



SciencesPo.

Marie DUDT

Aurore MARIE

Ana NICOLESCU

Wen WEI

La Clinique de l'École de droit de Sciences Po RISE

Projet « Le groupe XXXX »

LA FORCE CONTRAIGNANTE DES ENGAGEMENTS RSE

ET LEUR CONTRACTUALISATION

Mémoire

A l'attention du commanditaire, Le Groupe XXXX

Le 19 mai 2014

Résumé :

Ce Mémoire est le fruit d'un travail de recherche et de réflexion effectué par les étudiants en charge du Projet XXXX, dans le cadre de la Clinique de l'École de droit de Sciences Po. Il ne s'agit en aucun cas d'une consultation juridique, dans la mesure où aucun conseil n'est donné au commanditaire. L'objectif est plutôt d'attirer l'attention de ce dernier sur un certain nombre de points afin de lui permettre de mieux comprendre les enjeux juridiques des outils de la Responsabilité Sociale des Entreprises (« **RSE** ») et d'ensuite orienter sa politique RSE selon sa volonté propre.

Le présent document s'articule en deux parties. Une réflexion générale sur la force contraignante des outils RSE (1) fait état d'un mouvement jurisprudentiel tendant vers une sanction grandissante des juridictions en cas de non-respect des engagements RSE pris par les entreprises. Face à un tel mouvement, il peut être opportun de contractualiser ses engagements RSE. En cas d'insertion de clauses RSE dans les contrats, un certain nombre de problématiques sont alors à envisager (2).

Il est par ailleurs précisé que le contenu de ce Mémoire n'engage que ses auteurs et non la Clinique et l'École de droit de Sciences Po dans son ensemble.

TABLE DE MATIÈRES

| | |
|--|-----------|
| Résumé | 1 |
| Table de matières | 2 |
| 1. LA FORCE CONTRAIGNANTE DES ENGAGEMENTS RSE | 3 |
| 1.1 LA RSE, UN CONCEPT EN QUETE DE DEFINITION..... | 3 |
| 1.2 UNE QUALIFICATION JURIDIQUE UNIQUE ? | 4 |
| 1.3 QUELLE FORCE CONTRAIGNANTE ?..... | 5 |
| 1.4 QU'EST-CE QU'UNE CLAUSE RSE ? | 6 |
| 2. AUDIT D'UN CONTRAT DE DISTRIBUTION ET D'UNE CLAUSE RSE | 8 |
| 2.1 LES RISQUES RELATIFS A LA FORMATION DU CONTRAT | 8 |
| 2.1.1 Vices du consentement pouvant affecter un contrat contenant un engagement RSE | 8 |
| 2.1.2 Définitions des « valeurs RSE » | 10 |
| 2.1.3 La place des engagements RSE dans le contrat | 11 |
| 2.1.4 Les particularités des engagements RSE pris dans les contrats de distribution sélective..... | 13 |
| 2.2 LES RISQUES RELATIFS A L'EXECUTION DU CONTRAT | 14 |
| 2.2.1 L'engagement RSE, une obligation de moyen ou de résultat | 14 |
| 2.2.2 L'engagement RSE, une obligation essentielle du contrat ?..... | 14 |
| 2.2.3 Sanctions en cas de violation des obligations RSE | 15 |
| Conclusion | 16 |

1. LA FORCE CONTRAIGNANTE DES ENGAGEMENTS RSE

La RSE est indubitablement un concept riche et novateur. Néanmoins, il s'agit aussi d'une notion difficile à définir. Elle pourrait, non sans humour, être qualifiée d'OJNI (objet juridique non identifié), ce qui résumerait bien l'état de la doctrine à ce jour. Cet acronyme permet également de mettre en lumière le peu de consensus autour du concept de RSE, ce que nous évoquerons dans un premier temps (1.1). Ensuite, nous présenterons les différents outils qui composent le champ de la RSE en nous interrogeant sur la qualification juridique que ceux-ci peuvent revêtir (1.2). En troisième lieu, nous aborderons la question de la responsabilité d'une société vis-à-vis de ses engagements RSE, en traitant de la force contraignante des outils RSE (1.3). Enfin, nous reviendrons sur le concept de « clause RSE » et énoncerons pourquoi la contractualisation des engagements RSE nous semble essentielle (1.4).

1.1 La RSE, un concept en quête de définition

Le flou entourant le concept de RSE réside très certainement d'abord dans les multiples définitions des notions qui le composent. Premièrement, la responsabilité est une notion juridique duelle. Elle peut découler soit d'un manquement contractuel (responsabilité contractuelle), soit de la violation du devoir général de ne causer aucun dommage à autrui (responsabilité délictuelle). Or, cette distinction entre responsabilité contractuelle et délictuelle ne semble pas avoir lieu en matière de RSE, provoquant notamment la critique des juristes. De ce point de vue, la responsabilité d'une entreprise pour ses engagements RSE semble plus relever de la morale que du droit.

Deuxièmement, la notion d'« entreprise », qui n'existe pas en droit des sociétés, est définie en droit commercial comme la répétition professionnelle d'actes de commerce reposant sur une organisation préétablie¹. Néanmoins, le récent établissement du concept de responsabilité sociétale des organisations (« RSO »), par la norme ISO 26000, vient élargir le champ d'application de la RSE, puisqu'il substitue à la notion d'entreprise celle d'organisation, qui est beaucoup plus large.

Par ailleurs, aucun consensus n'existe quant à savoir si la RSE se réfère à la responsabilité « sociale » ou « sociétale » de l'entreprise. L'adjectif « social » renvoie à la société comprise en droit des sociétés comme l'acte juridique par lequel deux ou plusieurs personnes décident de mettre en commun des biens ou leur industrie dans le but d'en partager les bénéfices, les économies ou les pertes qui pourraient en résulter². La RSE est alors définie comme l'accroissement des profits de l'entreprise, comme cela est démontré par Milton Friedman³. Cette définition de la RSE est par ailleurs consistante avec le concept d'intérêt social, énoncé à l'article 1833 du Code civil⁴.

