

361 En questions : RSE et (future) loi pacte : le rendez-vous manqué ?

Danièle CHANAL,

avocat associé, Aguera avocats,
docteur en droit,
vice-présidente d'AvoSial



LA RESPONSABILITÉ sociale – ou sociétale – de l'entreprise fait désormais partie de la toile de fond des propos sur l'entreprise, et de son propre discours sur elle-même. Comme beaucoup de sujets non spectaculaires mais récurrents de l'espace médiatique – même spécialisé – son nom est familier, son contenu beaucoup moins.

Il se résume, dans bien des cas, à l'idée qu'il faut bien faire, dans la mesure de ses capacités, ce qui n'est pas totalement faux, bien que réducteur. Avant l'entrée en vigueur de la loi Pacte, adoptée en première lecture le 9 octobre dernier, et de la probable consécration juridique de la « raison d'être » de l'entreprise, il n'est sans doute pas inutile de tenter une synthèse.

1. Quelles sont les origines et les objectifs de la RSE ?

La responsabilité sociale de l'entreprise trouve son origine dans un corpus de principes entérinés par des textes internationaux majeurs, dont la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Déclaration tripartite de l'OIT de 1998 relative aux principes et droits fondamentaux et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 12 décembre 2007. Au-delà de ces fondements essentiellement déclaratifs, une autre série de textes va plus loin en encadrant les démarches volontaires de *reporting* des entreprises dans les domaines concernés : ainsi, par exemple, des Principes directeurs de l'OCDE pour les entreprises multinationales, du *Global Reporting Initiative (GRI)* ou encore du *Global Impact* qui fixe 10 grands principes auxquels l'entreprise a la faculté d'adhérer.

Dès 2001 la notion a été définie par la Commission européenne comme « un concept dans lequel les entreprises intègrent les préoccupations sociales, environnementales et économiques dans leurs activités et dans leurs interactions avec leurs parties prenantes sur une base volontaire » (*Livre vert, juill. 2001*). Elle a ensuite été consacrée en 2010 par la norme ISO 26000 qui en a donné une acception significativement plus détaillée puisqu'étant « la respon-

sabilité 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 ; 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 » (NF ISI 26000, nov.2010, 2.18). Elle est désormais entendue comme « la responsabilité des entreprises pour leurs impacts sur la société » (*Communication de la Commission, Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 : 7 nov. 2012*).

Il est notable qu'à l'inverse d'autres normes internationales, celle-ci ne fasse l'objet d'aucune certification et ne soit, en elle-même, porteuse d'aucune obligation à l'égard des entreprises ; au regard des matières abordées, cela peut surprendre. L'objet même de la RSE est, pour les entreprises, de prendre des engagements au-delà de ce qui est exigé par les dispositions qui leurs sont opposables, à quelque titre que ce soit.

Dans le cadre d'une démarche de RSE, volontaire donc, mais qui se veut méthodique, la norme propose d'évaluer sept thématiques, considérées comme centrales, dont trois intéressent les entreprises directement en qualité d'employeur : la gouvernance de l'organisation, les droits de l'homme, les relations et conditions de travail. Elles sont évidemment pertinentes dès lors que les entreprises déploient leurs activités à l'étranger, sur des territoires qui n'ont pas, dans ces domaines, atteint le degré de « maturité » revendiqué par les pays occidentaux libéraux. Les entreprises exerçant exclusivement sur le territoire national, en revanche, peuvent estimer, non sans raison, que le strict respect de la loi et des conventions internationales ratifiées par la France les met, sur ces terrains, à des niveaux de performance très supérieurs à ceux résultant de simples déclarations d'intention d'entreprises étrangères.

