

La responsabilité sociétale des entreprises dans le cadre de la loi applicable aux sociétés commerciales

Catherine Kessedjian

A la suite des discussions qui se sont déroulées lors de la réunion de Luxembourg et en prévision de la réunion qui se tiendra en septembre 2016 à Milan, il m'a été demandé de préciser les éléments du débat que j'avais exposés à Luxembourg et comment la responsabilité sociétale des entreprises (RSE) devait être prise en considération dans le cadre du projet de texte que prépare le GEDIP sur la loi applicable aux sociétés commerciales.

La présente note part de l'idée que le texte qui sera adopté par le GEDIP (ainsi que cela transparaît des débats et de l'avant-projet de Luxembourg) sera inspiré par le libéralisme le plus large en privilégiant la loi choisie par les partenaires (associés, actionnaires etc) sous couvert de la loi du lieu d'incorporation ou du siège statutaire en ne laissant plus de rôle à la loi du siège réel, sauf exception très limitée basée sur l'ordre public ou sur les lois de police¹.

Nous aborderons successivement la définition de la RSE (I), la loi applicable à la RSE (II), l'impossibilité de se contenter de l'exception de l'ordre public ou des lois de police, pour conclure sur la proposition d'exclure la RSE du champ d'application de l'instrument préparé ou, alternativement, sur une règle de conflit spéciale.

(I) Définition de la RSE

Il est difficile aujourd'hui de définir de manière précise la RSE. Les Principes directeurs de l'OCDE² sont fondés sur l'idée de « *responsible business conduct* » ou conduite responsable des entreprises (CRE) afin que celles-ci remplissent le devoir qui leur incombe de protéger l'intérêt général des effets préjudiciables que peuvent avoir leurs activités, ainsi que le dit le Cadre d'action pour l'investissement adopté par cette institution en 2015.

Pour faciliter le débat, il est probablement préférable de débiter l'analyse par la définition retenue par l'ISO pour la norme ISO 26000. Toutefois, il ne s'agit pas là de la seule définition possible de la RSE qui est appelée à évoluer en fonction de l'avancée des discussions dans les divers fora de négociation européens ou internationaux.

Norme ISO 26000 :

La RSE est la « responsabilité d'une **organisation** vis-à-vis des **impacts** de ses décisions et activités sur la **société** et sur l'**environnement**, se traduisant par un **comportement éthique** et transparent qui

- contribue au **développement durable**, y compris à la santé et au bien-être de la société ;
- prend en compte les attentes des **parties prenantes** ;

¹ Sauf erreur de ma part, il n'existe aucune exception dans la proposition faite à Luxembourg ni pour la fictivité, ni pour la fraude, ni pour l'abus de droit.

² Les Principes directeurs de l'OCDE sont aujourd'hui la norme la plus ancienne et la plus complète en matière de RSE. Ils sont, de surcroît, appuyés sur un réseau de points de contact nationaux dont le travail à la fois préventif et curatif est inégalé par les autres normes de droit international.

- respecte les lois en vigueur tout en étant en cohérence avec les **normes internationales de comportement** ;
- est intégré dans l'ensemble de l'**organisation** et mis en œuvre dans ses relations ».³

Plusieurs précisions doivent être apportées à la lecture de cette définition.

Tout d'abord, elle montre très bien que les éléments constitutifs de la RSE sont tirés non seulement de ce que l'on pourrait appeler le « *hard law* », mais aussi de normes de comportement dont certaines appartiennent à ce que l'on appelle le « *soft law* ». Cette caractéristique spécifique au domaine de la RSE rend plus difficile l'application de la technique de raisonnement et de la méthode du droit international privé inventé uniquement pour répartir l'application de normes étatiques.

Ensuite, les normes de la RSE tirent leur source à la fois du droit international public, du droit européen et du droit national. Pour ce qui est du droit international public, son applicabilité est rendue plus difficile lorsque le pays dans lequel la société commerciale en cause est installée⁴ n'a pas ratifié les conventions pertinentes. Certaines réflexions actuellement conduites par les publicistes permettent de penser que, malgré cette absence de ratification, des normes de droit international public peuvent être applicables car représentant des normes de *jus cogens* (l'équivalent pour le droit international public de ce que nous appelons en droit privé l'ordre public ou lois de police).

