

Actualités

Aperçu rapide

AvoSial

AVOCATS D'ENTREPRISE
EN DROIT SOCIAL

97 En questions : loi PACTE et loi Vigilance, ou comment le droit de la RSE investit l'entreprise



Marine DOISY,

avocate au barreau de Paris, cabinet Vigo,
membre du réseau international d'avocats
GESICA



Emmanuel DAOUD,

avocat au barreau de Paris,
associé, cabinet Vigo,
membre du réseau international d'avocats
GESICA

1. Le droit de la RSE se présente comme un droit souple dont l'entreprise peut ou non se saisir. Comment les derniers développements législatifs tendent-ils à en faire une nouvelle obligation en pratique pour les entreprises ?

Des engagements du Grenelle de l'environnement en 2007 aux lois Grenelles I et II de 2009 et 2010, des initiatives plus globales telles que le *Global Reporting Initiative*, le Pacte Mondial ou encore l'*International Integrated Reporting Council*, le droit de la responsabilité sociale de l'entreprise s'est traditionnellement développé comme un droit souple invitant principalement les plus grandes entreprises à tenir compte des conséquences sociales et environnementales de leurs activités. C'est dans le domaine du *reporting* extra-financier en particulier que se sont développées, d'abord, des obligations plus « dures » en la matière, à charge de ces grandes entreprises – depuis la loi NRE qui a mis dès 2001 en place une obligation de *reporting* à la charge des sociétés françaises cotées sur un marché réglementé, jusqu'à la déclaration de performance extra-financière (DPEF) à charge des entités cotées et assimilées, mais également de celles non cotées de plus de 500 salariés avec 100 millions d'euros de chiffre d'affaires ou de total bilan.

La loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre, dite « loi

sur le devoir de vigilance », et la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi PACTE, apparaissent à cet égard comme un complément utile et nécessaire à la cohérence et au développement du droit de la RSE dans les entreprises en France, dès lors qu'il s'agit de mesurer l'impact de leurs activités en France et à l'étranger. Les obligations et propositions aux entreprises qu'elles édictent, ont vocation à compléter les obligations de *reporting* et invitent la RSE à investir pleinement l'entreprise : analyse et gestion de ses risques, vigilance sur l'activité de ses parties prenantes, définition de ses enjeux sociaux et environnementaux centraux, voire définition de sa raison d'être ou de sa « mission ».

2. Quelles sont les obligations imposées aux entreprises par les lois Vigilance et PACTE ?

La loi Vigilance impose aux entreprises qui emploient, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins 5 000 salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins 10 000 salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, l'obligation d'établir et de mettre en œuvre de manière effective, un **plan de vigilance**.

Selon les termes de la loi (*C. com.*, art. L. 225-102-4, I), ce plan de vigilance comprend « les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des per-

sonnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle (...) ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation ». Concrètement, le plan de vigilance doit comprendre une cartographie des risques, des procédures d'évaluation régulières de la situation des filiales, sous-traitants et fournisseurs, des actions d'atténuation des risques ou de prévention, un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou la réalisation des risques, un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité.

« La loi Vigilance apparaît ici comme une avancée importante dans la démarche du droit de la RSE car elle impose aux entreprises entrant dans son champ d'application des obligations concrètes qui viennent compléter le pan préexistant des obligations de reporting. »

À ce jour, si d'autres pays comme la Suisse ou l'Allemagne travaillent à insérer dans leur droit interne un tel devoir de vigilance des sociétés mères sur leurs filiales, sous-traitants et fournisseurs, que des organismes et ONG invitent l'Union européenne à se saisir de cette question, ou que les pays anglo-saxons ont développé en jurisprudence le *duty of care* des sociétés mères, la France apparaît actuellement toujours pionnière en la matière. Ce qui est à la fois un challenge et une véritable opportunité pour les sociétés françaises.

La Loi PACTE quant à elle, crée une obligation, pour l'ensemble des entreprises françaises cette fois, et plus précisément, pour leurs organes dirigeants (directoire et conseil d'administration en particulier), de gérer leur société « dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». Ces nouvelles dispositions inscrites dans le Code civil (C. civ., art. 1833) élargissent et intègrent désormais un référentiel RSE au sein de l'ensemble des sociétés françaises. Cette obligation est peu précise et laisse une large marge de manœuvre aux entreprises sur la façon dont les membres du directoire ou administrateurs sont invités à prendre effectivement en compte ces enjeux ; de même, la loi n'apporte aucune précision sur les enjeux environnementaux et sociaux auxquels il est fait référence. Cela pourra consister par exemple à effectuer, à l'occasion de décision ou projet spécifiques, des analyses d'impact environnemental et social préalables à leur mise en œuvre, ou d'établir plus généralement une cartographie de ces enjeux et le plan de gestion RSE annuel qui en découle. Il revient en pratique aux entreprises elles-mêmes, et plus précisément probablement, aux administrateurs et membres du directoire, en concertation avec les parties prenantes dans l'entreprise, de définir progressivement les enjeux auxquels fait face la société, de documenter ensuite le suivi de son plan de gestion – et de s'y référer lors des prises de décisions.