A l'inverse, l'adjectif « sociétal » renvoie à la société comme organisation humaine, comprise comme l'ensemble des individus entre lesquels existent des rapports durables et organisés. Dans cette optique, la RSE se rapproche plus de son acception contemporaine, à savoir le fait pour les entreprises

¹ ESCARRA Jean, *Manuel de droit commercial* (Paris Sirey 1948).

² Suivant l'article 1832 du Code civil.

³ FRIEDMAN Milton, "The responsibility of business is to increase its profits", *New York Times Magazine*, 1970, vol. 33, p.122-126.

⁴ Article 1833 du Code civil : « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. ».

d'intégrer les préoccupations sociales, environnementales, et économiques dans leurs activités et dans leurs interactions avec leurs parties prenantes sur une base volontaire⁵.

Dès lors, le concept même de RSE n'étant pas clairement défini, les entreprises bénéficient d'un large choix d'actions, qui leur permet de ne pas rester cantonnées à un seul et même vecteur.

1.2 Une qualification juridique unique ?

Les engagements que peuvent prendre les entreprises en matière de RSE sont variés et exprimés par divers outils : code de conduite, charte éthique⁶, déclaration d'intention (qui peut, entre autres, figurer sur un site Internet ou dans le rapport annuel), rapport environnemental, etc. Face à une telle variété, on comprend aisément qu'une qualification juridique unique s'avère très compliquée, voire impossible, à établir. La doctrine a tenté de rattacher ces instruments à des concepts juridiques existants, tels que l'engagement unilatéral⁷, le quasi contrat⁸ ou l'obligation civile.

La diversité des qualifications peut être de nature à dérouter les juristes, car elle constitue un facteur d'insécurité juridique. Par exemple, la Cour de cassation dans son arrêt « Dassault Systèmes » du 8 décembre 2009 a qualifié le « Code de conduite des affaires » de la société d'adjonction au règlement intérieur⁹. En l'espèce la société Dassault Systèmes avait établi un dispositif d'alerte professionnelle (*whistleblowing*), dont les dispositions figuraient dans le Code de conduite précité. Ce dispositif, procédant à un traitement automatisé des données personnelles, avait été soumis – conformément à la législation – à la procédure de déclaration simplifiée de la CNIL. Or, cette déclaration de conformité a été remise en cause devant la Cour de cassation, qui a estimé que les droits d'accès, de modification ou d'opposition n'étaient pas clairement rappelés dans le code d'éthique, en violation avec les dispositions de la loi du 6 janvier 1978¹⁰.

Aussi, cet arrêt soulève deux points de réflexion essentiels. Tout d'abord, celui de la nature juridique des outils RSE et plus particulièrement celle des chartes éthiques et codes de conduite. La cour d'appel avait délibérément soulevé la question¹¹, à laquelle la Cour de cassation manque néanmoins de répondre précisément¹². Toutefois, si elle ne se prononce pas directement sur la nature juridique d'un code de conduite, la Cour examine la conformité du « Code de conduite des affaires » de la société Dassault Systèmes avec l'article L.1121-1 du Code du travail et reconnaît ainsi implicitement une portée juridique aux codes de conduite¹³. Il est donc maintenant clair que la RSE, bien que « droit

⁵ Commission Européenne, Livre vert - *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, COM/2001/0366 final.

⁶ DESBARATS Isabelle, « Codes de conduites et Chartes éthiques des entreprises privées – regard sur une pratique en expansion », *JCPE*, n°9, 26 février 2003, I. 112.

⁷ Dans son arrêt du 24 octobre 2013, la cour d'appel de Paris a pris le soin de rappeler que le protocole signé en 2009 entre Areva et les ONG constitue bien un engagement unilatéral (CA Paris, pôle 06, ch. 12, 24 oct. 2013 n°12/05650 et 12/05651).

⁸ TREBULLE François Guy, « Responsabilité Sociale des Entreprises (Entreprise et éthique environnementale) », *Répertoire Sociétés Dalloz*, Mars 2003, p.13, n°47.

⁹ Conformément à l'article L.1321-1 du Code du travail.

¹⁰ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

¹¹ De QUENAUDON René et GOMEZ-MUSTEL Marie-José, « Un « code de conduite des affaires » en quête de statut juridique », *Revue de droit du travail* 2009, p. 311.

¹² DESBARATS Isabelle, « Alertes, codes et chartes éthiques à l'épreuve du droit français », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 548.

¹³ De QUENAUDON René et GOMEZ-MUSTEL Marie-José, « Un « code de conduite des affaires » en quête de statut juridique », *Revue de droit du travail*, 2009, p. 311.

mou », évolue désormais dans un cadre juridique contraignant¹⁴, et le juge judiciaire est donc compétent pour se prononcer sur la légalité d'un code de conduite ou d'une charte éthique.

L'incertitude entourant la qualification des outils RSE peut constituer un facteur d'insécurité juridique, vis-à-vis duquel les entreprises devront se montrer particulièrement vigilantes. Il en va de même pour leur force contraignante, qui ne fait pas l'objet d'une meilleure détermination.

1.3 Quelle force contraignante ?

Il apparaît que de nombreux engagements demeurent pris sur le registre de la déclaration. Cependant, il serait faux de continuer à penser qu'un engagement volontaire déclaratif reste juridiquement plus souple et donc moins contraignant, puisqu'une entreprise peut désormais voir sa responsabilité engagée en cas de non-respect de ses engagements RSE.

Ces dix dernières années, on a en effet pu assister à la montée en puissance de la compétence du juge pour se prononcer sur le respect d'engagements volontaires pris par des sociétés de droit privé. Cela ressort très clairement de différents arrêts, dans lesquels le non-respect d'engagements volontaires allant dans le sens d'une meilleure prise en compte de considérations de RSE a été sanctionné.

L'affaire Kasky c/ Nike¹⁵ est à ce titre révélatrice. La Cour suprême de Californie a admis l'action de M. Kasky contre le groupe Nike pour pratiques commerciales trompeuses. Les juges ont estimé qu'il était possible pour des consommateurs d'avoir été trompés par une société qui avait pris des engagements éthiques de manière volontaire sans les respecter par la suite.

