

Mai
2021

Observatoire
De Gaulle Fleurance & Associés

des transitions
sociétales

DE GAULLE
FLEURANCE
& ASSOCIÉS

SOCIÉTÉ D'AVOCATS



L'éditorial

Louis **de Gaulle** et Henri-Nicolas **Fleurance**,
président et directeur général de De Gaulle Fleurance & Associés

Pour la 2^e année consécutive, nous avons souhaité partager l'expertise de notre société et nourrir utilement le débat public sur une thématique qui nous est chère et qui compte pour nos clients : les transitions sociétales qui nous font évoluer vers un monde plus respectueux de l'humain et de l'environnement.

Un an après le début de la crise sanitaire, l'Observatoire montre que ces transitions se sont encore accélérées, sous la pression de la société civile, des ONG et des consommateurs, mais aussi des actionnaires, des investisseurs, des entreprises et des pouvoirs publics.

La France avait été précurseur sur le sujet avec sa loi sur le devoir de vigilance. Quatre ans après son adoption, onze procédures ont été engagées sur son fondement. Et c'est maintenant au tour de l'Union européenne de se saisir de la question. La Commission européenne devrait présenter une proposition législative dans le courant de l'année.

Autre signal fort : deux ans seulement après la loi Pacte, 85 % des entreprises du CAC 40 invoquent déjà une raison d'être (statutaire ou non). C'est 35 points de plus qu'en 2020 ! Et en dehors de ces grandes entreprises, la progression est de même ampleur.

Ces transitions s'observent au-delà de nos frontières, comme le montre l'analyse que nous faisons des saisines des Points de contact nationaux, en charge du respect des principes directeurs de l'OCDE sur la responsabilité des entreprises. Les saisines en matière de droits humains et environnement sont en forte progression, les premières représentant désormais 72% des saisines totales !

Ces évolutions ne se font pas pour autant sans friction, les ONG et les entreprises entretenant toujours des relations conflictuelles, contentieuses et peu collaboratives. Une tendance qui pourrait se renforcer avec l'emprise croissante du droit dur sur ce sujet, comme l'illustrent l'actuel projet de loi Climat et Résilience et les trois nouvelles infractions environnementales qu'il crée.

On le voit, notre monde change, par conviction pour une majorité d'acteurs, mais aussi encore par la contrainte. L'enjeu est de taille : nous construisons, ni plus ni moins, le droit des générations futures à vivre dans un monde juste et réconcilié avec la nature ■

3 chiffres clés

85 % des entreprises du CAC40 invoquent une raison d'être en 2021 (vs 50 % en 2020).

11 procédures (dont 7 mises en demeure et 4 assignations) ont été fondées sur la loi sur le devoir de vigilance depuis son adoption en 2017.

72 % des saisines 2020 des points de contact nationaux, en charge du respect des principes directeurs de l'OCDE sur la responsabilité des entreprises, concernent les droits humains.

Pierrick Le Goff
Associé chez De Gaulle Fleurance
& Associés

1 /

La cristallisation du phénomène contestataire de la RSE

L'une des évolutions
les plus marquantes de
ces dernières années
dans le domaine de la RSE
est la prise de conscience
généralisée des enjeux
environnementaux
et sociétaux par l'ensemble
de la société civile...



1/ La cristallisation du phénomène contestataire de la RSE

Cette vague contestataire des ONG, des consommateurs, des actionnaires, des syndicats, des analystes financiers et plus largement de toutes les composantes de la société civile et citoyenne explique certainement la tendance vers plus d'engagements de la part des entreprises et de l'Etat sur ces sujets RSE.

L'élargissement des groupes de pression

Initialement incarnés par les ONG, les groupes de pression se sont peu à peu élargis. On en veut pour preuve l'exemple des agences de vote dont la mission consiste à établir des politiques de vote pour les actionnaires lors de la préparation des assemblées générales. A titre d'illustration, Proinvest, actionnaire depuis 1995 de plusieurs sociétés cotées et pionnier français de la politique de vote d'investisseur, a décidé d'intégrer les enjeux environnementaux et sociaux dans sa politique de vote pour les assemblées générales de 2021, notamment lors des résolutions relatives au renouvellement du Directeur Général et à la rémunération des dirigeants¹. L'engagement récent des banques, à l'image de Barclays et Crédit Suisse, qui ont publiquement refusé en 2021 de financer le projet d'oléoduc de Total en Ouganda et Tanzanie²,

interpelle dans la mesure où il démontre que les entreprises peuvent à la fois être la cible des pressions et les exercer.

Il n'est pas surprenant dans ce contexte de noter que les investisseurs et actionnaires s'engagent activement dans une démarche pro-RSE et n'hésitent plus à exercer des pressions sur leurs entreprises pour les inciter à améliorer leurs pratiques. Il s'agit du phénomène d'engagement actionnarial. L'objectif est clairement de faire comprendre aux entreprises que le développement durable et éthique est devenu un nouveau standard d'investissement à long terme. On peut ainsi prendre l'exemple d'Aviva Investors qui menace de sortir de ses portefeuilles d'investissement et de crédit des entreprises du secteur du pétrole et du gaz si elles ne s'engagent pas de manière concrète à la neutralité carbone d'ici 2050³ ou bien la société de gestion Black Rock qui a annoncé voter contre le renouvellement d'administrateurs d'entreprises n'ayant pas suffisamment fait de progrès en matière de RSE⁴.

Les consommateurs ne sont pas en reste dans cette tendance à la solidification du phénomène contestataire. Il convient de noter que 70% des consommateurs cyberacheteurs privilégient des sites mettant en avant une démarche éco-responsable selon une étude de KPMG et FEVAD publiée en novembre 2020⁵.

¹ <https://www.proinvest.com/2021/03/11/integration-des-enjeux-environnementaux-et-sociaux-les-15-objectifs-de-la-politique-proinvest/>

² <https://www.aefinfo.fr/depeche/648819-total-en-ouganda-barclays-et-credit-suisse-refusent-de-financer-loleoduc>

³ <https://lessentiel.novethic.fr/blog/l-actu-1/post/la-pression-saccentue-sur-les-majors-petrolieres-pour-transformer-leur-modele-486>

⁴ <https://www.blackrock.com/fr/intermediaries/a-propos-de-blackrock/engagement-actionnarial/nos-objectifs?switchLocale=y&siteEntryPassthrough=true>

⁵ <https://www.fevad.com/etude-kpmg-x-fevad-e-commerce-et-rse-the-green-deal/>

L'implication nouvelle des Etats dans le phénomène contestataire de la RSE

Une nouvelle tendance est à noter ces dernières années : l'Etat est devenu un moteur du phénomène contestataire de la RSE. Ainsi, l'Etat français s'est récemment engagé dans la défense des Ouïghours. Le Ministre des Affaires Etrangères Jean-Yves Le Drian a appelé les entreprises françaises à cesser leurs activités dans la région du Xinjiang⁶. A plus grande échelle, ce sont des Etats, notamment l'Equateur et l'Afrique du Sud, qui ont eu l'initiative de pousser le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies (CDHNU) à adopter un instrument international contraignant relatif au respect des droits humains par les sociétés transnationales⁷. Le 26 octobre 2020, s'est tenue la sixième session de

négociation de ce traité à Genève. Lors de cette session, 22 maires français ont appelé le gouvernement français et l'Union Européenne à s'engager pleinement et activement dans ce processus de négociation⁸.

