

**Le contrat
est-il l'instrument optimal de la RSE ?**

Marie-Anne Frison-Roche

In

Les instruments de la RSE : le contrat

11 mai 2017

- Le Droit économique est par nature « **instrumental** ». Tout y est instrument.
- Pourtant, il peut être construit sur des « principes » : ils sont dans les **fins** poursuivies.
- La distinction n'est pas dans la finesse de maillage des instruments (*principles based / rules based*) mais dans ce pragmatique, exprimé par le Droit de la Régulation : **la finalité est dans un principe à concrétiser**. Tout le reste est instruments interrégulés pour concrétiser le principe.
- Le contrat est à ce titre un instrument, comme un autre.

Les fins sont générales : corruption, trafic d'influence, droit de l'homme, environnement

Les instruments juridiques sont distincts mais interchangeables.

Les situations sont très particulières et varient selon les « cas » et selon les entreprises :

Deux exemples :

- Exemple pris par Peter Herbel (Loi Vigilance) : interdiction d'utiliser le contrat si le fournisseur ne respecte pas les droits de l'homme en fonction d'une norme RES très élevée. Mais norme trop élevée
- Autre exemple : prohibition des cadeaux (mais si l'entreprise a pour activité de fabriquer des produits qui sont par nature des « cadeaux » (parfum)

Supériorité du contrat : *Comply or Explain*

- La seule question normative : qui décide du principe concrètement poursuivi ?
- Les Régulateurs sont légitimes à internaliser le but dans les instruments maniés par les entreprises (contrats).
- **Sapin 2** : insérer dans les contrats des obligations légales : informer des diligences, transmettre des informations, etc. Le contrat n'est pas même l'instrument, il est juste le « véhicule », optimisé
- Idem : insérer dans le contrats la concrétisation du devoir légal de « vigilance » qui peut être « personnalisé » par le contrat : bilatéralisé ou standardisé dans un groupe, en duplication de la charte ;
- Les entreprises qui internalisent le but dans les instruments qui sont à leurs mains : contrats, sous la supervision des Régulateurs.
- Renvoi à : *Du Droit de la Régulation au Droit de la Compliance.*

- Pourquoi privilégier (ou ne pas exclure) le contrat (choisi par le Régulateur ou l'entreprise) plutôt qu'un autre outil ?
- Le contrat sera l'instrument pertinent s'il est l'instrument le plus efficace pour atteindre le but posé en principe
- Pour cela, l'on va considérer la pertinence des temps et la possibilité de les mixer par la puissance du Droit dans un contrat dans sa possibilité d'être efficace (parce qu'il se saisit de l'avenir -outil Ex Ante) et « affiné » ; mais faible en ce qu'il n'est qu'une « promesse »

- Pertinence de la répartition en Droit de la Régulation des instruments juridiques au regard de l'action des opérateurs entre l'Ex Ante et l'Ex Post:
 - **Ex Ante** : Loi, réglementation, Contrat
 - Contrat = **Engagement** bilatéral préconstitué
 - Problème de l'incertitude des effets (« stipulation pour autrui.... »), en soi et de la situation des tiers
- **Ex Post** : Jugement et Responsabilité, Sanction, Pénalité, indemnisation, Réparation
 - = Sanction, Pénalité, indemnisation, Réparation
 - Problème de l'absence de règles a priori et de nécessité d'un tiers

- **Enjeu** : Obtenir tous les **avantages** en même temps : mélanger les temps. La RSE par le contrat va l'obtenir.
- **Rappel** : le **contrat** : norme qui appréhende le **futur** (temps valide ; mais faiblesse de la conséquence)
- **Rappel** : la **sanction** : norme qui **frappe** : (mais temps invalide : le passé) ; soit à frapper pour le futur (« peine de compliance »)
- Pour cela, l'on va « **mélanger les temps** » : fluidifier le temps
- Le contrat va cesser d'être un outil *Ex Ante* et va intégrer dans la sanction ce qui est pertinent : la « sûreté » et la « surveillance »
- Le contrat comme **continuum** : le contrat va intégrer un contrôleur externe; un lanceur d'alerte
- Le contrat comme **système de tentacules**: clause d'audit pour d'autres
- Le contrat comme **écosystème** : clause de formation de « culture commune »:

- Par le contrat, on structure en Ex Ante un dispositif bilatéral de « **répression préventive** » ou en « **maillage informationnel** », qui excède les frontières contractuelles.
- Pour concrétiser des fins de principe : lutte contre la corruption, protection des êtres humains, de la nature.
- Le contrat devient un outil du *Droit de la Compliance*.
- Comme un autre.
- Aussi efficace qu'un autre.
- Plus « ajusté » qu'un autre.
- Éliminant des « frottements » (entre Régulateurs et Opérateurs)

Le contrat comme outil interchangeable de *Compliance*

Soit par contrainte : Internationalisation du Droit de la Régulation

Soit par volonté propre : Manifestation de la RSE

Enjeu ici et maintenant : plutôt que de subir, établir un « pacte de confiance » entre Régulateurs (qui ont les mêmes fin de principe) et les opérateurs (à travers les clauses RSE qui donnent à voir l'effectivité de la volonté des opérateurs)