2. Quelle est l'effet de la RSE en droit français ?

Nombre de thématiques de la RSE trouvent une traduction législative en droit français, notamment en droit du travail : la lecture des préconisations de la norme ISO permet d'observer que notre droit, complet et, à bien des égards, coercitif contient presque toutes les réponses aux problématiques qu'elles visent à résoudre. Ainsi et à titre d'illustrations :

- dans le cadre de la gouvernance, la prise en compte de l'équilibre entre la vie privée et la vie professionnelle ou le droit à la déconnexion répondent au souci d'« arbitrer de manière équilibrée entre les besoins de l'organisation et ceux de ses parties prenantes » ;

- en matière de respect des droits de l'homme, la lutte contre les discriminations fait l'objet de dispositions légales, tant en matière sociale que pénale et la prévention de la complicité est aujourd'hui assurée par la loi Sapin II qui, notamment, régit le statut de lanceur d'alerte et protège celui qui en relève ;

- s'agissant du capital humain, des relations et conditions de travail, qui visent en particulier le dialogue social et la santé et sécurité au travail, mais aussi diverses garanties en matière d'emploi, de limitation des impacts économiques sur l'emploi ou de recours au travail temporaire ou occasionnel, le droit du travail français est spécialement peu lacunaire.

La France n'est donc pas, loin s'en faut, la mauvaise élève de la RSE. Elle a, au contraire, généralement pris le parti de ne pas s'en remettre au volontarisme des entreprises mais de les obliger au respect des principes fondateurs de la RSE par le biais du droit national : pour ceux qui n'avaient pas été anticipés, les plus récents donc, il a été choisi de les transposer ou, dans une démarche moins rigide, d'en faire un objet de négociation, souvent obligatoires (La négociation sur le partage de la valeur ajoutée en entreprise, l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail, notamment, relèvent de l'ordre public de la négociation obligatoire : *C. trav., art. L. 2242-1*).

Le débat sur la « soft law » et ses effets se trouve donc dans la plupart des cas, vidé de sa substance par le zèle du législateur français. Est-ce à dire que l'entreprise franco-française serait par essence vertueuse et partant, dispensée de tout « effort » supplémentaire ? D'une manière générale, sans doute. Mais le diable, on le sait, est dans les détails. Ainsi la délégation interministérielle à la langue française pour la cohésion sociale a fait réaliser, il y a quelques mois, un sondage sur « la perception de l'illettrisme dans le monde du travail » dont les résultats ont été rendus publics dans l'indifférence générale : ils font apparaître qu'une organisation sur deux y est confrontée ; un quart constate régulièrement des difficultés de compréhension de leurs consignes écrites et orales, et d'utilisation des outils numériques mais seulement 4 organisations sur 10 y sont sensibilisées. Or cet état de fait contrevient de toute évidence à plusieurs principes de la RSE : la liberté d'opinion et d'expression, le droit de participer à des élections (*Cass. soc., 3 oct. 2018, n° 17-29.022*), le développement du capital humain dans l'entreprise en lui donnant accès à la formation et à l'apprentissage... Il ne s'agit certes que d'un exemple mais il rappelle que le projet fondateur de la RSE est sans doute moins dépassé que certains le prétendent.

Par ailleurs les préoccupations d'image et les diktats de la communication aidant, nombre d'entreprises adoptent chartes et autres codes de conduite se réclamant de la RSE. Le caractère contraignant de ces textes, lorsqu'ils ne s'inscrivent pas dans un véhicule juridique identifié qui en dicte la force obligatoire, comme un accord d'entreprise, a pu être discuté. Doit-il encore l'être, à tout le moins en droit du travail, dès lors que la parole spontanée de l'entreprise est, et doit être, considérée comme engageante ? Car elle

l'est incontestablement et ce, au titre de plusieurs principes qu'une longue jurisprudence a contribué à ciseler au fil des années : l'engagement unilatéral – qui en dit de lui-même assez long sur sa nature – et la loyauté requise dans l'exécution du contrat, suffisent amplement à donner au juge un socle juridique pour rappeler à l'entreprise bavarde et oublieuse la portée de ses propos. Quelques entreprises en ont fait l'expérience à l'occasion de contentieux prud'homaux malheureux : il ne suffit pas d'élaborer des politiques de gestion des ressources humaines remportant les prix de vertu annuellement distribués, à grand renfort de relais pleins d'orgueil sur les réseaux sociaux ; il faut les mettre, effectivement en application. *Dura lex, sed lex* (V. *CA Paris, 5 mai 2010* condamnant BNP Paribas à 157 000 euros de dommages et intérêts pour discrimination, au profit d'une ancienne salariée alors que l'entreprise avait été lauréate du label diversité et avait signé un accord sur l'égalité de traitement hommes-femmes).