3. En pratique, quel effet doit avoir cette nouvelle obligation prévue par la loi PACTE pour les organes dirigeants ?

En pratique, le cadre juridique applicable en matière de RSE était déjà avant la loi PACTE, relativement développé, bien qu'éclaté dans divers textes ayant des champs d'application et des portées différentes.

« La loi PACTE édicte une nouvelle obligation pour les entreprises, en ce qu'elle étend l'obligation de prise en compte des enjeux environnementaux et sociaux à toutes les entreprises, sans distinction ni seuil. »

Néanmoins, cela ne doit pas être matière à crainte : les entreprises sont en effet depuis plusieurs années déjà, invitées à se saisir des enjeux liés à leur responsabilité sociale, sociétale et environnementale, à les prendre en compte dans leurs processus décisionnels et à en rendre compte par leur communication à leurs parties prenantes, aux consommateurs, etc. La réalité du marché et du monde des affaires elle-même rend d'ailleurs cruciale, sinon indispensable, la conformité des entreprises aux standards de RSE.

L'insertion des dispositions de l'article 169 de la loi PACTE dans le droit commun n'en reste pas moins novatrice, en ce qu'elle témoigne d'une réelle volonté de la part du législateur de reconnaître désormais juridiquement, ce qui n'était auparavant que des attentes sociales adressées au monde des affaires.

Notons enfin que la loi PACTE prévoit également la possibilité pour les entreprises de définir et d'intégrer dans leurs statuts leur « raison d'être », laquelle est constituée des « principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité » (C. civ., art. 1835), voire de faire état, publiquement, de sa qualité de société à mission. Elle doit alors, dans ce cas, nécessairement préciser les objectifs sociaux et environnementaux qu'elle se donne pour mission de poursuivre et formaliser les modalités du suivi de l'exécution de cette mission qu'elle s'est donnée. Une vérification par un organisme tiers indépendant devra être effectuée (C. com., art. L. 210-10). Il s'agit là de propositions faites aux entreprises ; les obligations ne sont engendrées que par la démarche volontariste de l'entreprise qui souhaiterait s'y conformer. Il va sans dire que la possibilité de se déclarer publiquement comme « société à mission » pourra être un outil de communication notamment vis-à-vis des prospects ou consommateurs et, peut-être plus encore, des investisseurs. Nous considérons que cette possibilité – si elle se concrétise de manière sincère et effective – constituera un avantage concurrentiel indéniable et développera une forte attractivité de l'entreprise concernée sur les marchés si elle est cotée.

4. Ces avancées en matière de RSE sont-elles susceptibles de voir les entreprises françaises particulièrement sujettes à sanction ?

Le droit de la RSE – et ni la loi PACTE ni la loi Vigilance n'y dérogent de ce point de vue – a pour particularité une souplesse qui s'illustre, aussi en général, dans l'absence de sanction légale à proprement parler. Ce qui ne veut pas dire qu'aucune sanction n'est susceptible de punir une entreprise qui ne se conformerait pas aux standards, ou en tout cas, aux attentes, en matière de RSE. Les lois Vigilance et PACTE, en soi, ne prévoient pas de sanction pénale ni de « type pénal ». Saisi de la constitutionnalité de la loi sur le devoir de vigilance, le Conseil constitutionnel a même précisément jugé contraires à la Constitution et au principe de légalité des délits et des peines, les dispositions qui prévoyaient initialement la possibilité d'infliger une amende civile d'un montant pouvant atteindre 10 millions d'euros à l'entreprise en cas de manquement à la loi, voire 30 millions en cas de violation grave des droits fondamentaux engageant la responsabilité civile de l'entreprise (*Cons. const.*, 23 mars 2017, n° 2017-750 DC : *JurisData* n° 2017-012604). Ainsi, si une tentative de dispositif répressif avait été envisagée et tentée dans le cadre de la loi Vigilance, ce dispositif n'a pas été maintenu.

