'entreprise sur les éléments extra-financiers se renforce. On garde en mémoire des opérations de boycott par les consommateurs de grands groupes de *B to C* suite à des opérations de restructuration jugées « *injustes* ».

Il ne faut pas oublier par ailleurs que les entreprises ne sont pas les seuls acteurs en présence. Le positionnement des autres parties prenantes doit également être analysé, et questionné : services publics de l'État, partenaires sociaux, salariés acteurs de leur employabilité, entreprises du bassin d'emploi, mais également bien sûr les cabinets de conseil intervenant sur le champ du reclassement individuel ou collectif.

Le premier anniversaire de la LSE a donné lieu à un premier bilan chiffré (L'essor de la négociation sur les questions de licenciement économique, Semaine sociale Lamy, n° 1636, p. 5). Trois points ressortent plus particulièrement :

- La négociation sur les mesures du PSE (L1) séduit les partenaires sociaux :
  - la négociation concerne 75 % des entreprises mettant en œuvre un projet de PSE ;
  - deux tiers des PSE faisant l'objet de négociations aboutissent à un accord, soit 40 % des PSE, à l'exclusion des PSE soumis à des règles de procédures spécifiques (redressements et liquidations judiciaires) ;
  - Jean-Emmanuel Ray soulignait récemment les deux raisons de ce succès (Ray J.-E., Pourquoi négocier un plan de sauvegarde de l'emploi?, Le Monde, 09/06/14). D'une part, l'administration du travail est bien plus active dans la phase amont qu'elle ne l'était auparavant. Elle conseille les partenaires sociaux en fonction des critères qui l'amèneront à valider ou non l'accord. D'autre part, en cas d'accord sur le PSE, le contrôle de la DIRECCTE est plus « *light* », tout comme celui du tribunal administratif en cas de contentieux (*cf.* la décision du tribunal administratif de Montreuil du 07/02/14 sur ce point).
- Les contentieux baissent : alors que 30 % des PSE menaient à contentieux avant la LSE, seules 7 % des décisions des DIRECCTE font l'objet d'un recours devant le tribunal administratif.
- Néanmoins, certaines incertitudes, tant sur les procédures d'information/consultation et de négociation, que sur le contenu des accords PSE, subsistent. La construction progressive d'une doctrine administrative relative aux PSE permettra de les lever.

La loi dite « *de sécurisation de l'emploi* » (LSE) redonne ainsi un rôle central à l'administration du travail, puisque tout PSE doit avoir été « *validé* » (dans le cas d'un plan négocié) ou « *homologué* » (dans le cas d'un document unilatéral) par la DIRECCTE avant sa mise en œuvre.

L'objectif est ici clairement de réduire les dérives contentieuses (on parle souvent de « *déjudiciarisation* ») et d'éviter que les procédures ne s'éternisent. Quelques affaires ayant récemment défrayé la chronique ont montré à quel point on pouvait en arriver à des situations aberrantes, avec des procédures qui ont pu durer plus de 5 ans ce qui ne sert à l'arrivée l'intérêt de personne, et en particulier pas celui des salariés concernés.

III. – DES CONSTATS ET DES PISTES D'ACTIONS : UNE DIMENSION ÉTHIQUE D'ENTREPRISE FORTE AUTOUR DE VALEURS PARTAGÉES

Une restructuration socialement responsable doit tout d'abord intégrer une dimension interne recouvrant l'anticipation des transformations et le traitement des situations où ces anticipations n'ont pas eu lieu de façon satisfaisante.

La responsabilité de l'entreprise ne s'arrêtant pas aux frontières de l'entreprise, la dimension externe s'attache, par ailleurs, à l'accompagnement des salariés au-delà du contrat de travail et ensuite à la responsabilité au-delà des frontières de l'entreprise, dans une logique de maintien de l'emploi et de développement économique territorial.

À notre sens, représentent les principales pistes développées la sensibilisation des acteurs à l'acceptation du changement, à l'autodétermination, comme aux enjeux d'employabilité interne et externe des salariés, au développement des enjeux d'information et de communication tout au long du processus, la promotion du dialogue social et territorial et de la négociation collective, l'anticipation et la gestion du temps.

Ainsi, le bon déroulement d'un PSE est lié à la capacité des acteurs en présence – direction, organisations syndicales, administration du travail – à s'accorder, à la fois sur des mesures sociales adaptées à l'employabilité des salariés et la situation de l'emploi sur le/s bassins d'emploi/s concerné/s, mais aussi, à définir un cadre clair de mise en œuvre.

Ce cadrage suppose, d'abord, la maîtrise de l'élément « *temps* », comme aussi la définition claire des rôles et responsabilités de chacun. Il questionne aussi l'aptitude des partenaires sociaux à s'engager dans un dialogue social de qualité, permettant la construction d'un tel cadrage.

Les enjeux sont de taille : l'expérience montre que la mise en œuvre de PSE sans cette conscience des enjeux temporels, de transparence et de cadrage des rôles a donné lieu à des dérives dommageables pour les salariés en termes de qualité de retour à l'emploi.