Au-delà de l'aspect purement réglementaire, les Etats jouent donc un rôle proactif pour inciter les entreprises à modifier leur comportement et adopter une stratégie de développement RSE. Cela n'empêche pas dans le même temps une hausse très visible du phénomène contestataire à leur égard. Ainsi, l'inaction de l'Etat français en matière de lutte contre le réchauffement climatique a été remise en question à trois reprises en l'espace d'un an. Le 10 juillet 2020, le Conseil d'Etat condamnait l'Etat français pour son inaction dans la lutte contre la pollution de l'air⁹. Puis, en novembre 2020, c'était au tour de l'« affaire de la commune de Grande-Synthe » de retentir. Cette commune et des ONG critiquaient l'inaction de l'Etat dans des démarches de réduction des gaz à effet de serre et de politiques d'adaptation des territoires au dérèglement climatique¹⁰. Enfin, en février 2021, le tribunal administratif de Paris, saisi par des ONG, reconnaissait dans l'« affaire du Siècle » la responsabilité de l'Etat pour inaction et carence dans sa politique climatique¹¹.

Le phénomène contestataire s'élargit donc à toutes les strates de la société civile, qui s'engage de plus en plus en faveur de la RSE et fait entendre sa voix et ses revendications. Toutefois, cet engagement laisse place à une vague nouvelle de durcissement de la RSE comme le démontre la hausse des contentieux à l'encontre des Etats.



⁶ <https://www.vie-publique.fr/discours/275853-jean-yves-le-drian-28072020-ouighours-en-chine>

⁷ https://ap.ohchr.org/documents/dpage_f.aspx?si=A/HRC/RES/26/9

⁸ <https://france.atac.org/actus-et-medias/salle-de-presse/article/ouverture-des-negociations-pour-un-traite-onu-sur-les-multinationales-et-les>

⁹ <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/le-conseil-d-etat-ordonne-au-gouvernement-de-prendre-des-mesures-pour-reduire-la-pollution-de-l-air-sous-astreinte-de-10-m-par-semester-de-retard>

¹⁰ <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/emissions-de-gaz-a-effet-de-serre-le-gouvernement-doit-justifier-sous-3-mois-que-la-trajectoire-de-reduction-a-horizon-2030-pourra-etre-respectee>

¹¹ <http://paris.tribunal-administratif.fr/Actualites-du-Tribunal/Communiqués-de-presse/L-affaire-du-siècle>

2/ La prédominance d'un droit dur de la RSE

L'entrée en vigueur de la loi sur le devoir de vigilance¹² a conduit à l'avènement d'un droit dur de la RSE avec notamment des mises en demeure de plus en plus nombreuses à l'égard des grands groupes. La confirmation de cette tendance contentieuse ainsi que l'instauration de législations complémentaires en matière de RSE ont démontré que le 4^{ème} anniversaire de la loi sur le devoir de vigilance a marqué le passage d'une phase d'avènement à celle d'une prédominance d'un droit dur de la RSE.

Une tendance contentieuse confirmée

La loi sur le devoir de vigilance a créé un terrain propice au contentieux de RSE. En cas d'absence de publication du plan de vigilance ou en cas de défaillance du plan de vigilance, toute personne justifiant d'un intérêt à agir peut mettre en demeure l'entreprise concernée de respecter ses obligations. Si la société ne respecte toujours pas ses obligations à l'issue d'une période de trois mois à compter de la mise en demeure, une action judiciaire pourra être engagée. En 2019, cinq premières mises en demeure ont été initiées.

Cette tendance contentieuse s'est confirmée en 2020 et 2021 et pourrait augmenter fortement ces prochaines années. En effet, selon l'édition 2020 du radar

du devoir de vigilance, 27% des entreprises concernées par la loi sur le devoir de vigilance n'ont toujours pas publié de plan de vigilance au cours de ces dernières années, en dépit de l'obligation légale leur incombant¹³.

Parmi les mises en demeure récentes, on signalera celle initiée par plusieurs ONG à l'encontre de Suez le 9 juillet 2020 afin que l'entreprise modifie son plan de vigilance pour faire face aux défaillances et illégalités alléguées du service d'approvisionnement d'eau assuré par sa filiale ESSAL au Chili¹⁴.

Toutefois, il semble que les mises en demeure ne suffisent pas et la société civile n'hésite plus à durcir le ton à l'encontre des entreprises considérées comme défaillantes. C'est dans ce contexte qu'une plainte était déposée en février 2021 contre Nike au nom des Ouighours de France pour pratiques commerciales trompeuses et complicité de recel de travail forcé¹⁵ ou encore qu'une assignation en justice était introduite contre EDF le 13 octobre 2020 par des associations et des défenseurs des droits humains de la communauté autochtone du village d'Unión Hidalgo au sud du Mexique (projet d'un parc éolien auquel il est reproché l'absence de consultation préalable de la population)¹⁶.



¹² <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626/>

¹³ <https://plan-vigilance.org/edition-2020-du-radar-du-devoir-de-vigilance-yves-rocher-castorama-picard-mcdonalds-france-televisions-bigard-27-des-entreprises-hors-la-loi/>

¹⁴ <https://www.business-humanrights.org/fr/dernieres-actualites/suez-mis-en-demeure-de-modifier-son-plan-de-vigilance-pour-ses-activites-au-chili/>

¹⁵ https://www.lemonde.fr/m-le-mag/article/2021/02/25/plainte-contre-nike-pour-complicite-de-recel-de-travail-force-des-ouigours-tous-les-reseaux-sont-bons_6071113_4500055.html

¹⁶ <https://ccfd-terresolidaire.org/nos-publications/edm/2020/315-decembre-2020/edf-assigne-en-justice-6817>

Focus sur une affaire récente de contentieux RSE : L'affaire du groupe Casino

Afin d'entrer davantage dans l'analyse, il est utile de faire un zoom sur une affaire spécifique, en l'occurrence celle lancée en 2020 contre le groupe Casino.

Une coalition d'associations françaises, américaines et colombiennes, parmi lesquelles Notre Affaire à tous, Sherpa, Mighty Earth et Envol Vert, mettait en demeure le groupe Casino le 21 septembre 2020 de respecter les obligations légales lui incombant en matière de risques liés à la déforestation en Amérique du Sud¹⁷. Cette mise en demeure s'appuyait sur un rapport d'Envol Vert en date de juin 2020¹⁸ relatant les liens entre la viande vendue par le groupe et la déforestation illégale. Les fermes représenteraient 4.500 hectares de forêts anéantis illégalement pour laisser place au pâturage de bovins. Des terres autochtones protégées seraient également exploitées illégalement.

En l'absence de changement significatif et satisfaisant de comportement du groupe, les associations ont annoncé le 3 mars 2021 assigner Casino en justice pour des faits de déforestation et de violation de droits humains dans sa chaîne d'approvisionnement, sur le fondement de la loi sur le devoir de vigilance¹⁹.