En France, et pour la première fois en Europe, Samsung va également devoir répondre du respect de ses engagements éthiques en Chine. Une plainte a en effet été déposée par trois associations (Sherpa, Peuples Solidaires et Indecosa-CGT) devant le tribunal de grande instance de Bobigny le 26 février 2013¹⁶. Code de conduite de la société à l'appui, les associations invoquent – tout comme cela avait été fait dans l'affaire Kasky – le délit de pratiques commerciales trompeuses. Elles accusent le géant de l'électronique de travail d'enfants ainsi que de conditions de travail indignes. En mai 2014, l'affaire n'a néanmoins pas encore connu de suites.

Au demeurant, on peut voir dans l'affaire Erika¹⁷ une autre matérialisation de la sanction du non-respect d'engagements volontaires. Total avait mis en place – comme il est d'usage – un système de *vetting* sur les navires qu'il affrétait. Le *vetting* consiste en une inspection du navire réalisée par l'affrètement afin de détecter les éventuels défauts et de déterminer les risques en découlant pour ce dernier. Cependant, c'est en raison de l'établissement même de ce système de contrôle d'origine privée et purement facultatif que la responsabilité pénale de Total a pu être retenue. En effet, la Cour de cassation a confirmé le choix des juges d'appel de retenir que Total possédait un pouvoir de contrôle ou de direction dans la gestion ou la marche du navire, précisément parce que la société avait

¹⁴ DESBARATS Isabelle, « Alertes, codes et chartes éthiques à l'épreuve du droit français », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 548.

¹⁵ Cour suprême des États Unis d'Amérique, 26 juin 2003, Nike Inc e.a., *Petitioners c/ Marc Kasky*, 45 P. 3d 243, 301. Cal. Sup. Ct 2002.

¹⁶ Voir Dossier de presse, Sherpa, Peuples Solidaire et Indecosa-CGT, 26 février 2012, URL : http://asso-sherpa.org/sherpa-content/docs/newsroom/Communiqués_de_presse/DP-Samsung.pdf, consulté le 15/05/2014.

¹⁷ Cass. Crim., 25 sept. 2012, n°10-82.938, P+B+R+I, Comm. DAUD Emmanuel, LE CORRE Clarisse, « Arrêt Erika: marée verte sur le droit de la responsabilité civile et pénale des compagnies pétrolières », *Lamy Droit pénal des affaires*, n°122, nov. 2012.

procédé au *vetting* de l'Erika. Ainsi, Total a été condamné sur le fondement du délit de pollution involontaire¹⁸.

Il semble ici vain de rappeler qu'une condamnation (puisque les pratiques commerciales trompeuses constituent un délit)¹⁹ est lourde de répercussions pour l'entreprise, ne serait-ce qu'en termes d'image et de réputation. De plus, comme cela a été mentionné, les conditions de cette responsabilité restent extrêmement délicates à anticiper. Il suffit *a priori* d'identifier une faute, un préjudice et un lien de causalité entre ces deux éléments. En outre, la diversité des formes que peut prendre le préjudice représente un risque pour l'entreprise. C'est pourquoi, dans un contexte qui peut sembler anxiogène pour l'entreprise, il nous apparaît opportun de contractualiser les engagements RSE. Par ce biais, l'entreprise utilise un outil qui lui est familier, lui permettant de mieux encadrer sa responsabilité et d'anticiper les risques.

1.4 Qu'est-ce qu'une clause RSE ?

Le fait d'insérer une clause dite « sociale » dans un contrat est une pratique en plein développement. Par exemple, l'article 14 du Code des marchés publics, prévoit la possibilité d'insérer des « clauses sociales et environnementales » dans les contrats répondant aux appels d'offre. La présence de telles clauses, particulièrement bien perçues, influent de plus en plus les choix d'attribution des marchés. Par ailleurs, le rapport du Parlement Européen (rapport Howitt²⁰) suggère à la Commission l'adoption d'une clause obligatoire sur la RSE dans tous les accords bilatéraux en matière de commerce et d'investissement signés par l'Union. De plus, on constate qu'un nombre croissant d'entreprises et de grands groupes contractualisent leurs engagements RSE en les insérant dans les contrats avec leurs employés, fournisseurs²¹, distributeurs, etc. Au demeurant, comme vu précédemment, la jurisprudence²² considère parfois que des engagements RSE clairement affichés dans des documents non contractuels sont implicitement inscrits dans le contrat.

Ainsi, la contractualisation des engagements RSE d'une entreprise est non seulement un facteur de sécurité juridique, mais également l'étape d'une politique RSE active. En effet, la société dispose ainsi d'un levier lui permettant de déterminer, avec ses cocontractants, des critères de comportement responsable. Par exemple, Danone a mis en place avec ses fournisseurs des Principes de Développement Durable, que le groupe a ensuite intégrés dans ses conditions générales d'achat²³.

Les clauses RSE peuvent être envisagées dans des situations très différentes. Par exemple, dans le cadre des achats responsables, certains processus de *reporting* sont mis en place entre l'entreprise contractante – donneur d'ordre – et son fournisseur. Dans le domaine de l'énergie ou en ce qui concerne les entreprises extractives de matières premières, les contrats peuvent prévoir des clauses stipulant des critères techniques à respecter. Ces critères techniques sont une manière d'imposer à son cocontractant un comportement socialement responsable. Par ailleurs, deux contractants peuvent

¹⁸ Selon la loi du 5 juillet 1983.

¹⁹ Au sens de l'article L.121-1 et suivants du Code de la Consommation.

²⁰ *Rapport HOWITT, sur la responsabilité sociale des entreprises : promouvoir les intérêts de la société et ouvrir la voie à une reprise durable et inclusive* (2012/2097 (INI)), Parlement Européen, 29 janvier 2013.

²¹ Observatoire sur la Responsabilité Sociétale des Entreprises, *Étude sur le reporting des grands groupes internationaux en matière d'achats responsables* - décembre 2010.

²² TREBULLE François Guy, « Responsabilité sociale des entreprises », *Répertoire sociétés Dalloz*, 2003, n°44.

