

« *Entreprise responsable et environnement.*
***Essai d'une systématisation en droit français et américain* »**

Résumé de la thèse de Pauline Abadie

Parce qu'elle conduit à un accroissement considérable de la puissance des entreprises en même temps qu'elle réduit la capacité des États à les contrôler, la mondialisation économique engendre une redistribution des pouvoirs qui commande de repenser le statut et les responsabilités de l'entreprise.

Décrite en 1933 par le juge L. Brandeis de la Cour suprême des États-Unis comme le « monstre de Frankenstein », l'entreprise fait aujourd'hui l'objet de demandes et revendications croissantes, provenant de la Société civile mais aussi des gouvernements, visant à ce qu'elle assume davantage de responsabilités sociétales, et notamment environnementales.

Rendre l'entreprise *responsable* de son impact sur l'environnement. Faire participer l'entreprise à la protection de l'environnement en lui confiant de nouvelles *responsabilités*. *Responsabiliser* l'entreprise en l'amenant à intégrer les préoccupations environnementales dans la conduite de ses activités. Ces trois propositions ont des significations proches, se recoupent pour partie sans pour autant se valoir. Toutes incarnent, selon des combinaisons variables, la rencontre à laquelle donnent lieu les thèmes d'environnement, de responsabilité et d'entreprise. Responsable, responsabilité et responsabiliser, les formules se suivent mais ne se confondent pas. Elles révèlent surtout la grande richesse de toute réflexion menée à partir du concept de responsabilité.

La thèse pointe d'entrée toute l'ambiguïté du discours sur la Responsabilité Sociale des Entreprises (RSE), à la fois marqueur d'une responsabilité de l'entreprise, mais aussi outil d'éviction de cette dernière. Sujet de séminaire enseigné dans la plupart des *business schools*, la RSE s'est construite comme le « pré-carré » des gestionnaires, par définition à l'écart du droit. Or, en se lançant dans la voie de la RSE, les entreprises ont non seulement éveillé une certaine suspicion justifiant plus de transparence, mais elles ont en outre créé un « marché » de la RSE, et donc des besoins d'encadrement et d'harmonisation. Le processus est enclenché. Les responsabilités sociétales, et notamment environnementales, de l'entreprise se *juridicisent*. Se pose alors la question des formes que peut revêtir ce processus régulateur, et plus généralement des perturbations qu'il engendre sur et pour le droit. Cette thèse examine ces manifestations dans deux systèmes juridiques : romano-germanique et de *common law* ; et au-delà des dichotomies traditionnelles droit public/droit

privé, défend une lecture globale et liante d'un système de « responsabilité-environnementale-de-l'entreprise » donnant corps à l'Entreprise Responsable.

Construire l'Entreprise Responsable suppose une déconstruction préalable. Cette dernière révèle que l'entreprise et l'environnement sont tous deux des lieux de pouvoirs ; pouvoirs inadéquatement pris en compte par le droit, mais surtout pouvoirs qui voient entre eux se tisser des relations. En pratique, il apparaît que ces lieux de pouvoirs se partagent entre deux espaces eux-mêmes séparés par une cloison étanche mais que l'analyse de l'Entreprise Responsable permettra justement de diluer. Dans une finalité didactique, le parti pris est alors de distinguer ces responsabilités selon qu'elles rencontrent l'autorité de l'État dans l'espace public ou celle du marché dans l'espace privé marchand. Sur la base de cette approche duale, il est alors permis de poser la question : l'analyse des manifestations juridiques de l'Entreprise Responsable peut-elle conduire au constat que dans l'espace public, l'intérêt général se privatise ; et qu'en retour, dans l'espace marchand, l'intérêt de l'entreprise se publicise ? Parfois en simple toile de fond, parfois directement confrontée, cette question constitue l'ossature de la recherche, sa problématique.

Dans l'espace public, l'entreprise est présentée comme un nouvel acteur « politique » de la protection de l'environnement. Dans cet espace, l'entreprise est une notion polymorphe. Elle peut être exploitant, pouvoir économique privé, groupe d'intérêts ou encore association professionnelle et commerciale, détenteur de déchets, éco-organisme, etc. De son côté, le concept de responsabilité implique d'examiner les nouveaux modes de conduite de l'action publique et de production des normes dans une démocratie de plus en plus délibérative où l'entreprise est devenue un acteur central de la protection de l'environnement. Avant d'examiner les formes juridiques que prend cette participation, puis d'interroger l'existence de garde-fous visant à s'assurer qu'à l'instar de tout acteur public l'entreprise est également tenue de rendre des comptes, la thèse s'attache à souligner la singularité de la problématique écologique elle-même. Abordée successivement sous un angle sociopolitique puis juridique, la problématique écologique se révèle une force de transformation et de concertation qui confère aux nouvelles responsabilités de l'entreprise une profonde dynamique régulatrice. Dans la première approche, l'examen de la manière dont la problématique écologique est construite puis communiquée *dans* et *par* le champ politique en France et aux États-Unis, conduit à deux formes de régulation distinctes plus ou moins conductrices des intérêts de l'entreprise. Dans la seconde approche, la problématique écologique s'analyse à l'aune d'une mutation de la décision publique, mais aussi de la conduite de l'action publique, qui est elle-même emblématique du passage du *gouvernement* à la *gouvernance*. Au moyen d'un détour par l'histoire constitutionnelle des États-Unis et de la France, la thèse examine les rapports qu'entretiennent l'État et les groupes ; c'est-à-dire toute formes corporatives allant des églises, aux universités, communes et collectivités locales, *trusts*, paroisses, associations et autres entreprises

commerciales, dans leur poursuite commune de l'intérêt général, auquel est associée la protection de l'environnement.