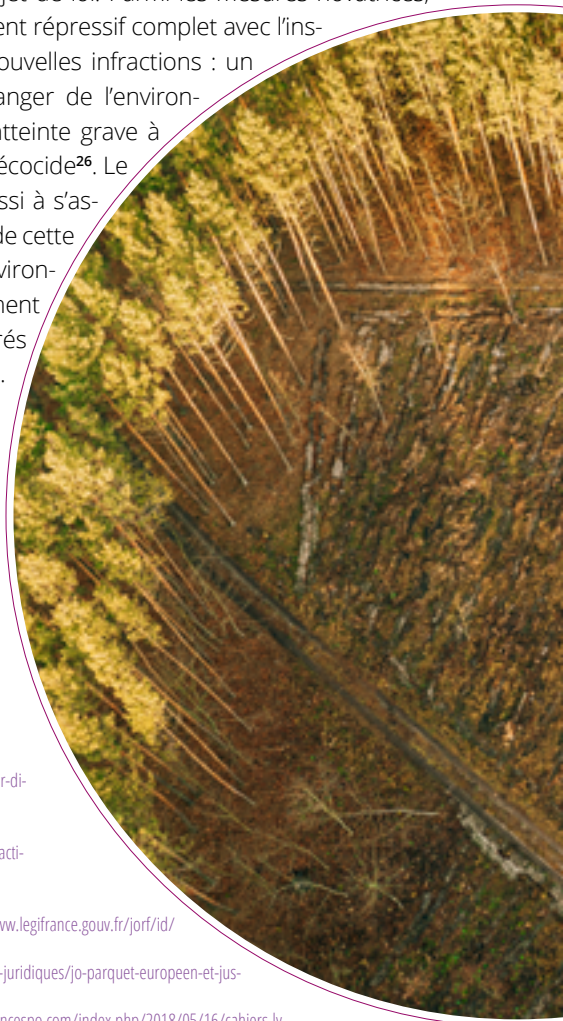
La plainte a été déposée auprès du tribunal judiciaire de Saint-Étienne, où se trouve le siège social du groupe. Un nouveau plan de vigilance va être demandé, avec des mesures solides pour lutter contre la déforestation. C'est également la première fois qu'une action en réparation du préjudice subi est engagée sur le fondement de la loi sur le devoir de vigilance²⁰.

La multiplication de législations nouvelles en matière de RSE

La loi sur le devoir de vigilance a donné une impulsion nouvelle en matière de législations RSE. La France a ainsi préparé de nouveaux textes afin de compléter son arsenal législatif.

La loi du 24 décembre 2020²¹ lance la création de juridictions spécialisées en matière d'environnement²². De plus, à l'image des possibilités de transactions pénales introduites dans la lutte contre la corruption par la loi Sapin II de 2016²³ la nouvelle loi prévoit que des conventions judiciaires d'intérêt public (CJIP) en matière environnementale pourront être conclues selon des principes similaires afin de permettre une alternative aux poursuites pénales pour les délits d'atteinte à l'environnement.²⁴

Le projet de loi climat et résilience est également examiné depuis plusieurs semaines par le Parlement²⁵. Une Convention citoyenne pour le climat avait été lancée en 2020 et cent cinquante citoyens tirés au sort avaient eu l'opportunité de proposer des mesures concrètes visant à réduire les émissions nationales de gaz à effet de serre d'au moins 40 % d'ici 2030 dans un esprit de justice sociale ; ces mesures ayant été reprises dans le projet de loi. Parmi les mesures novatrices, figure un encadrement répressif complet avec l'instauration de trois nouvelles infractions : un délit de mise en danger de l'environnement, un délit d'atteinte grave à l'environnement et l'écocide²⁶. Le projet de loi vise aussi à s'assurer de l'effectivité de cette nouvelle justice environnementale, notamment par le biais de référés environnementaux²⁷.



¹⁷ <https://www.latribune.fr/entreprises-finance/industrie/agroalimentaire-biens-de-consommation-luxe/deforestation-casino-mis-en-demeure-par-diverses-ong-857696.html>

¹⁸ <https://envol-vert.org/wp-content/uploads/2020/06/Rapport-Casino%e0coresponsable-de-la-d%C3%A9forestation.pdf>

¹⁹ https://www.francevivo.fr/monde/americques/amazone/des-associations-environnementales-assignent-en-justice-le-groupe-casino-pour-des-actes-ill%C3%A9gaux-a-la-d%C3%A9forestation-en-amazone_4318389.html

²⁰ <https://www.aefinfo.fr/depeche/647586>

²¹ LOI n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042737977>

²² <https://www.vie-publique.fr/loi/273012-loi-parquet-europeen-et-justice-penale-environnementale> ; <https://www.gazette-du-palais.fr/actualites-juridiques/jo-parquet-europeen-et-justice-environnementale-la-loi-est-publiee/>

²³ <https://www.revuedesjuristesdesciencespo.com/index.php/2018/05/16/cahiers-lysiars-la-justice-negociee/> ; <https://www.revuedesjuristesdesciencespo.com/index.php/2018/05/16/cahiers-lysiars-convention-judiciaire-dinteret-public-lindispensable-confiance/>

²⁴ <https://www.village-justice.com/articles/delit-ecocide-mis-cote-par-loi-no2020-1672-decembre-2020,37690.html>

²⁵ https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b3875_projet-loi

²⁶ <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/loi-climat-l-assemblee-veut-durcir-repression-des-delits-environnementaux#.YGLkR25OJPY>

²⁷ <https://www.dalloz-actualite.fr/printmail/flash/loi-climat-deputes-veulent-ouvrir-referes-environnementaux>

Autre évolution notable : la probable désignation de tribunaux judiciaires dédiés pour traiter des litiges relatifs au devoir de vigilance²⁸. Par le biais d'une modification du code de l'organisation judiciaire, le législateur envisage en effet de mettre fin à l'incertitude entre compétence des tribunaux de commerce et compétence des tribunaux judiciaires révélée depuis plus d'un an dans les contentieux Total. Une telle modification viendrait ainsi résoudre une imprécision majeure de la loi sur le devoir de vigilance.

En dehors des frontières nationales, c'est l'Union Européenne qui s'est emparée des sujets de droit dur de la RSE. Outre la révision de la directive sur le reporting extra-financier (2014/95/UE) pour permettre l'amélioration de l'information des acteurs économiques en matière de durabilité²⁹, l'Union Européenne prépare également une directive ambitieuse sur le devoir de vigilance³⁰. Le parlement européen a ainsi adopté le 10 mars 2021 une proposition sur le devoir de vigilance des multinationales, visant à les rendre juridiquement responsables des violations des droits humains et des

dommages à l'environnement commis dans leurs chaînes de production³¹.

La Commission européenne a d'ailleurs annoncé qu'elle présenterait sa proposition législative à ce sujet dans le courant de l'année. Ce texte prévoit des règles européennes contraignantes en matière de devoir de diligence qui obligerait les entreprises à identifier, traiter et corriger les aspects de leur chaîne de valeur qui pourraient porter préjudice ou qui portent réellement préjudice aux droits humains, à l'environnement et à la bonne gouvernance. Les entreprises qui souhaitent accéder au marché intérieur de l'UE, notamment celles installées en-dehors de l'Union, devraient également prouver qu'elles respectent ces obligations de diligence raisonnable. Les députés européens souhaitent aller plus loin et proposent d'autres mesures telles que l'interdiction d'importer des produits liés à de graves violations des droits humains, comme le travail forcé des enfants.

3/ L'accélération d'initiatives pro-RSE de la part des entreprises, nouvel élan de droit souple

De plus en plus d'entreprises portent un regard nouveau sur les sujets de RSE. La hausse du phénomène contestataire et l'instauration progressif d'un droit dur ont contribué à cette prise de conscience des dirigeants d'entreprises. Ceux-ci n'hésitent plus désormais à multiplier leurs engagements en faveur de mesures RSE et à se faire eux-mêmes les messagers des actions mises en œuvre.