Quelques éléments nous apparaissent clés pour élaborer un PSE ambitieux, c'est-à-dire mettant en place les conditions du retour durable à l'activité des salariés impactés.

1) Construire les conditions de légitimation du PSE en faisant le pari de la concertation et de la transparence avec les représentants des salariés

Ces dernières années ont vu l'accroissement des obligations de négociation au niveau de l'entreprise, notamment sur la GPEC, doublé d'un encouragement à négocier des accords multidimensionnels, c'est-à-dire : formation et GPEC (loi Borloo de 2005, loi de sécurisation de l'emploi de 2013), incitation à regrouper, à titre expérimental, tous les sujets de négociation annuelle obligatoire

http://lamyline.lamy.fr

au sein d'un accord unique « *qualité de vie au travail* » (ANI sur la QVT de 2013).

Ces changements institutionnels modifient l'orientation des débats au sein de l'entreprise. Élodie Bethoux et Annette Jobert estiment ainsi que l'on est passé « *d'une logique dominante de protection de l'emploi dans les années 1980-1990 (...) à une logique où dominent prévention et anticipation des restructurations. (...) On passe ainsi d'une négociation collective comme vecteur de création et de maintien dans l'emploi à une négociation collective comme mode de gestion de l'emploi* » (Bethoux É. et Jobert A, revue de l'IRES, janvier 2012, revue de l'IRES, p. 120).

Ce mouvement modifie la posture des organisations syndicales qui déploient des « *stratégies intégrées en matière d'emploi* ». Ces stratégies se définissent comme suit :

- Prise en compte par les organisations syndicales de l'ampleur des transformations de l'organisation du travail et de leurs impacts sur les métiers et l'emploi ;
- Implication active des organisations syndicales dans les réflexions sur l'avenir de l'entreprise et l'évolution de sa stratégie, afin « *de ne pas laisser aux directions d'entreprise la pleine maîtrise de la gestion de l'emploi (...) et d'être un acteur reconnu et légitime des transformations en cours, par une activité de co-construction – avec les directions – de nouvelles règles du travail inscrites dans des dispositifs variés* » (Bethoux É. et Jobert A, revue de l'IRES, janvier 2012, revue de l'IRES, p. 120).

Parvenir à impliquer en amont les organisations syndicales dans les réflexions sur les évolutions stratégiques de l'entreprise participe à la légitimation d'un PSE et joue en faveur de son acceptabilité par le corps social. C'est un pari difficile car il oblige la direction à partager un certain nombre d'informations économiques et financières et à dépasser les divergences parfois historiques avec les représentants des salariés. Cela est pourtant indispensable pour la construction d'un diagnostic commun de la situation économique de l'entreprise et de ses impacts sur l'emploi. Émergent alors des buts communs entre employeur, organisations syndicales et IRP, et salariés.

Si les motifs d'une restructuration paraissent acceptables (sur le plan économique et parce que les partenaires sociaux se sont donnés le temps de rechercher des alternatives à la suppression de postes), le niveau de conflictualité en sera réduit d'autant et l'élaboration de mesures adaptées à la situation des salariés impactés et des territoires n'en sera que plus efficiente.

Le niveau de conflictualité entourant un PSE impacte parfois directement les chances de retour à l'emploi des salariés. Un PSE se déroulant dans un contexte violent et médiatisé entache l'image de l'entreprise mais aussi celle de ses salariés, confrontés ensuite au phénomène bien réel de « *blacklistage* » par les employeurs potentiels sur leur bassin d'emploi.

2) Se donner les moyens de mesurer le niveau d'employabilité « *prévisionnelle* » des salariés et de cerner la réalité du bassin d'emploi – la notion d'employabilité « *augmentée* »

La réalisation d'études de bassin fouillées et d'études d'employabilité des salariés (mesurant la distance qui les sépare de l'emploi) est un préalable nécessaire à la réflexion sur les mesures sociales les plus adaptées pour accompagner les salariés vers un nouvel emploi, durable et adapté à leurs appétences.

Les études « *Besoins en main d'œuvre* » de Pôle emploi peuvent donner une première idée de la situation de l'emploi sur un bassin, mais elles n'en donnent qu'une vision partielle : elles ne prennent pas en compte le marché caché, étant donné qu'elles consistent à identifier les postes publiés par les entreprises et non pourvus.

Les informations relatives à la réalité du marché de l'emploi sur le bassin doivent être communiquées aux salariés, sans quoi ils ne peuvent avoir tous les éléments pour construire un projet professionnel réaliste et réalisable. Le choix du support et du mode de communication a son importance : un langage RH trop conceptuel ou un outil RH trop complexe à prendre en main ne permettra pas une appropriation efficace de ces informations par les salariés.