De surcroît, les normes de la RSE s'appliquent non seulement à l'activité des sociétés/entreprises (ce qui serait par nature en dehors du champ d'application de l'instrument préparé par le GEDIP), mais également à l'organisation de la société/entreprise (ce qui tombe directement dans le champ d'application de l'instrument préparé par le GEDIP). En effet,

³ Le cadre de l'OCDE pour l'investissement développe cette définition de la manière suivante : « La notion de conduite responsable des entreprises (CRE) signifie que les entreprises doivent a) apporter leur contribution au progrès économique, environnemental et social pour parvenir à un développement durable et b) éviter d'avoir, par leurs propres activités, des incidences préjudiciables et remédier à ces incidences lorsqu'elles se produisent ; et prévenir ou atténuer les conséquences négatives directement liées à leurs activités, leurs produits et leurs services du fait de l'existence d'une relation d'affaires. Processus essentiel pour déterminer, prévenir et atténuer les incidences négatives, réelles ou potentielles, la diligence raisonnable fondée sur le risque est de ce fait un aspect fondamental de la CRE.

Les entreprises doivent obéir aux législations internes et respecter les droits de l'homme quel que soit le pays dans lequel elles exercent des activités, même lorsque les moyens qui y sont mis en œuvre pour faire appliquer ces législations ou obligations sont insuffisants. Il s'agit là de leur toute première obligation.

Le champ d'application de la CRE est vaste et transversal car les incidences, positives ou négatives, des activités des entreprises sur la collectivité couvrent toute une série de domaines fondamentaux (comme la communication d'informations, les droits de l'homme, l'emploi et le travail, l'environnement, la lutte contre la corruption, les intérêts des consommateurs, les sciences et les technologies, la concurrence et la fiscalité).

La responsabilité qui incombe aux entreprises d'adopter une conduite responsable s'applique à toutes les entreprises quelle que soit leur structure juridique, leur taille, leur régime de propriété ou le secteur dans lequel elles exercent leurs activités. Les attentes en matière de CRE concernent donc aussi bien les entreprises privées, publiques ou mixtes ; les entreprises multinationales ou celles qui n'opèrent que dans leur pays ; les grandes entreprises ou les petites et moyennes entreprises (PME). ».

⁴ J'utilise à dessein cette expression vague pour ne pas entrer dans le débat du critère de rattachement à ce stade.

quand l'OCDE exige que les entreprises mettent en place une « *due diligence* », ou lorsque la proposition de loi française exige de la société qu'elle mette en place un « plan de vigilance »⁵, il s'agit bien d'une exigence qui concerne l'organisation de la société. En outre, si une loi devait imposer la mise en place d'un département « *compliance* »⁶ ou toute autre forme d'organisation propre aux sociétés commerciales⁷, nous serions effectivement face à une exigence de structure de la société de laquelle les actionnaires ne devraient pas pouvoir se libérer en choisissant de s'enregistrer ou de placer leur siège statutaire sur le territoire d'un pays qui ne connaît pas ces exigences.

Enfin, l'une des difficultés majeures de la RSE concerne le groupe de sociétés. Ce concept est extrêmement difficile à appréhender en droit à tel point que la CJUE a systématiquement achoppé sur cette réalité, notamment dans le cadre du règlement insolvabilité, même si le nouveau règlement insolvabilité tente de trouver une solution. Les solutions aujourd'hui n'existent que de manière parcellaire, dans certains domaines (par exemple dans le cadre du droit social pour le comité d'entreprise européen – Directive 2009/38 art. 2 et 3). Il convient donc de ne pas brider le développement éventuel du droit sur cet aspect délicat.

(II) La loi applicable à la RSE

Pour le moment, il n'existe pas de réponse uniforme à cette question qui commence à être étudiée en doctrine.

Compte tenu de ce que nous avons expliqué au paragraphe précédent, plusieurs lois peuvent intervenir pour régir les questions de RSE.

En premier lieu, on songe à la loi du pays dans lequel la société déploie ses activités. C'est souvent parce que l'entreprise aura eu un impact négatif sur la société du pays d'accueil que ce pays va décider d'appliquer son propre droit à ces activités et imposer diverses normes plus ou moins contraignantes à la société qui entreprend ces activités. Néanmoins, on sait également que certains pays d'accueil sont dans l'impossibilité d'imposer des normes impératives aux entreprises qui opèrent sur leur territoire. C'est pourquoi, le principe du *home country control*, dont nous parlons ci-dessous, est si important.

Toutefois, à titre préventif, ce sera la loi applicable à la société (et non plus à ses activités) qui dira comment les mesures de prévention doivent intervenir et quelle est la nature de ces mesures. On trouve cette idée, notamment, dans les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (dit Principes Ruggie)⁸ qui font du *home country control* l'une des armes les plus efficaces du système mis en place. C'est là que le choix laissé aux actionnaires de placer la société, pour leur seule volonté, dans un paradis juridique peut avoir de graves conséquences sur l'évitement des normes de la RSE.

⁵ PPL adoptée par l'Assemblée nationale le 30 mars 2015 (n° 501).

⁶ J'utilise à dessein le terme anglais car il est plus large que l'équivalent habituellement utilisé en français (« conformité ») pour inclure également des normes éthiques.