La crise de la Covid-19 a également joué un rôle accélérateur dans cette tendance et a donné une impulsion nouvelle au droit souple de la RSE. C'est ainsi que les entreprises ont fait preuve d'actions solidaires pour participer à l'effort de gestion de crise. Il convient de noter à cet égard que depuis la crise

sanitaire, les emplois liés à la RSE sont en plein essor avec un accroissement des budgets pour les équipes travaillant sur ces thématiques³² et l'intérêt des salariés pour ces sujets a augmenté³³. Il n'est également pas surprenant de constater que les entreprises déjà engagées sur le chemin de la RSE ont su mieux s'adapter à la crise et ont su faire preuve d'une plus grande capacité de résilience³⁴. La crise sanitaire a finalement démontré aux dirigeants d'entreprises l'intérêt d'adopter une démarche RSE.

C'est ainsi que se dessine un régime hybride de la RSE, entre droit dur et droit souple ; mais ces deux facettes ont une finalité commune et se complètent pour permettre des avancées majeures et rapides sur ces sujets.

²⁸ <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/contentieux-relatif-au-devoir-de-vigilance-vers-designation-de-tribunaux-judiciaires-dedies>

²⁹ <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/reporting-extra-financier-gouvernance-d-entreprise-durable-devoir-de-vigilance-point-sur-proje#.YGsrtOgzY2x>

³⁰ <https://www.lemondedudroit.fr/institutions/74393-devoir-vigilance-europeen-parlement-europeen-adopte-rapport-initiative-legislative.html>

³¹ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0018_FR.html

³² <https://www.novethic.fr/actualite/entreprise-responsable/isr-rse/transformation-des-entreprises-les-emplois-dans-la-rse-et-l-esg-ne-connaissent-pas-la-crise-149576.html>

³³ <https://www.medef.com/fr/actualites/barometre-de-perception-de-la-rse-en-entreprise>

³⁴ <https://www.cddd.fr/crise-sanitaire-covid19-point-de-bascule-generalisation-rse/>

L'engagement croissant des entreprises

Les exemples d'actions d'entreprises en faveur de la RSE ne manquent pas ces derniers mois. L'annonce d'Apple de conditionner 10% du bonus de ses dirigeants à des critères RSE en 2021³⁵ et le lancement d'un plan zéro-carbone de Netflix en mars 2021³⁶ confirment la tendance : les démarches RSE font partie des préoccupations des entreprises.

Elles sont en effet dans une réflexion constante pour améliorer leurs comportements. A titre d'illustration, cinquante dirigeants de grandes entreprises françaises et européennes ont rédigé une tribune en septembre 2020 pour accélérer la transition des entreprises vers une gouvernance partagée³⁷ et ont lancé **une grande consultation citoyenne sur le rôle de l'entreprise et les attentes envers l'entreprise de demain**³⁸.

De même, aura lieu dès l'été 2021 une consultation d'entreprises à l'image de la convention citoyenne pour le climat. Ainsi, des représentants de 150 sociétés tirées au sort se réuniront au sein de la « Convention21 » pour formuler des propositions, qui seront notamment remises aux candidats à l'élection présidentielle de 2022³⁹.

La progression du dialogue entre parties prenantes est un bon indicateur pour illustrer ce propos. Le Comité 21 et Des Enjeux et des Hommes ont présenté en février 2021 un benchmark international relatif aux pratiques de dialogues des entreprises avec les parties prenantes, pratique indispensable des entreprises pour s'engager dans des démarches RSE⁴⁰. Des mécanismes innovants ont été mis en avant, telles que la cartographie détaillée des parties prenantes pour mieux dialoguer, l'ouverture de centres de co-innovation avec ses parties prenantes ou encore la création de groupes de travail dans le but de mieux intégrer les parties prenantes à la prise de décision des entreprises sur des sujets RSE⁴¹.

La volonté des entreprises de prendre des mesures concrètes en faveur de la RSE a notamment été constatée par le Baromètre RSE de Mazars en matière de reporting extra-financier⁴². Selon cette étude, 98 % des entreprises du panel (67 sociétés du CAC 40, du Next 25 et du Last 15 du SBF 120) publient leur stratégie RSE et y associent des engagements et 60 % d'entre elles présentent des objectifs quantitatifs avec un agenda dédié, conformément aux recommandations de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF).

Les entreprises sont encouragées à multiplier et promouvoir leurs actions grâce à la création de différents classements. C'est ainsi que l'indice CAC 40 ESG a été lancé le 21 mars 2021, rassemblant les entreprises françaises du CAC 40 qui présentent les meilleures pratiques ESG (i.e. RSE)⁴³. Il en est de même avec la création du classement Ethisphere permettant de distinguer des entreprises pour leurs comportements éthiques ; L'Oréal, Capgemini et Schneider Electric sont distinguées en 2021⁴⁴. Ces classements contribuent à donner une image positive des entreprises. Dès lors, en cas de comportement non-respectueux des pratiques RSE, des associations n'hésitent pas à demander le retrait d'entreprises de certaines de ces distinctions. A titre d'illustration, l'ONG Mighty Earth a appelé le 23 mars 2021 le Climate Bonds Initiative (trust caritatif international centré sur les investisseurs verts) à retirer de sa liste l'obligation verte de 95 millions de dollars finançant le projet de Michelin de plantation de caoutchouc en Indonésie⁴⁵, étant précisé que la plateforme CommodAfrica indique que Michelin conteste les accusations de déforestation⁴⁶.

Lorsque la multiplication d'actions spontanées des entreprises en faveur d'une transition sociétale sera parvenue à combattre le scepticisme et l'inquiétude de la société civile quant à l'engagement des entreprises dans des démarches RSE, on assistera en toute probabilité à l'apparition d'un vecteur d'apaisement dans les relations ONG / entreprises.

³⁵ <https://www.ouest-france.fr/economie/apple-ajoute-des-criteres-sociaux-et-environnementaux-aux-bonus-de-ses-dirigeants-7109171>

³⁶ <https://about.netflix.com/fr/news/net-zero-nature-our-climate-commitment>

³⁷ <https://www.ouest-france.fr/reflexion/point-de-vue/point-de-vue-acceler-la-transition-de-nos-entreprises-vers-une-gouvernance-partagee-6972412>

³⁸ <https://www.esteval.fr/article.24148.plus-de-165-propositions-pour-repenser-le-role-de-l-entreprise-de-demain>

³⁹ <https://www.convention21.fr/> ; <https://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/opinion-entreprises-et-climat-ce-que-lavenir-impose-1276126>

⁴⁰ <https://www.cddd.fr/dialogue-parties-prenantes-entreprises/>

⁴¹ <http://www.comite21.org/docs/benchmarkpp.pdf>

⁴² <https://www.mazars.fr/Accueil/Insights/Publications-et-evenements/Etudes/Etude-Barometre-RSE-2020> ; Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires n° 1, Février 2021, act. 32.