C'est dans ce contexte et au terme d'une longue maturation de la RSE, que la loi PACTE se présente au seuil de notre droit positif.

3. Qu'attendre de la loi Pacte ?

Cette future loi constitue un volet majeur d'un plan d'action, plus vaste, pour la croissance et la transformation des entreprises et s'inscrit dans le prolongement du rapport rendu par N. Notat et J-D Sénard dans le cadre de la mission « Entreprise et Intérêt général » qui leur avait été confiée par le Gouvernement. L'objectif ambitieux qui lui est assigné, consistant à définir la place de l'entreprise dans la société, se traduit par deux apports législatifs, à ce stade, d'inégale portée.

L'un est impératif en ce qu'il prescrit à la société d'être « gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité » (*C. civ., art. 1833, nouvel al.*). On observera que ces enjeux ne se présentent pas comme une composante de l'intérêt social et sont donc susceptibles de n'en demeurer que l'accessoire ; sauf à considérer que les dirigeants des entreprises devront démontrer qu'ils se sont effectivement livrés à cette prise en compte et ne seront pas admis à seulement affirmer la primauté de l'intérêt social, par détermination de la loi. Il n'est pas certain que la jurisprudence sociétaire aille jusque-là...

L'autre apport de la loi en devenir est optionnel puisqu'elle offre aux statuts la possibilité de « préciser une raison d'être, 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*).

La lecture du rapport à l'origine de cette réforme éclaire sa motivation : « redonner de la substance à l'entreprise, l'amener à réfléchir à sa raison d'être est dans notre esprit le moyen d'amener la grande entreprise à faire à une échelle mondiale ce que la petite fait souvent, du fait de son insertion dans un territoire et dans un contexte de fort *intuitu personae* ».

Des esprits persifleurs y verraient peut-être la nostalgie d'une gestion « en bon père de famille », occis par la loi du 4 août 2014 visant à instituer « l'égalité réelle entre les femmes et les hommes », principe phare de la RSE s'il en est...

Quoi qu'il en soit la loi en cours de discussion ne retient finalement qu'une faculté là où le rapport prescrivait une obligation. De même et contrairement aux propositions riches du rapport, elle ne concède qu'une place pour le moins timide à la responsabilité sociale des entreprises en tant que telle puisqu'elle n'est citée qu'à titre de possible référence des critères de performance des accords d'intéressement et de participation négociés d'ici fin 2020 au sein des branches professionnelles et dont il est indiqué qu'ils devront être « adaptés aux spécificités des entreprises employant moins de cinquante salariés » (*projet de loi, art. 57*). La loi est donc, à cet égard, indiscutablement déceptive bien que son article 61 relatif à la rai-

son d'être ait été jugé dans l'hémicycle « dégoûlant de bonnes intentions ». Et que dire du relèvement à 50 salariés du seuil de l'obligation d'établir un règlement intérieur qui est le support de règles capitales relevant de la responsabilité sociale de l'entreprise (*Intervention M. Fasquelle député LR Pas de Calais*) ?

Manifestement la loi PACTE ne sera pas, pour les entreprises, un nouveau relais obligé de la RSE.

En revanche celles qui sont déjà inscrites dans cette démarche vont certainement trouver, dans la définition de leur « raison

d'être », matière à réflexions approfondies, à inspirations, à actions. Et si l'on considère l'historique de la RSE et le nombre de ses principes passés en quelques années du statut de réflexions théoriques à celui d'obligations légales entérinées par les juges, on ne saurait trop conseiller à tout un chacun, à la tête d'une start-up ou d'un groupe international, de commencer à y réfléchir...