²³ DAOUD Emmanuel, FERRARI Julie, GOURVEZ Benjamin, « Responsabilité sociétale des entreprises », *Jurisclasseur*, fasc. 1.50, 31 janvier 2014, n°130, p.32.

prévoir des processus de *training*, consistant à proposer des formations *e-learning* aux salariés d'une entreprise, afin de les sensibiliser aux bonnes pratiques de l'une ou l'autre des parties.

Après avoir décrit les enjeux conceptuels et les applications concrètes induites par un engagement RSE, nous étudierons dans une deuxième partie quelques-unes des principales problématiques qui peuvent être soulevées par la rédaction des engagements RSE contractuels.

2 AUDIT D'UN CONTRAT DE DISTRIBUTION ET D'UNE CLAUSE RSE

Démarche des étudiants :

Dans cette seconde partie, la méthode adoptée a été de se mettre à la place du rédacteur d'un contrat. Les étudiants ont utilisé leurs connaissances en droit des obligations afin de soulever, au regard de leurs lectures et cours sur la RSE, différentes problématiques qu'une entreprise qui souhaite insérer des clauses RSE dans ses contrats, est susceptible de rencontrer. Le contrat de distribution transmis par le commanditaire (« **le Contrat** ») a été le point de départ des réflexions.

Un engagement au respect de certaines valeurs de RSE peut être stipulé dans des contrats ayant des objets différents : contrats de distribution, contrats de vente, contrats de louage d'ouvrage, etc. Au-delà de certaines normes réglementaires ou autres règles d'ordre public nécessairement prises en considération dans les contrats, le principe de la liberté contractuelle permet aux parties de rédiger la clause RSE conformément à la politique RSE qu'elles souhaitent mener. Cette liberté contractuelle sera néanmoins limitée par les rapports de force – économiques – entre les parties. Différentes questions – également envisagées sous le vocable « risques » – se posent d'une part lors de la conclusion du contrat (2.1), et, d'autre part, lors de son exécution (2.2).

2.1 Les risques relatifs à la formation du contrat

Une attention particulière sera accordée aux vices pouvant affecter le consentement des parties contractant un engagement RSE (2.1.1), à la nécessité de définir les valeurs RSE au respect desquelles les parties s'engagent (2.1.2), à la place des engagements RSE dans le contrat (2.1.3) et aux particularités des contrats de distribution contenant une clause RSE (2.1.4).

2.1.1 Vices du consentement pouvant affecter un contrat contenant un engagement RSE

Afin de ne pas nuire à la validité du contrat, le consentement des cocontractants doit être libre et éclairé ; en d'autres termes, le consentement ne doit pas être vicié. Le Code civil prévoit trois vices de consentement possibles : l'erreur, la violence et le dol. Le point commun des vices du consentement est que, en leur absence, la victime n'aurait pas consenti à conclure le contrat. L'état actuel de la jurisprudence ne nous permettant pas d'illustrer l'appréciation d'un vice de consentement par rapport à un engagement RSE (2.1.1.1), il serait intéressant d'éclairer la responsabilité des entreprises créancières d'un engagement RSE contractuel par rapport aux entreprises créancières d'un engagement RSE non-contractuel (2.1.1.2).

2.1.1.1 Les engagements RSE, un élément déterminant du consentement des cocontractants ?

Tout d'abord, l'erreur est régie par l'article 1110 du Code civil. Il y a erreur lorsque le cocontractant se méprend sur les avantages qu'il pourra retirer du contrat ou sur les inconvénients qui en résulteront. L'erreur est une fausse perception de la réalité par un contractant²⁴, une erreur portant sur les qualités substantielles de la chose objet du contrat. L'appréciation de l'erreur sur la substance est subjective :

²⁴ V. l'affaire du Poussin, Cass. civ. 1^{ère}, 22 février 1978

le contractant demandeur à l'annulation du contrat doit démontrer qu'il avait fait de la qualité manquante une qualité déterminante de son consentement.

Ensuite, aux termes de l'article 1116 du Code civil, le dol « *est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté* ». Le dol consiste donc dans l'appréciation du comportement du cocontractant de la victime pour constater les actes positifs de tromperie, de mise en scène ou des artifices que l'auteur du dol a mis en œuvre afin d'extorquer le consentement de la victime.

Enfin, la violence, définie à l'article 1112 du Code civil, ne mérite pas d'être développée ici car elle semble être un vice de consentement difficilement applicable à un engagement RSE.

L'effet des vices de consentement est d'invalider le consentement donné et par conséquent, le contrat. La convention n'est pas nulle de plein droit, mais l'annulation peut être demandée par la partie dont le consentement a été vicié (article 1117 du Code civil). La jurisprudence actuelle ne faisant pas état de l'appréciation des vices de consentement en lien avec des engagements RSE, un engagement RSE serait donc difficilement à l'origine d'un vice de consentement permettant au cocontractant victime de demander l'annulation du contrat.

2.1.1.2 L'appréciation des engagements RSE par le biais des pratiques commerciales trompeuses

Toutefois, bien que la jurisprudence n'ait pas annulé un contrat comportant un engagement RSE sur le terrain des vices du consentement, celle-ci a admis que lorsqu'un engagement RSE ne correspond pas à la réalité, l'entreprise adopte une attitude déloyale contraire à la réglementation en vigueur et aux usages, mais aussi à ses propres engagements éthiques²⁵. Cet arrêt considère coupable du chef de pratiques commerciales trompeuses une société qui n'a pas été en mesure de justifier l'origine de la viande se trouvant dans les barquettes étiquetées « agneau du terroir » alors qu'elle s'était engagée auprès d'une association interprofessionnelle à mettre en place un système de traçabilité de nature à garantir au consommateur final la certitude de la provenance de la viande²⁶.