La loi PACTE n'évoque pas la question d'une sanction, et la loi Vigilance, dans sa version validée par le Conseil constitutionnel, précise simplement que les manquements aux obligations qu'elle édicte sont susceptibles d'engager la responsabilité de leur auteur et de l'obliger à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter : la responsabilité civile de la société pourrait ainsi éventuellement être recherchée, non en raison du manquement à l'obligation d'édicter un plan de vigilance, en soi, mais qu'au cas où un dommage aurait effectivement lieu. Plus que d'une sanction, il s'agira ici de réparer le dommage résultant du manquement au devoir de vigilance. S'agissant de l'obligation d'établir un plan de vigilance elle-même, la société peut être mise en demeure de la respecter et une injonction pourrait lui être faite en ce sens – éventuellement sous astreinte.

5. Qu'en est-il du préjudice d'image ?

La sanction qui, elle, existe, et qui est la plus effective peut être dans le monde des affaires, réside pour les entreprises dans l'enjeu de l'image. Sujet de longs débats notamment avec le MEDEF lors de l'adoption de la loi Vigilance, celle-ci prévoit que le plan de vigilance et son compte rendu de mise en œuvre effective doivent être rendus publics et inclus dans le rapport de gestion que le conseil d'administration ou le directoire présente à l'assemblée générale.

L'article 2 de la loi offre en outre la possibilité aux juridictions saisies d'une action en responsabilité civile d'ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de leur décision, aux frais de la personne condamnée et éventuellement sous astreinte.

« La conformité à la loi Vigilance relève ainsi d'un véritable enjeu d'image pour les personnes morales qui y sont soumises. »

Le cas de Total, visé actuellement par plusieurs contentieux sur le fondement de la loi sur le devoir de vigilance, le démontre parfaitement : ONGs, médias, et désormais tribunaux suivent de près, la mise en place et la mise en œuvre du plan de vigilance de la société – et ses défaillances. Les différentes mises en demeure de Total ont ainsi été amplement relayées sur les réseaux sociaux et dans les médias, de même que, désormais, les deux assignations de Total devant les tribunaux à Nanterre.

Dans le cas de la loi PACTE, l'enjeu ne découle pas directement des dispositions légales. L'effet sur la réputation n'en est pas moins existant, bien que plus diffus : en effet, à nouveau, rappelons que la loi formalise dans le droit commun (le Code civil), des attentes véritables et concrètes de la part de la société dont l'entreprise aura nécessairement à pâtir d'un point de vue de son image si elle ne tente pas de s'y conformer.

Par exemple : selon une étude menée par l'entreprise de gestion de fonds Morningstar, les fonds d'investissement intégrant des critères sociaux et environnementaux de gouvernance ont levé en 2019 un montant record de 120 milliards d'euros, ce qui représente une augmentation de 56 % par rapport à 2018. De même, plus de 50 des 360 fonds ayant vu le jour l'année dernière ont poursuivi un mandat orienté pour le climat. Ainsi, les investisseurs et actionnaires tiendront de plus en plus compte de la démarche RSE de l'entreprise dans laquelle ils envisagent d'investir. C'est ainsi d'ailleurs le risque de perte des investisseurs que celui de la sanction pénale, qui incitera alors les entreprises à se saisir de la RSE comme d'une opportunité pour développer leur réseau et leur activité.

Au-delà même cet aspect, l'appropriation du droit de la RSE (qu'il s'agisse du devoir de vigilance, d'une raison d'être, d'une mission ou d'une simple prise en compte des enjeux RSE) par l'entreprise a des effets économiques réels pour cette dernière. Il ressort d'ailleurs d'une autre étude, menée par l'équipe responsable de la stratégie actions de la Société Générale, que les sociétés cotées confrontées à des polémiques liées à des sujets sociaux, environnementaux ou de gouvernance affichent une performance inférieure au MSCI World de 12 % par an par rapport au reste du marché, pendant les deux ans qui suivent ces controverses. Les retombées économiques pour ces dernières ne sont donc pas des moindres.

La responsabilité engendrée précisément par la loi PACTE pour les entreprises est et restera floue mais ce principe est inhérent à la logique même du droit de la RSE, qui n'en reste pas moins effectif. Les praticiens, aidés de leurs avocats, ne manqueront pas de se saisir de cette problématique : ce sont eux qui, par leur pratique et leur appropriation du droit de la RSE, dresseront des principes et référentiels communs pour la mise en œuvre des lois en la matière.