⁴³ <https://www.euronext.com/fr/for-investors/indices>

⁴⁴ <https://ethisphere.com/2021-wme-announcement/>

⁴⁵ <https://www.mightyearth.org/2021/03/23/mighty-earth-urges-climate-bonds-initiative-to-delist-95m-michelin-green-bond-amid-allegations-of-industrial-deforestation/>

⁴⁶ <http://www.commodafrica.com/12-10-2020-caoutchouc-michelin-conteste-les-accusations-de-mighty-earth-sur-la-deforestation>

La loi Pacte, dispositif favorable aux avancées RSE

La loi Pacte du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises⁴⁷ permet d'explorer les nouvelles frontières de la RSE. Sa principale innovation, à savoir la possibilité pour les sociétés de se doter d'une raison d'être enregistrée dans leurs statuts et donc approuvée par les actionnaires, ouvre la voie vers une reconnaissance officielle de la compatibilité entre capitalisme et mission sociale de l'entreprise.

L'accent sur cette compatibilité se retrouve d'ailleurs dans l'une des plus récentes publications dans ce domaine, à savoir l'ouvrage sorti le 15 avril dernier sur le thème « Raison d'être, responsabilité et engagement. L'entreprise au-delà du capitalisme ».⁴⁸ Cet ouvrage ayant été rédigé sous la direction d'Alexandre Menais, secrétaire général du groupe ATOS, première société du CAC40 à avoir adopté une raison d'être, il ne pouvait qu'attirer à juste titre un impact médiatique mérité et l'attention bienveillante des observateurs. Le mois d'avril était propice à la littérature sur le sujet puisque sortait également le passionnant ouvrage collectif « Nos raisons

d'être. Vers une société durable et plus humaine », par Cyrielle Hariel et Sylvain Reymond, de quoi démontrer la vivacité de l'engouement intellectuel et doctrinal sur le sujet.⁴⁹

Aux termes de l'article 1835 du code civil, la raison d'être 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. Il s'agit là de donner un sens à l'action collective de l'entreprise. La loi Pacte introduit également la qualité de société à mission. Conformément à l'article L. 210-10 du code de commerce, les statuts des sociétés à mission précisent une raison d'être, des objectifs sociaux et environnementaux ainsi que les modalités de suivi d'exécution de la mission.

Cette nouvelle législation inaugure un concept hybride dans lequel le droit dur de la RSE vient en renfort des initiatives spontanées du droit souple, en permettant de leur donner un véritable cadre juridique.

⁴⁷ <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000038496102/>

⁴⁸ Alexandre Menais (sous la direction de), Raison d'être, responsabilité et engagement. L'entreprise au-delà du capitalisme, Lexis Nexis, 15 avril 2021.

⁴⁹ Cyrielle Hariel et Sylvain Reymond, Nos raisons d'être. Vers une société durable et plus humaine », Editions Anne Carrière, 9 avril 2021.

Les entreprises s'engagent au fur
et à mesure dans des démarches d'adoption de raison d'être.
On note une hausse des raisons d'être pour les entreprises du CAC 40
et une forte augmentation des engagements des entreprises hors CAC 40.

Pour les entreprises du CAC 40 :

Raison d'être revendiquée hors statuts
(par communiqué de presse, par
déclaration interne, sur le site web,
ou sur le document de référence) :

29 entreprises en 2021 : Air
Liquide, Airbus, Axa, BNP,
Bouygues, Capgemini, Crédit
Agricole, Dassault Systèmes,
EssilorLuxotica, Groupe PSA,
certaines maisons de LVMH
(Guerlain dès 2019), Legrand,
L'Oréal, Michelin, Pernod Ricard,
TechnipFCM, Publicis, Renault
(pour Renault, raison d'être
présentée en AG le 23 avril 2021),
Safran, Saint Gobain, SANOFI,
Schneider Electric, Société
Générale, Sodexo, Total,
Unibail-Rodamco-Westland,
Véolia, Vinci, Thalès.

Raison d'être statutaire :

6 entreprises en 2021 :
Atos, Carrefour, Danone (vote
en AG le 26 juin 2020) Engie,
Orange et Worldline (vote
en AG le 9 juin 2020)



**Raison
d'être,
deux ans
après**

85 %
des entreprises du CAC40
invoquent une raison
d'être en 2021
(vs 50 % en 2020)

Hors CAC 40 :

De grandes entreprises
ont revendiqué leur raison
d'être dans leurs statuts,
comme le Groupe Rocher en 2019.

En 2020 on observe une forte
hausse des grandes entreprises
qui revendiquent une raison
d'être statutaire :
Aéroport de Paris,
AG2R, EDF, FDJ,
Macif , MAIF,
Naturalia, Voltalia.

Hors statuts,
de grandes entreprises
se sont également
engagées dès 2019 :
Decathlon, Edenred,
Nature & Découverte,
PwC, RATP, Sanofi.

Emergence des sociétés à mission, deux ans après

Selon l'Observatoire des entreprises à mission, 166 sociétés à mission sont recensées en mai 2021⁵⁰, soit 15 sociétés supplémentaires depuis janvier de la même année⁵¹. Ces chiffres démontrent un réel attrait et une progression constante pour ce type d'entreprise. On notera toutefois que deux tiers des entreprises à mission ont moins de 50 salariés, ce qui montre que les grandes sociétés restent assez distantes du phénomène à ce jour.

Anne Mollet, Directrice Générale de la Communauté des Entreprises à Mission (CEM), détaille ce mouvement de progression : « 2020 aura été l'année d'expérimentation pour les entreprises pionnières, 2021 sera celle de l'amplification. Si les TPE-PME portent le mouvement actuellement, on sait que les ETI et les grands groupes travaillent dessus »⁵². On pense notamment à Danone, Yves Rocher, MAIF ou encore la Camif.

Le Bilan de la loi Pacte

L'engouement des entreprises pour adopter une raison d'être et la forte émergence des sociétés à mission tracent la rapidité du mouvement de transition sociétale. La loi Pacte a donc su convaincre les entreprises ; mais pas seulement. Il s'agit d'un vrai levier d'attractivité pour les clients exigeants et d'une forte source de recrutement des jeunes talents, des entreprises constatant une réception de CV en forte hausse depuis qu'elles sont devenues sociétés à mission⁵³.

Toutefois, l'éviction d'Emanuel Faber de la Direction de Danone vient apporter des nuances à ce bilan encourageant. Cet événement qui a agité les analystes RSE ces dernières semaines témoigne des résistances de certains actionnaires et investisseurs à s'orienter vers un capitalisme au service de l'intérêt général⁵⁴. Cette résistance se reflète dans le faible

nombre de grandes entreprises ayant choisi de revêtir la qualité de société à mission.

Pour clôturer ce tour d'horizon des initiatives spontanées des entreprises, on peut considérer que si le succès du modèle société à mission est très relatif au niveau des grandes entreprises, ceci ne doit pas masquer l'engouement plus que palpable en faveur de la raison d'être. Sous cet angle, la loi Pacte a sans nul doute atteint son objectif. Il est donc permis de fonder un réel espoir dans ces nouvelles formes hybrides de la RSE entre droit dur et droit souple car les actions des entreprises, peu à peu, permettent d'avancer vers une transition et de mettre en exergue un avantage concurrentiel important.

⁵⁰ https://observatoire.entreprisesamission.com/societes-a-mission?3fbfa1a5_page=1

⁵¹ <https://www.ecommercemag.fr/Thematique/retail-1220/Breves/entreprises-sont-devenues-societes-mission-2020-356582.htm>

⁵² <https://www.aefinfo.fr/depeche/643979>

⁵³ <https://www.leparisien.fr/economie/business/enjeux-sociaux-et-environnementaux-les-entreprises-a-mission-un-modele-d-avenir-15-03-2021-8428550.php>

⁵⁴ « La raison d'être face au mur de la rentabilité maximale » : <https://www.dalloz-actualite.fr/printmail/flash/raison-d-etre-face-au-mur-de-rentabilite-maximale>

72%

des saisines 2020
des points de contact nationaux,

en charge du respect des principes directeurs de l'OCDE sur la responsabilité des entreprises, concernant les droits humains.