L'information en continu

INFORMATIONS > ÉCHOS > OPINIONS > **Textes** > SYNTHÈSE > VEILLE > TEXTES > PROJETS > SÉLECTION > DOCTRINE > SYNT

Emploi

362 Création du conseil de l'inclusion dans l'emploi

D. n° 2018-1002, 19 nov. 2018 :
JO 20 nov. 2018

Le décret n° 2018-1002 du 19 novembre 2018 a pour objet de créer, auprès du ministre chargé de l'Emploi, un conseil de l'inclusion dans l'emploi chargé notamment de formuler des propositions et de concourir à la conception, à l'élaboration et au suivi des politiques d'inclusion dans l'emploi, en réalisant des éva-

luations et en diffusant les bonnes pratiques de l'inclusion dans l'emploi.

Le décret prévoit que ce conseil est créé pour une durée de cinq ans. Il précise les missions, la composition et les modalités de fonctionnement de ce conseil.

INFORMATIONS > ÉCHOS > OPINIONS > **Jurisprudence** > SYNTHÈSE > VEILLE > TEXTES > PROJETS > SÉLECTION > DOCT

Contrat de travail à durée déterminée

363 Effet du défaut de signature de l'une des parties au contrat

Cass. soc., 14 nov. 2018, n° 16-19.038,
FS-P+B : JurisData n° 2018-020153

La signature du contrat de travail à durée déterminée par les parties a le caractère d'une prescription d'ordre public dont l'omission entraîne, à la demande du salarié, la requalification en contrat à durée indéterminée.

La confirmation de ce principe a été apportée par la Cour de cassation dans une affaire où une salariée, qui avait conclu 12 CDD de remplacement avec le même employeur entre mars 2009 et mars 2012, avait saisi la juridiction prud'homale aux fins de requalification de la relation de travail en un CDI. Entre autres irrégularités soulevées par la requérante, figurait l'absence de signature des contrats par la société. Les juges d'appel avaient retenu qu'il ne s'agis-

sait pas d'une irrégularité pouvant entraîner la requalification de la relation contractuelle, d'autant plus qu'il n'était pas contesté que les contrats avaient été conclus avec celui dont la signature faisait défaut et qu'ils avaient été exécutés conformément aux dispositions qui y étaient contenues.

Fidèle à sa jurisprudence, la Cour de cassation censure les juges du fond : **faute de comporter la signature de l'une des parties, les CDD ne pouvaient être considérés comme ayant été établis par écrit ; ils étaient, par suite, réputés conclus pour une durée indéterminée** (V. déjà jugé Cass. soc., 26 oct. 1999, n° 97-41.992 : JurisData n° 1999-003646).

Ainsi, il résulte de l'article L. 1242-12 du Code du travail que la signature d'un CDD a le caractère d'une prescription d'ordre public dont l'omission entraîne, à la demande du salarié, la requalification en CDI ; il n'en va autrement que lorsque le salarié a délibérément refusé de signer le contrat de travail de mauvaise foi ou dans une intention frauduleuse (V. not. Cass.

soc., 31 janv. 2018, n° 17-13.131, inédit. - Cass. soc., 7 mars 2012, n° 10-12.091 : JurisData n° 2012-003576 ; JCP S 2012, 1257, note F. Bousez).

Durée du travail

364 Heures supplémentaires : pas besoin d'accord de l'employeur

Cass. soc., 14 nov. 2018, n° 17-16.959,
FS-P+B : JurisData n° 2018-020156

Cass. soc., 14 nov. 2018, n° 17-20.659,
FS-P+B

L'employeur est tenu au paiement des heures supplémentaires rendues nécessaires par les tâches confiées au salarié, peu important qu'il ait subordonné l'accomplissement d'heures supplémentaires à son accord préalable.

C'est ce qui ressort de deux arrêts rendus le même jour par la Cour de cassation. Dans les deux affaires, invoquant l'existence d'heures