⁷ Par exemple la protection des lanceurs d'alerte ou une disposition telle celle de la loi Indienne sur les sociétés de 2013 qui exige de certaines sociétés une dépense sociale d'un certain pourcentage de son chiffre d'affaires.

⁸ Principes des Nations Unies, adoptés en 2011. On trouve une idée similaire dans les Principes de l'OCDE sur les entreprises transnationales qui sont plus complets que les Principes Ruggie puisqu'ils traitent d'un grand nombre de sujets en plus des droits de l'homme.

Cette idée doit être prise au sérieux et ne doit pas être mise à mal uniquement parce que les actionnaires auront choisi d'enregistrer leur société (ou de placer son siège statutaire) dans un pays qui ne connaît pas un tel concept ou dont la législation est particulièrement laxiste en cette matière.

(III) Impossibilité de se contenter de l'exception de l'ordre public ou des lois de police

Force est de constater que le raisonnement tiré de l'exception de l'ordre public ou de la technique des lois de police est très insatisfaisant en général, et plus encore dans un domaine où la prévention est la pierre angulaire de son succès.

En ce qui concerne les lois de police, on sait que le législateur se prononce rarement clairement sur la qualification des textes qu'il adopte. Il revient alors au juge, lorsqu'il est saisi d'un litige, donc a posteriori, de « découvrir » qu'un texte est une loi de police. Du point de vue de la sécurité juridique dont les entreprises ont besoin, on peut avoir des doutes. De plus, il n'est pas clair aujourd'hui si les normes de la RSE pourraient être regroupées sous ce qualificatif de « lois de police ».

Quant à l'exception d'ordre public, elle intervient par nature a posteriori. De plus, la tradition du droit international privé, notamment en Europe, étant de n'exiger que la violation soit manifeste, elle laisse une grande marge de manœuvre au juge.

C'est pour ces raisons que l'on ne peut pas laisser la RSE à ces deux mécanismes qui sont par trop aléatoires et peu satisfaisants.

(IV) Exclusion de la RSE

Si le projet que s'apprête à adopter le GEDIP faisait une place au siège réel (ou à la loi des activités) en donnant la possibilité aux Etats membres de l'Union européenne d'utiliser ce concept lorsque des questions aussi graves que celles incluses dans la RSE se posent en pratique, on pourrait peut-être laisser la RSE dans le champ d'application du futur instrument⁹.

Cependant, à l'heure où cette note est écrite, il n'y a aucune place pour le siège social réel dans le projet du GEDIP.

De plus, compte tenu du caractère extrêmement aléatoire de l'exception d'ordre public ou de l'application des lois de police et de l'intervention a posteriori, alors que la RSE doit intervenir à titre préventif, il est préférable d'exclure la RSE du champ d'application de l'instrument préparé par le GEDIP.

Cette exclusion pourrait figurer dans l'actuel projet d'article 1 en ajoutant un troisième paragraphe dont une formulation pourrait être :

⁹ Je rappelle aux membres du GEDIP que, en notre qualité de groupe scientifique, nous n'avons pas à nous préoccuper de ce que pourrait dire la Cour de justice sur un éventuel rôle pour le siège social réel que nous pourrions préserver dans notre proposition de texte, s'agissant d'un travail préparé par un groupe indépendant, à partir du moment où nous avons de solides arguments pour justifier que nous conservions un rôle pour ce critère, alors même que certains interprètent la jurisprudence de la Cour comme l'ayant complètement abandonné.

« Rien, dans le présent texte, ne fait obstacle à l'application d'exigences relevant de la responsabilité sociétale des entreprises, telle que définie par les normes européennes ou internationales applicables».

(V) Règle de conflit spéciale – solution alternative

Si le GEDIP ne souhaitait pas exclure la RSE de son texte, et afin qu'il puisse s'appliquer également à la RSE, il conviendrait d'y ajouter une règle de conflit spéciale qui pourrait être formulée de la manière suivante :

« Nonobstant l'article X ci-dessus, les questions liées à la responsabilité sociétale des entreprises, à partir du moment où elles affectent l'organisation de la société, sont soumises à la loi la plus protectrice soit du siège social statutaire, soit de l'incorporation, soit du siège social réel, soit des activités de la société. ».

La formulation proposée permet d'offrir un cadre juridique certain aux sociétés qui savent qu'elles doivent ainsi se conformer aux normes les plus exigeantes. Par ailleurs, la règle permet de prévenir les actionnaires qui auraient pu souhaiter profiter de l'un ou l'autre des paradis juridiques que ce choix sera inefficace. Elle ne choquera pas les autres qui n'avaient aucune envie de profiter de ces paradis juridiques.