4/ De nouveaux modes de résolution des litiges RSE

Face à la hausse du contentieux RSE et au déclin des recours aux mécanismes traditionnels de résolution des litiges en dehors des tribunaux, il est permis de fonder quelques espoirs sur de nouveaux modes de résolution des litiges, plus consensuels.

Les PCN : déclin des mécanismes traditionnels de résolution des litiges ?

Les Principes Directeurs de l'OCDE, fixant un ensemble de règles sur la responsabilité des entreprises, permettent la mise en place d'une procédure de suivi par le biais des PCN (points de contacts nationaux). La mission de ces PCN, instaurés depuis 2011 et créés par les pays adhérents, est de contribuer au renforcement de l'efficacité des Principes Directeurs en participant à la résolution des difficultés soulevées par leur mise en œuvre. Le PCN français est rattaché au Ministère de l'Économie et des Finances et exerce pleinement son rôle d'instance non-juridictionnelle de règlement des différends émanant de l'application des Principes Directeurs.

On note un déclin du nombre de saisines des PCN depuis la fin d'année 2018 au niveau international. Cette tendance se confirme également en France.

Les critiques adressées au PCN français peuvent expliquer ces chiffres en baisse. En effet, en mars 2018, plusieurs ONG telles que Sherpa et Greenpeace dénonçaient le manque d'efficacité du PCN français et publiaient un communiqué pour appeler à une réforme⁵⁵. Cette tendance n'a fait que se confirmer. Plusieurs ONG ont boycotté la réunion annuelle de

dialogue avec la société civile en février 2020 pour dénoncer l'absence de réforme depuis 2018⁵⁶.

A titre d'illustration, après l'inefficacité de la plainte déposée auprès du PCN français en 2018 dans le cadre du projet Guna Sicaru d'EDF au Mexique, les associations ont décidé de saisir la justice française en 2020 pour monter d'un cran dans leurs réclamations à l'encontre de l'entreprise⁵⁷. Il en est de même dans l'affaire Bolloré / Socapalm. En 2010, Sherpa avait saisi le PCN français au sujet des activités de la filiale camerounaise du groupe Bolloré, la Socapalm, qui engendreraient des problèmes sociaux, environnementaux et fonciers et porteraient atteinte aux communautés riveraines et aux travailleurs. Un accord avait été conclu par la médiation du PCN en 2013 mais Sherpa considérait qu'il n'avait pas été appliqué. Sherpa a donc assigné Bolloré et Socapalm en justice. Le 25 mars 2021, le tribunal judiciaire de Nanterre a estimé que l'accord issu du PCN n'était pas confidentiel et pouvait être produit en justice en vue de son exécution forcée⁵⁸.

Autre tendance au niveau mondial des PCN : une forte hausse des saisines en matière de droits humains (72% des saisines totales de 2020). Les plaintes en matière d'environnement sont aussi en forte progression. Les secteurs impliqués demeurent majoritairement la finance, la manufacture et le domaine minier.

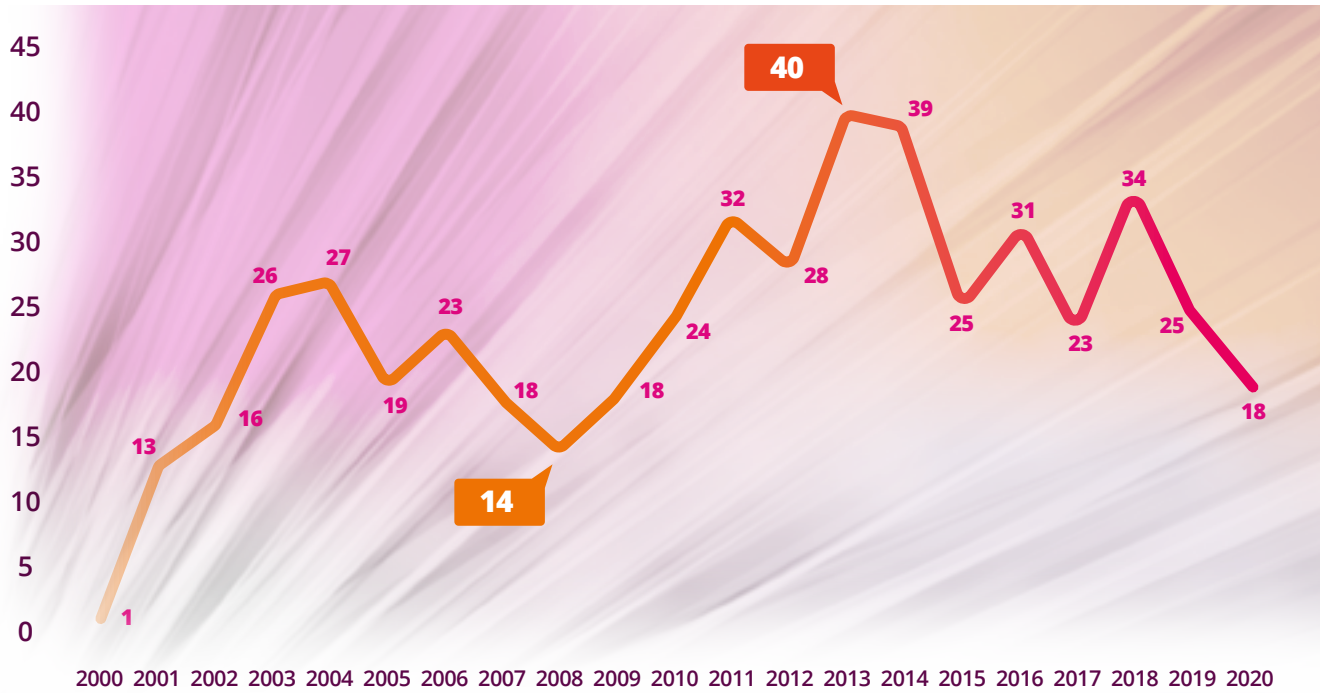
⁵⁵ <https://www.asso-sherpa.org/point-de-contact-national-francais-de-locde-ong-tirent-sonnette-dalarme>

⁵⁶ <https://www.asso-sherpa.org/boycott-email-adresse-point-de-contact-national-de-locde>