Cette décision, ainsi que d'autres espèces similaires²⁷, a été rendue à propos d'engagements RSE non contractuels, contenus dans des codes de conduite ou chartes éthiques. Elle illustre ce que la doctrine a appelé la « théorie de l'effet obligatoire de l'information transmise », qui prévoit que le débiteur de l'engagement RSE a une obligation de mise en conformité avec l'information transmise aux parties prenantes vis-à-vis de ses engagements RSE. Le cas échéant, il est possible d'envisager qu'un consommateur ou un cocontractant pourraient se prévaloir de l'inexécution de l'engagement RSE et demander soit la nullité du contrat sur le fondement d'un vice de consentement (responsabilité contractuelle), soit des dommages et intérêts sur le fondement des pratiques commerciales trompeuses (art. L. 121-1 du Code de la consommation – responsabilité pénale).

Toutefois, cette théorie doctrinale semble difficilement applicable aux engagements RSE contractuels. Pour soutenir une demande sur le fondement des pratiques commerciales trompeuses, l'engagement RSE en question doit non seulement être rendu public, mais aussi être un outil de communication,

²⁵ Cass. crim., 17 mai 2011, n° 10-87.646 : JurisData n° 2011-012374

²⁶ Madeleine LOBE LOBAS, « L'engagement volontaire RSE au service de la preuve pénale », *Environnement et développement durable*, n° 3, mars 2014, étude 4, §10.

²⁷ CA Riom, 4 déc. 2003, n° 03/00546 : JurisData n° 2003-235129 ; CA Limoges, 21 nov. 2003, n° P03/0321

voire de marketing, susceptible d'orienter le comportement des consommateurs²⁸. Un contrat contenant un engagement RSE, de par le manque de publicité, ne saurait être considéré comme une pratique commerciale, encore moins comme une forme de publicité. Dès lors, la responsabilité d'une entreprise ne saurait être engagée sur le fondement des pratiques commerciales trompeuses en raison de la violation d'un engagement RSE contractuel.

Par ailleurs, la clause RSE appartient *per se* au champ contractuel. Si un consommateur souhaite invoquer le non respect de l'engagement RSE contenu dans le contrat, la théorie doctrinale de l'effet obligatoire de l'information transmise ne saurait empiéter sur l'effet relatif des contrats, qui empêche les tiers de se prévaloir du contenu des clauses contractuelles. L'entreprise pourrait donc voir engager sa responsabilité délictuelle par un tiers, uniquement à condition que le tiers puisse prouver l'existence d'une faute de l'entreprise, d'un dommage et d'un lien de causalité entre la faute et le dommage²⁹.

2.1.2 Définition des « valeurs RSE »

Le contenu de l'engagement RSE gagne en clarté par une définition plus précise des valeurs RSE que l'entreprise s'engage à respecter. Les valeurs RSE mentionnées dans le Contrat à deux reprises – au sein du préambule et dans la clause 2.7 – ne sont, en effet, pas définies. Par la suite, seront indiquées les raisons pour lesquelles une définition claire des valeurs RSE est nécessaire (2.1.2.1), ainsi que quelques solutions rédactionnelles (2.1.2.2).

2.1.2.1 Une nécessaire définition des valeurs RSE dans le Contrat

Tout d'abord, les termes « *Corporate and Social Responsibility values* » sont en majuscule dans le Contrat, sans être définis à l'article 1^{er}, contenant les définitions. Pour des raisons de cohérence du Contrat, une définition des valeurs RSE est nécessaire, d'autant plus que l'article 1^{er} mentionne que tous les mots qui commencent par une majuscule doivent être interprétés comme stipulés audit article.

Ensuite, du fait des particularités des contrats de distributions et de la rédaction de l'article 2.7 – faisant partie de la clause « *Appointment of Distributor* » – si le respect des valeurs RSE par le distributeur est considéré comme un critère de sélection des distributeurs, une définition des valeurs RSE permettrait de rendre ces critères clairs, précis et objectifs, conformément aux exigences imposées par la jurisprudence relative aux contrats de distribution.

Enfin, la formulation du préambule « *CSR values that the Company lives by* » peut être interprétée comme une déclaration (« *Representation* ») de l'entreprise. Même si l'article 9.3 du Contrat décharge l'entreprise de la responsabilité de toute « représentation ou déclaration implicite », il serait nécessaire de définir ces termes pour plus de sécurité juridique.

2.1.2.2 Définition des valeurs RSE - Rédactions envisageables :

- **par référence aux chartes et normes éthiques adoptées par l'entreprise en interne.** Dans ce cas, le distributeur se verrait imposer le respect de telles chartes, qui devraient, le cas échéant, être annexées au Contrat. Certes, ceci suppose une négociation parallèle au sujet de la/des charte(s) à inclure en annexe. La définition à insérer dans l'article 1^{er} pourrait être ainsi rédigée: "*Corporate and Social Responsibility Values: commitments that the Company has undertaken to respect and*

²⁸ E DAOUD, J FERRARI, B GOURVEZ, « Responsabilité sociétale des entreprises », *Jurisclasseur*, fasc. 1.50, 31 janvier 2014, n°130, p.22.

²⁹ Selon l'article 1382 du Code civil.

give full effect, through the “XXX Charter” in force as of “Date” (list all the charters that the Company wants to refer to);”

- **par référence aux valeurs RSE, telles qu’elles sont reconnues par certaines chartes de droits internationaux ou par des normes internationales.** Certes, la référence à de telles normes peut effrayer les distributeurs, mais ceci présente l’avantage pour l’entreprise de pouvoir invoquer des conventions internationales ou d’autres types de documents du droit international en cas de non-respect par le distributeur des obligations imposées par les textes listés dans la clause. La définition à insérer sous l’article 1^{er} pourrait être ainsi rédigée: *“Corporate and Social Responsibility Values: the commitments related to social, environmental, anti-corruption and human rights issues (enumerate all the issues concerned), as they are defined by “WTO Conventions”, “UN Charter on Human Rights”, “ISO 26000” (state the international norms that the Company wishes to encompass) that the Company has undertaken to respect and give full effect.”*
- **par rapport à une définition généralement acceptée des valeurs RSE :** voir la définition donnée par la Commission européenne dans son Livre Vert de juillet 2001 *« être socialement responsable signifie non seulement satisfaire pleinement aux obligations juridiques applicables, mais aussi aller au-delà et investir davantage dans le capital humain, l’environnement et les relations avec les parties prenantes »*³⁰.