> ***Parvenir à impliquer en amont les organisations syndicales dans les réflexions sur les évolutions stratégiques de l'entreprise participe à la légitimation d'un PSE et joue en faveur de son acceptabilité par le corps social.***

3) Passer d'une logique d'indemnisation à une logique d'accompagnement des salariés

La conflictualité historique des relations sociales en France s'est longtemps traduite par une logique d'indemnisation de la perte d'emploi, au détriment de l'investissement dans des dispositifs collectifs d'accompagnement vers un nouvel emploi durable.

Rachel Baujolin analyse les facteurs qui jouent en faveur de la construction de compromis allant soit dans le sens de la logique indemnitaire ou soit dans le sens donné et accordé au « *reclassement* » (Beaujolin R., « Entre indemnisation et effort de reclassement quel compromis social lors des restructurations ? », RF gest., janvier 2012). L'analyse de neuf cas de restructurations conduites entre 2005 et 2009 l'a amené aux conclusions suivantes :

- Trois conditions sont favorables à l'atteinte d'un compromis de type indemnitaire : la faible employabilité des salariés touchés ; l'importance des ressources financières de l'entreprise ; le caractère significatif de l'activité syndicale ;
- L'atteinte d'un compromis de type « *reclassement* » est lié principalement à une condition : le fait que la décision de mettre en œuvre un PSE soit perçue comme légitime. Les autres facteurs tels que la faible employabilité des salariés, des relations sociales apaisées, l'importance des ressources de l'entreprise ne jouent pas un rôle significatif.

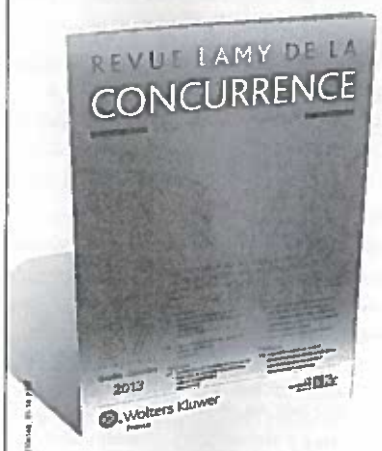
L'enjeu est bien de responsabiliser les partenaires sociaux : à la fois la direction, tentée de pencher vers la logique indemnitaire pour réduire la conflictualité et ainsi « *acheter la paix sociale* », et les organisations syndicales et représentants des salariés, pour qui le « *chèque* » apparaît comme la réparation d'un préjudice subi, celui de la perte de l'emploi. En réalité, la logique indemnitaire présente le risque d'accroître le chômage des salariés qui en bénéficieraient : « *les primes individuelles ont tendance à augmenter le*

tructuration et sur les bonnes pratiques aptes à promouvoir la responsabilité sociale de l'entreprise. Que l'on soit salarié, dirigeant, représentant du personnel ou élu territorial, chacun poursuit le même objectif : éviter les conséquences générées sur l'emploi par une restructuration tout en sachant que son coût et les ressources utilisées pourraient certainement être davantage optimisés en choisissant des cadres adaptés aux situations rencontrées.

Enfin la construction de solutions socialement responsables et économiquement acceptables n'est plus l'apanage de certains grands groupes. Un simple changement de posture et d'angle de vue ouvre souvent l'accès à des gains économiques avec des résultats durables, au bénéfice de l'emploi, de l'entreprise, du salarié et bien sûr de l'empreinte territoriale, quelle que soit la taille de l'entité économique concernée. ■

Revue Lamy de la Concurrence

La Revue trimestrielle de la concurrence



Compris dans votre abonnement annuel

- 4 numéros de la Revue Lamy de la Concurrence
- Téléchargement de la version électronique de la publication

Conditions de vente, informations et commandes : www.wkf.fr

Wolters Kluwer

BULLETIN D'ABONNEMENT

À retourner à l'adresse suivante :

Wolters Kluwer France - Service Clients - Case Postale 402
1, rue Eugène et Armand Peugeot - 92856 Rueil-Malmaison cedex
Fax : 01 76 73 48 30 - N° Indigo 0 825 08 08 08 (0,15 €/min) - www.wkf.fr

Oui, je souhaite m'abonner à la *Revue Lamy de la Concurrence* (réf. 00158) au prix de 499 €HT, soit 509,47 €TTC

☐ Mme ☐ M.
Nom :
Prénom :
Fonction :
Établissement :
Adresse :
Code postal :
Ville :
Téléphone :
Télécopie :
E-mail :
N° Siret :
Code NAF : ☐ Siège ☐ Établissement
Nombre de salariés à mon adresse :

☐ Vous trouverez ci-joint mon règlement de _____ € TTC par chèque à l'ordre de Wolters Kluwer France SAS, je recevrai une facture acquittée.
☐ Je règlerai à réception de la facture.

Je coche les deux cases suivantes :

☐ J'ai bien noté que mon abonnement sera reconduit automatiquement d'une année sur l'autre, sauf avis contraire de ma part signifié deux mois avant l'expiration de la période contractuelle en cours.
☐ Je reconnais avoir pris connaissance des Conditions Générales de Vente disponibles en ligne sur le site internet www.wkf.fr et les accepter.

Date et Signature