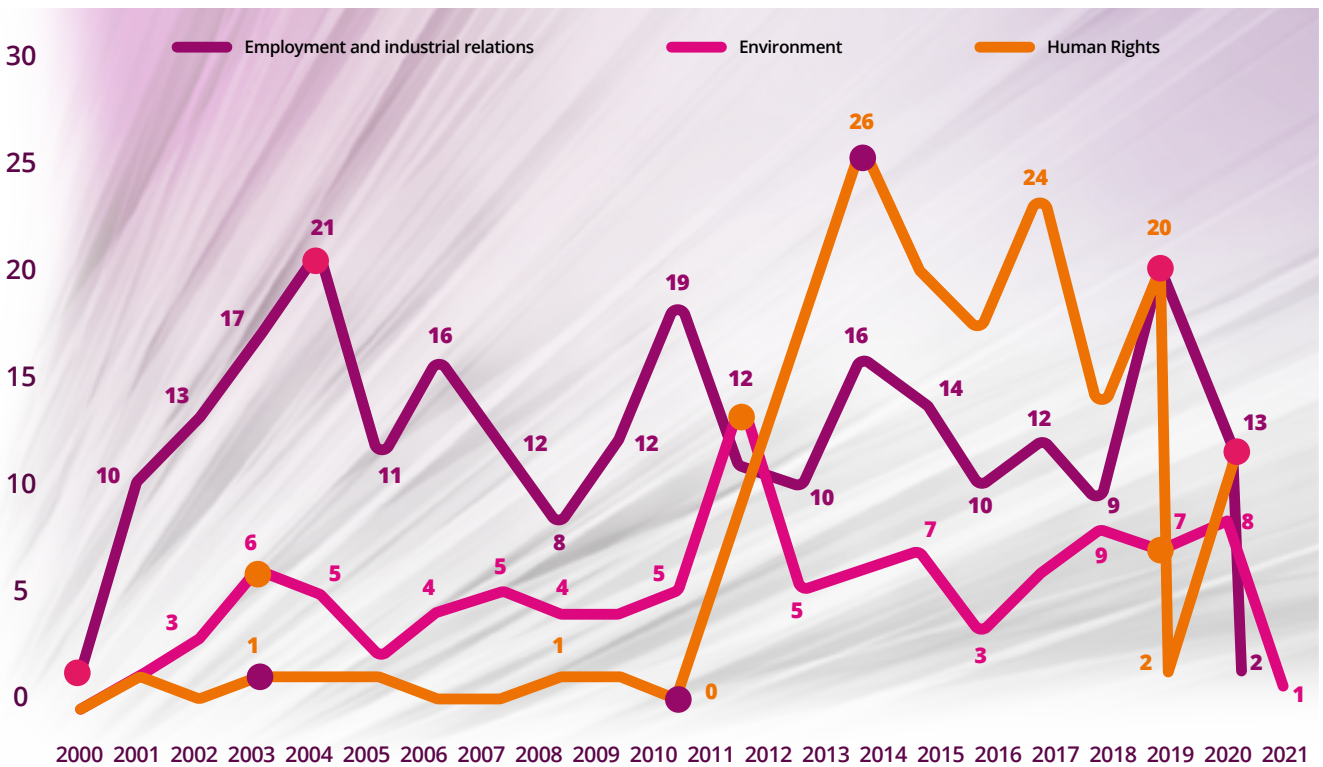
⁵⁷ <https://ccfd-terresolidaire.org/nos-publications/edm/2020/315-decembre-2020/edf-assigne-en-justice-6817>

⁵⁸ <https://www.asso-sherpa.org/affaire-bolloré-socapalm-la-juge-tranche-en-faveur-des-ong>

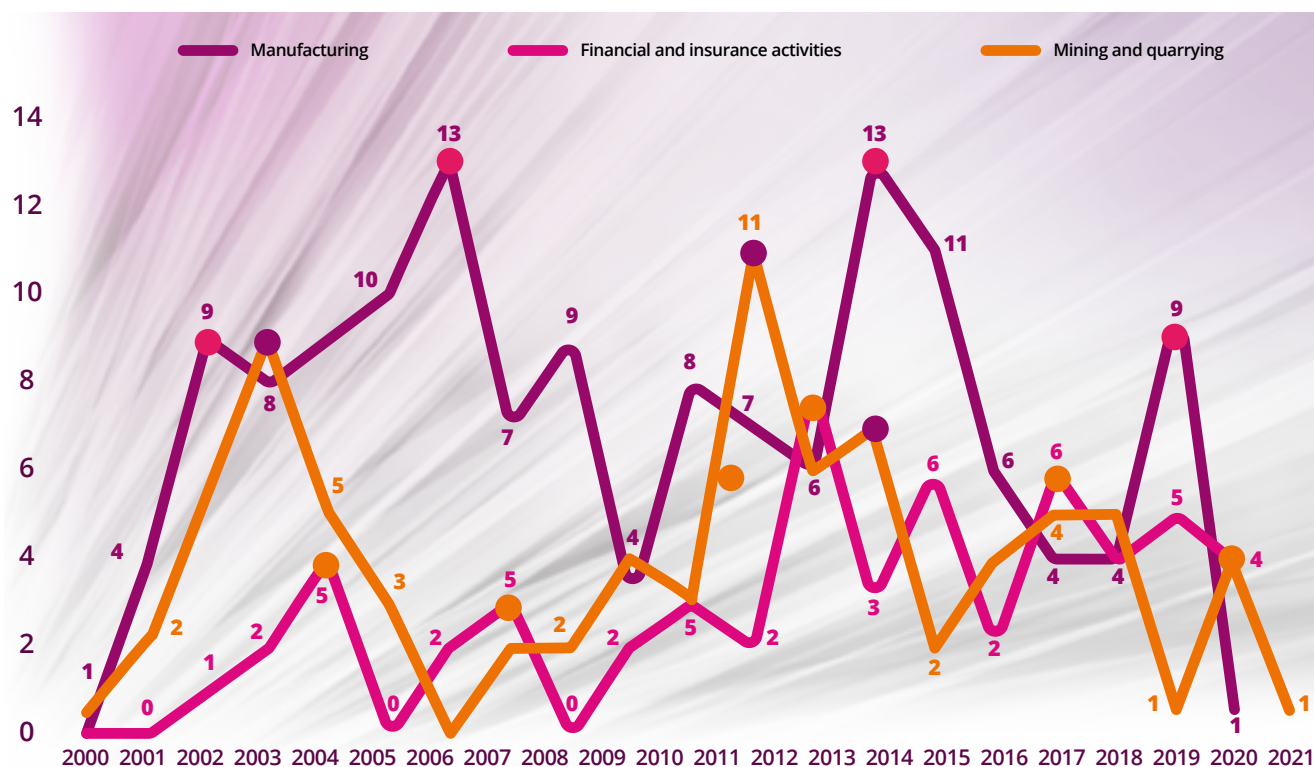
Nombre de saisines déposées auprès des PCN



Nombre de saisines déposées auprès des PCN par sujet



Nombre de saisines déposées auprès des PCN par secteur d'activité



Bilan :

L'attention grandissante portée par la société civile à l'urgence climatique et la montée en puissance continue des revendications en faveur de la protection des droits humains permettent d'alimenter les saisines des PCN dans ces domaines. Malgré le bilan nuancé de l'efficacité des PCN français, les statistiques laissent à penser que les entreprises

ont tout intérêt à se responsabiliser en matière de protection des droits humains afin d'éviter des plaintes à leur égard. Cela nous incite à comprendre que les PCN, en plus d'être une instance non-juridictionnelle de résolution des différends, jouent un rôle déterminant dans la transition sociétale des entreprises.

Toutes les données sont issues de : <https://mneguidelines.oecd.org/database/>

L'arbitrage : approche avant-gardiste de résolution des litiges RSE ?

Résoudre les contentieux issus de thématiques RSE par voie d'arbitrage peut apparaître contre-intuitif mais semble être une alternative efficace. L'arbitrage présente en effet de nombreux avantages, notamment la rapidité de la procédure et la force exécutoire des sentences à l'international.