2.1.3 La place des engagements RSE dans le contrat

Un engagement RSE contractuel peut être stipulé dans les différentes parties du contrat, selon le contenu et la force juridique que les parties entendent accorder à l’obligation. Seront donc distingués les engagements RSE contenus dans le préambule du Contrat (2.1.3.1) des engagements RSE contenus dans le corpus du Contrat (2.1.3.2).

2.1.3.1 Les engagements RSE contenus dans le préambule du Contrat

Les déclarations du préambule peuvent contenir des engagements RSE. A titre d’exemple, dans le modèle de Contrat, l’engagement RSE est rédigé de la façon suivante :

“2. Whereas Supplier desires to organise the distribution of its Products in [...] (the “Territory”) in compliance with the terms and conditions set forth in this agreement as well as the Corporate and Social Responsibility values that the Company lives by;”

En théorie, le préambule, partie intégrante du Contrat, a la même force obligatoire que le reste du Contrat³¹. Toutefois, cette affirmation doit être nuancée dans la mesure où le préambule ne fait naître des obligations contractuelles à l’égard des parties que lors de l’interprétation du contrat par les juges. Donc, uniquement en cas de contentieux portant sur une obligation du contrat qui n’est pas claire³², les juges pourront s’appuyer sur le préambule afin d’éclairer le contenu de l’obligation litigieuse. En revanche, si le Contrat ne fait pas l’objet d’un contentieux nécessitant l’interprétation des obligations contractuelles par les juges et, en l’occurrence, la référence au préambule, ce dernier ne crée pas de véritable obligation à l’adresse des parties au contrat.

³⁰ Livre Vert de la Commission européenne, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, COM(2001) 366, p. 7.

³¹ Étude 170 « La rédaction du contrat – Conseils pratiques », *Lamy Droit du Contrat*, n° 170-57.

³² Articles 1156 à 1164 du Code civil – les règles d’interprétation des contrats.

En l'espèce, la rédaction de l'engagement RSE contenu dans le préambule permet d'observer que la déclaration de l'engagement du producteur n'implique pas l'engagement du distributeur au respect des mêmes valeurs RSE. Il serait dès lors intéressant d'obtenir un engagement réciproque du distributeur au respect des mêmes valeurs RSE afin d'assurer leur respect par ce dernier pendant toute la durée du contrat. Pour ce faire, plusieurs rédactions seraient envisageables :

- Associer le distributeur à la déclaration de respect des valeurs RSE du préambule. Proposition de rédaction: continuer la déclaration 2 du préambule par *“(…) and the Distributor undertakes to respect”*.
- Obtenir des déclarations similaires de la part du distributeur quant au respect des valeurs RSE pendant toute la durée du contrat. La violation d'une telle déclaration (pouvant être insérée sous l'article 9 *“Warranties and Liability”*) permettrait au producteur de mettre en cause la responsabilité du distributeur pour des violations d'un engagement RSE contractualisé (responsabilité contractuelle).

2.1.3.2 Les engagements RSE contenus dans le corpus du Contrat

Le modèle de Contrat contient un autre engagement RSE à l'article 2.7, qui impose au distributeur de respecter les valeurs RSE de l'entreprise:

“2.7. Distributor shall operate in compliance with ethics and Corporate Social Responsibility values that the Company lives by, including but not limited to abiding by all applicable labour laws, environmental laws, tax and accounting requirements.”

Cet article 2.7 est contenu dans l'article 2 relatif à l'agrément du distributeur. Dès lors, il n'est pas clair si l'obligation de respecter les valeurs RSE de l'entreprise s'impose au distributeur seulement en vue de son agrément ou également pendant toute la durée d'exécution du contrat.

Conformément à l'article 1161 du Code civil, la portée des engagements RSE contenus dans un article du contrat sera déterminée par rapport au contenu du contrat³³. Toutefois lorsque l'engagement RSE est contenu dans un article plus spécifique relatif à une opération contractuelle, il est possible, en vertu de l'article 1163 du Code civil, que la portée de l'engagement RSE soit limitée à l'opération contractuelle en cause³⁴. En vertu de ces règles d'interprétation, il serait possible d'interpréter que le respect des valeurs RSE du producteur est une obligation qui s'impose au distributeur uniquement en vue de son agrément.

Toutefois, en cas de contentieux, la déclaration susvisée du préambule permet d'interpréter que l'obligation imposée au distributeur de respecter les valeurs RSE du producteur ne saurait être limitée au moment de l'agrément du distributeur et s'applique dès lors pendant toute la durée du contrat.

Afin de sécuriser l'engagement RSE du distributeur au-delà de l'étape de l'agrément, il est envisageable, par exemple, de rajouter à la fin de l'article 2.7: *“Distributor undertakes to comply with these CSR values during all the performance of the Agreement.”* Ceci assurerait le producteur de pouvoir mettre en œuvre la responsabilité du distributeur en cas de violation d'une obligation RSE en cours d'exécution du contrat.

³³ Art. 1161 Code civil : « Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier. »

³⁴ Article 1163 Code civil: « Quelque généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposé de contracter. »

2.1.4 Les particularités des engagements RSE pris dans les contrats de distribution sélective

Dans la mesure où le respect des valeurs RSE peut apparaître comme un critère de sélection des distributeurs (2.1.4.1), il est nécessaire de s'assurer que ce critère respecte les exigences posées par la jurisprudence à cet égard (2.1.4.2).

2.1.4.1 Les critères d'un réseau de distribution sélective qualitative

Les jurisprudences française et européenne ont donné une attention particulière à l'organisation des réseaux de distribution sélective. Si un producteur souhaite organiser un réseau de distribution sélective, dans lequel les distributeurs sont agréés sur la base du respect d'un certain nombre de critères qualitatifs, le producteur doit veiller à ce que ces critères respectent les exigences posées par les jurisprudences française et européenne à cet égard.