Il serait d'ailleurs particulièrement intéressant de résoudre les contentieux de RSE sous l'angle de l'arbitrage d'investissement. En effet, les contentieux RSE ont vocation à impliquer des investisseurs étrangers et un Etat. Il est fréquent que des sociétés internationales investissent dans un Etat étranger

pour y développer un projet, lequel peut devenir controversé s'il viole des standards ou principes fondamentaux de la RSE. Il n'est donc pas surprenant dans ce contexte de constater un intérêt pour l'arbitrage d'investissement RSE.

L'intégration de la RSE au sein des traités d'investissement représente un progrès majeur de ces dernières années. Les textes des traités intègrent ainsi des devoirs incombant aux Etats, soit en y faisant référence au sein du préambule du traité soit dans le corps du texte.

Suite /...

L'arbitrage : approche avant-gardiste de résolution des litiges RSE ?

Selon la base de données de la cartographie de la CNUCED, 223 traités d'investissement dont 170 en vigueur, contiennent des références à la RSE dans leurs préambules⁵⁹. Dans d'autres traités, il existe une référence plus directe. Par exemple, l'article 422 de l'Accord d'association UE-Ukraine précise que les Etats promeuvent les pratiques commerciales responsables. Cet article opère un renvoi aux standards établis par le pacte mondial des Nations Unies et par les principes directeurs de l'OCDE⁵⁷. Une autre stratégie consiste à prévoir la compétence extraterritoriale des Etats d'origine sur les actes commis par les investisseurs étrangers, qui doivent ainsi veiller à l'engagement de la responsabilité civile de leurs investisseurs⁶⁰. Les traités intègrent aussi des devoirs incombant aux investisseurs étrangers. Le TBI Maroc-Nigéria en est une illustration pertinente⁶¹. Aux termes de ce traité, les investisseurs doivent respecter des obligations RSE et s'efforcer d'atteindre les normes les plus élevées en la matière.

De nombreux investisseurs s'engagent eux-mêmes pour que leurs investissements à l'étranger soient durables. Par exemple, Lyxor Asset Management, filiale du groupe Société Générale, a annoncé en janvier 2021 la publication de la température de plus de 150 de ses fonds ETF, afin que les investisseurs puissent orienter plus aisément leurs

capitaux vers des investissements verts et durables⁶². Les relations entre les investisseurs et les Etats étrangers peuvent également être un enjeu majeur, notamment dans des pays instables politiquement où les standards RSE sont mis de côté. Le cas de Total en Birmanie illustre ce propos. Ainsi, le groupe pétrolier a annoncé le 4 avril 2021 maintenir sa présence controversée en Birmanie suite au coup d'Etat militaire. Le groupe français estime que son départ exposerait les travailleurs de Total au risque d'être emprisonné. Il s'est donc engagé à financer des ONG pour les droits humains à hauteur de ce qu'il verse à l'Etat birman au travers des taxations⁶³.

L'intégration de la RSE en arbitrage d'investissement se constate aussi de manière concrète dans la pratique arbitrale. Dans plusieurs affaires, les arbitres ont pris en compte le comportement RSE défaillant de l'investisseur étranger pour donner droit à des demandes d'indemnisation portées par les Etats⁶⁴. La pratique arbitrale reconnaît en effet la possibilité pour les Etats de lancer des demandes reconventionnelles contre les investisseurs étrangers. Par exemple, dans *Urbaser c. Argentine*⁶⁵, le gouvernement argentin a formulé une demande reconventionnelle contre un investisseur qui n'avait pas suffisamment investi pour garantir un accès adéquat à l'eau pour la population.

⁵⁹ <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iaa-mapping>

⁶⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A2014A0529%2801%29>

⁶¹ Exemple : article 17 du modèle de TBI de la Communauté de développement d'Afrique australe : <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf>

⁶² <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/tips/3711/morocco---nigeria-bit-2016->

⁶³ <https://www.lyxor.com/lyxor-publie-la-temperature-de-plus-de-150-fonds>

⁶⁴ https://www.france24.com/fr/monde/birmanie/total-se-maintient-en-birmanie-malgre-la-repression_4359263.html

⁶⁵ <https://www.iisd.org/itn/fr/2020/12/19/incorporating-corporate-social-responsibility-within-investment-treaty-law-and-arbitral-practice-progress-or-fantasy-remedy-claire-cutler-david-lark/#:~:text=S'agissant%20des%20textes%20des,portant%20directement%20sur%20la%20RSE.>

⁶⁵ *Urbaser S.A. et Consorcio de Agua Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa c. La République d'Argentine*, Affaire CIRDI n°ARB/07/26.

Suite /...

L'arbitrage : approche avant-gardiste de résolution des litiges RSE ?

De même, dans *Burlington Resources c. Equateur*⁶⁶, l'Equateur affirmait que l'investisseur n'avait pas maintenu l'infrastructure en bon état de fonctionnement, entraînant des dommages environnementaux importants.

Par conséquent, l'intégration progressive de la RSE en arbitrage d'investissement constitue une voie prometteuse pour résoudre les nouveaux litiges émanant de ces sujets.

On ne peut ignorer d'autres initiatives arbitrales, telle que l'instauration des Règles de la Haye sur les procédures d'arbitrage dans le domaine « entreprises et droits de l'homme⁶⁷ ». Lancé en décembre 2019, cet ensemble novateur de règles procédurales vise à encourager le

recours à l'arbitrage international pour solder les litiges entre multinationales et parties alléguant des violations de droits humains. Ces règles s'adaptent à la particularité des litiges RSE, notamment en dérogeant au principe de la confidentialité, en permettant à un nombre important de parties de participer à la procédure et en diminuant les coûts.

A notre connaissance, aucune affaire n'a pour l'instant utilisé ce mécanisme mais ces règles gagnent clairement en notoriété à en juger les récentes analyses et commentaires spécialisés publiés ces derniers mois⁶⁸. Il sera donc intéressant à l'avenir de voir si l'engouement doctrinal pour ces règles donne suite à des applications pratiques afin de présenter une alternative efficace et viable à la résolution des litiges RSE.

⁶⁶ *Burlington Resources Inc. c. La République d'Equateur*, Affaire CIRDI n°ARB/08/5

⁶⁷ <https://www.cic.nl/project/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/>

⁶⁸ Voir notamment Niklaus Zaugg & Alex Bardin, *Business Human Rights – A new field of activity for arbitration*, *ASA Bulletin* No.39, mars 2021, p. 109 & s ; Catherine Kessedjian, *Droits de l'homme - The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration ou comment l'arbitrage et la médiation peuvent renforcer le respect des droits de l'homme par les entreprises*, *Journal du droit international (Clunet)*, No. 1, janvier/mars 2021, variétés 1.

Observatoire
De Gaulle Fleurance & Associés

des transitions sociétales

9, rue Boissy d'Anglas, 75008 Paris - France - Tél. : **+33 (0)1 56 64 00 00** - Fax : +33 (0)1 56 64 00 01
222, avenue Louise, 1050 Bruxelles - Belgique - Tél. : +32 (0)2 644 01 64 - Fax : +32 (0)2 644 31 16

contact@dgfla.com - www.degaullefleurance.com

SAS au capital de 40 000 euros - RCS Paris 439 534 835
Confidentialité / Correspondance d'avocat / Privileged and confidential - Attorney Correspondance

**DE GAULLE
FLEURANCE
& ASSOCIÉS**

SOCIÉTÉ D'AVOCATS