La compétence et les qualifications professionnelles du revendeur et de ses employés, la qualité des installations, l'emplacement et le standing, l'agencement intérieur des points de vente sont des critères qui ont été considérés par la jurisprudence comme des critères qualitatifs de sélection des distributeurs.

De façon générale, la pertinence des critères qualitatifs guidant la sélection des distributeurs est appréciée par rapport à la nature des produits distribués. Ensuite, dans les réseaux de distribution sélective qualitative, ces critères doivent être « objectifs » et « fixés de manière uniforme et non discriminatoire »³⁵. De surcroît, ces critères doivent être proportionnés aux objectifs poursuivis, ne devant pas servir à éliminer à priori certains acteurs économiques ou canaux de distribution³⁶.

2.1.4.2 Le respect des exigences auxquelles sont soumis les critères de la distribution sélective qualitative

Dans le modèle de Contrat, l'article 2.7 précité peut être interprété comme un critère de sélection des distributeurs du fait de son insertion dans l'article 2 «Agrément du Distributeur». Dans ce cas, le producteur peut refuser l'agrément à un distributeur qui ne respecte pas les valeurs RSE qui sont les siennes. De surcroît, la liste des domaines de la RSE concernés évoquée dans l'article 2.7 n'étant pas exhaustive, le producteur pourrait se prévaloir de la violation de toute obligation en lien avec la RSE et non pas limitée aux domaines mentionnés dans la clause 2.7 (le droit du travail, le droit environnemental, le droit fiscal ou comptable etc.). Toutefois, cette rédaction présente un risque de contestation d'un éventuel refus d'agrément par le distributeur, qui pourrait invoquer le manque d'objectivité des critères de sélection du producteur ou encore une application discriminatoire de ces critères.

Afin de pallier ce risque, il serait envisageable de reformuler la clause 2.7 du contrat afin de rendre la liste des domaines RSE concernées exhaustive. De surcroît, une définition précise des valeurs RSE que le distributeur est tenu de respecter diminuerait considérablement ce risque de contentieux.

³⁵ Cass. com., 27 avril 1993

³⁶ Cass. com., 16 mai 2000, n° 98-14712 : Bull. civ. IV, n° 102

2.2 Les risques relatifs à l'exécution du contrat

Après avoir étudié les questions relatives à la formation du contrat, l'attention se porte tout naturellement vers les problématiques liées à l'exécution du contrat. Une clause RSE consiste en un engagement de la part des deux parties contractantes. Cet engagement est source d'obligations dont l'intensité dépendra du souhait des parties, ce qui se reflète dans la rédaction des clauses RSE. Dès lors, les effets juridiques d'une clause RSE seront différents selon que les parties envisagent d'en faire une obligation de moyens ou une obligation de résultat (2.2.1) ou si la clause RSE est conçue comme une obligation essentielle du contrat (2.2.2). En cas de non-respect des engagements RSE, différentes mesures ou sanctions sont envisageables (2.2.3).

2.2.1 L'engagement RSE, une obligation de moyens ou de résultat

L'analyse juridique d'une clause RSE sera différente selon la volonté des parties d'en faire une obligation de moyen ou de résultat. Le débiteur d'une obligation de résultat s'engage à atteindre un objectif préalablement fixé et convenu³⁷. Le débiteur d'une obligation de moyens s'engage quant à lui de façon moins contraignante, puisqu'il s'engage simplement à mettre tous les moyens à sa disposition pour atteindre un objectif fixé.

Le rattachement à l'obligation de moyen ou de résultat porte certains effets lors de la mise en œuvre de la responsabilité du débiteur de l'obligation. Si l'obligation est de résultat, le fait de ne pas atteindre ce dernier suffit à caractériser l'inexécution de l'obligation. C'est alors au débiteur de l'obligation de démontrer que l'inexécution est due à un cas de force majeure s'il veut éviter la mise en œuvre de sa responsabilité contractuelle. En revanche, s'il s'agit d'une obligation de moyens, le créancier, qui souhaite mettre en œuvre la responsabilité du débiteur de l'obligation, doit prouver la faute du débiteur, qui n'a pas mis en œuvre tous les moyens en sa possession afin de respecter son engagement.

La distinction entre les deux types d'obligation est, certes, parfois subtile, néanmoins il est important pour le rédacteur du contrat de tenir compte de ces concepts lors de l'insertion d'une clause RSE dans un contrat. Par exemple, si la clause RSE est rédigée en des termes généraux, l'obligation qui en résulte sera probablement de moyens. En revanche, si un contrat de distribution prévoit que les parties s'engagent, dans le cadre de leur « collaboration RSE » à se communiquer chaque mois un rapport sur leurs avancées respectives face aux objectifs qu'elles s'étaient fixées, il s'agirait probablement d'une obligation de résultat. Comme déjà mentionné, les conséquences en termes de charge de la preuve seront différentes.

En l'espèce, une formulation comme celle énoncée dans le préambule semble plutôt faire référence à une obligation de moyens :

“2. Whereas Supplier desires to organize the distribution of its Products in [] (the "Territory") in compliance with the terms and conditions set forth in this agreement as well as the Corporate and Social Responsibility values that the Group lives by;”

³⁷ Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 3ème éd., p. 494

2.2.2 L'engagement RSE, une obligation essentielle du contrat?

La clause RSE peut-elle être considérée comme une obligation essentielle du contrat ? Si tel est le cas, les cocontractants ne pourront pas insérer de clause exonératoire de responsabilité visant le cas de non-respect des engagements RSE³⁸. Afin d'éviter toute ambiguïté, il faudrait expressément préciser le caractère essentiel de la clause. Certains contrats comportent en effet une liste énumérant les obligations qualifiées d'essentielles. En l'espèce, dans le Contrat, il semblerait que la clause RSE ne fasse pas partie des obligations essentielles du contrat, ces dernières concernant uniquement l'organisation des ventes (article 5 « *Organisation of Sales* »).

Si les cocontractants ont de hautes exigences en termes de politique RSE, il leur est possible de considérer une clause RSE comme faisant partie des obligations essentielles. Dans ce cas, les parties devront avoir à l'esprit les conséquences juridiques de la violation d'une obligation essentielle du contrat. En l'espèce, une telle violation de la part du distributeur aurait pour effet de permettre au producteur de terminer le contrat de façon unilatérale³⁹.

2.2.3 Sanction en cas de violation des engagements RSE

L'un des risques potentiels auquel pourra être confronté le commanditaire est le non-respect de la clause RSE par un distributeur, alors que ce distributeur aurait pris des engagements fermes dans le sens du respect des valeurs RSE. Avant d'envisager les conséquences d'une inexécution sur le plan judiciaire, les cocontractants peuvent prévoir certaines dispositions précontentieuses :

2.2.3.1 Solutions précontentieuses

- **Mesures d'accompagnement** : Une clause RSE peut prévoir, des « mesures d'accompagnement » ou « plan de progrès ». En cas de non-respect des engagements RSE par son cocontractant, l'autre partie peut se réserver le droit d'intervenir sur place, d'organiser des séminaires, séances de formation, afin de comprendre pourquoi les engagements n'ont pas été respectés et trouver une solution⁴⁰. L'organisation contractuelle de telles mesures dépendra des rapports entretenus avec le distributeur.
- **Non renouvellement du contrat de distribution** : En dernier recours, la violation de la clause RSE peut être sanctionnée par le non-renouvellement du contrat, soit la cessation des relations commerciales entre les parties.

2.2.3.2 Sanctions judiciaires

En cas de mésentente persistante entre les parties, le non respect de l'engagement RSE pourra faire l'objet de sanctions judiciaires, à condition qu'une mise en demeure à l'égard de la partie défaillante ait bien été effectuée. Il est intéressant de revenir sur quelques notions clés :

- **clause attributive de juridiction** : Le Contrat prévoit l'application du droit français et comme juridiction le Tribunal de Commerce de Paris. Il est important d'attirer l'attention du commanditaire quant à l'importance du choix de la juridiction et du droit applicable, les systèmes juridiques étrangers ayant des façons différentes d'appréhender les obligations RSE

³⁸ Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 3ème éd. P.689. Arrêt Chronopost.

³⁹ Conformément à l'article 11.2.3 du Contrat

⁴⁰ TREBULLE F-G, *Chronique de RSE 2011-13* 2e partie.

(parfois plus favorables, souvent moins favorables à leur mise en œuvre) par rapport à la France.

- **exécution forcée** : une exécution forcée est envisageable seulement lorsque l'exécution est matériellement possible. Toutefois, un engagement RSE pouvant être considéré comme une obligation de faire⁴¹, son exécution ne peut, en principe, pas être forcée;
- **rupture unilatérale des relations contractuelles** (voir article 11 du Contrat pour illustration);
- **la résolution du contrat** pourra être prononcée par le juge en cas de litige entre les parties selon sa libre interprétation du contrat et de l'intention des parties. Elle peut être prononcée même lorsque l'inexécution est partielle.
- **Responsabilité contractuelle ou délictuelle ?**

La responsabilité contractuelle supposant la violation d'une obligation née du Contrat⁴² peut potentiellement donner lieu à réparation à travers des dommages et intérêts pour la partie au contrat ayant subi un préjudice. En cas de contractualisation des engagements RSE, les demandes en réparation des cocontractants s'estimant victimes d'une inexécution contractuelle ou d'une exécution qui n'est pas conforme au contrat pourront se placer sur le terrain de la responsabilité contractuelle.

En effet, **la responsabilité délictuelle** des cocontractants envers des tiers serait difficile à mettre en œuvre sur le fondement de la violation de l'engagement RSE stipulé dans le Contrat en raison de l'effet relatif des contrats. Selon ce principe, un tiers au contrat ne peut se prévaloir des effets du contrat entre les parties. Toutefois, l'attention du commanditaire doit être attirée sur le point suivant : si une entreprise revendique sur son site internet, ou sur d'autres supports, le fait d'insérer des clauses RSE dans ses contrats, elle devra être d'autant plus vigilante quant au respect de celles-ci. En effet, il n'est pas inenvisageable qu'en cas de scandale sanitaire ou social au sein d'un sous-traitant, une ONG se constitue partie civile afin de rechercher la responsabilité du donneur d'ordre. Dans un tel cas de figure, la clause RSE pourrait venir renforcer l'argumentaire du requérant, qui pourrait invoquer la négligence et le non-respect des engagements RSE du donneur d'ordre⁴³.

Tout en étant largement présente dans les médias et les stratégies des entreprises, la RSE est une notion en construction dont les impacts juridiques sont difficiles à déterminer de façon péremptoire. Les multiples formes que peuvent prendre un **engagement** RSE déroutent les juristes, bien en peine de les qualifier avec certitude. Cette qualification périlleuse rejoint la question de la force contraignante de tels engagements. L'évolution jurisprudentielle semble bien démontrer que le temps des déclarations « légères » sans véritable mise en application est révolu.

L'outil contractuel se présente alors potentiellement comme le nouveau support accueillant les intentions d'ordre éthique. De surcroît, en rédigeant et négociant un contrat, les cocontractants sont

⁴¹ Muriel FABRE-MAGNAN, Droit des obligations, 1. Contrat et engagement unilatéral, 3ème éd. P.647.

⁴² Article 1147 du Code Civil.

⁴³ Cet argument nous est venu suite à une discussion avec un membre de Sherpa, lors des séances de la Clinique de droit de Sciences Po. Il s'agit d'un cas de figure potentiel, non illustré de manière jurisprudentielle à ce stade, selon nos recherches.

amenés à envisager avec plus de rigueur et de précision la formulation et la portée de leurs engagements RSE. Cette minutie est expliquée par le principe de force obligatoire des contrats, l'aspect contraignant d'un tel outil n'étant pas discuté. L'insertion de clauses RSE permet non seulement aux entreprises de prendre conscience de la juridicité de la RSE, mais également de mieux choisir et connaître leur cocontractant. Etablir une relation de confiance avec son cocontractant étant la meilleure manière de développer une activité économique de qualité, la RSE se présente alors comme un pont dont l'essence même est de rapprocher ses différents points d'attache.