Si la problématique écologique confère au sujet une dynamique régulatrice propre, il apparaît qu'en pratique, toujours dans l'espace public, ces nouvelles responsabilités varient selon que l'entreprise revêt l'habit de « gouverné » ou de « gouvernant ». Dans le premier cas, l'entreprise doit prendre part à la protection de l'environnement en raison de sa qualité de citoyen débiteur de devoirs mais aussi d'entité assujettie à des règles. Dans les deux traditions juridiques, la thèse présente chacun des fondements textuels et jurisprudentiels qui donnent corps à cette obligation. Dans le second cas, l'entreprise prend part à la protection de l'environnement *via* sa participation à la régulation juridique. Occupant une position de « régulateur » privé, elle partage avec les autorités publiques un pouvoir de commandement des affaires communes. Contrat environnemental, éco-audit, droits de pollution négociables, etc. : quelle légitimité l'entreprise, mue par la recherche du profit, peut-elle avoir à gouverner aux côtés des autorités publiques ? Se pose alors la question du contrôle et de la nécessité que le droit des personnes privées destinées à exercer un pouvoir de régulation offre des mécanismes de responsabilité permettant d'assurer que ces nouveaux gouvernants agissent en toute transparence et puissent être amenés à rendre des comptes. Encore une fois, la démarche comparative se révèle des plus éclairantes car, à la différence de la France, les intérêts privés aux États-Unis ont toujours côtoyé, nourri et enrichi l'intérêt public. Ils sont même à la base du modèle d'État républicain. La longue tradition d'association des groupes à la poursuite de l'intérêt général, tout comme certains mécanismes de transparence garantissant l'exercice de contre-pouvoirs (type *due process*), dans un pays où l'État concilie plus qu'il ne dirige, offre un parallèle instructif pour appréhender cette gouvernance écologique naissante qui, dans les suites du Grenelle de l'environnement, illustre une manière plus collaborative de penser et conduire les politiques environnementales.

Si l'entreprise a réinvesti l'espace public, contrainte ou invitée à exercer un rôle plus politique, son « habitat » demeure fondamentalement celui de l'espace marchand. Sphère première de son intervention, l'espace marchand se compose essentiellement de deux types de marchés. D'une part, les marchés sur lesquels l'entreprise offre ses produits et services, et d'autre part, les marchés financiers où elle se fournit en capitaux. Ces deux marchés déterminent les deux grands champs d'action où se déploient les nouvelles responsabilités de l'entreprise dans l'espace marchand. Mais qu'il soit financier ou de biens et services, le marché se conçoit essentiellement comme un espace autonome, hermétiquement fermé et obéissant à ses propres lois. Or, dans la logique de marché, des thèmes comme la qualité de l'air et de l'eau, du climat, la richesse de la biodiversité, le respect des droits de l'Homme ou la dignité des travailleurs, etc. ont longtemps été considérés comme dépourvus de valeur marchande, et donc passablement ignorés. Au mieux, étaient-ils abordés sous l'angle des externalités, simples résidus du développement économique. Toutefois, depuis plusieurs

années, certaines demandes en provenance de ces deux marchés se font de plus en plus pressantes pour que l'entreprise prenne en compte mais aussi rende compte des impacts sociaux et environnementaux qu'elle engendre.

L'intérêt d'un examen dans l'espace marchand consiste alors à observer comment des intérêts *a priori* étrangers aux acteurs économiques et qu'ils ne rencontrent que sous la forme de réglementations « externes » issues du droit de l'environnement, du droit du travail, du droit de la consommation, du droit de la concurrence ou encore du droit de la responsabilité, se sont progressivement intégrés au droit « interne » qui régit et organise les échanges marchands.

Dans l'espace marchand, le thème de la gouvernance écologique sus évoqué laisse place à ceux de Responsabilité Sociale des Entreprises (RSE), de *corporate governance* et de théorie des *Stakeholders*. Ces doctrines, et les règles qu'elles postulent rappellent ce passage du *gouvernement* à la *gouvernance* dans l'espace public qui s'illustre par des modes de conduite des politiques environnementales de plus en plus coopératifs et décentralisés. En effet, avec les démarches RSE, les règles de *corporate governance*, et les débats ravivés par la théorie des *Stakeholders* sur la notion juridique d'entreprise, l'imbrication d'intérêts conflictuels, non plus tant privés et publics qu'ici financiers et extra-financiers, se poursuit. Comme dans l'espace public, il est alors question de leur conciliation, de leur traitement équitable, et donc de leur « gouvernance » au sens d'administration d'un pouvoir. Les mandataires sociaux sont en priorité concernés. Il pèse en effet sur eux toute une série d'obligations juridiques de rendre compte à des publics de plus en plus larges, mais aussi de s'assurer de la conformité des informations qu'ils diffusent, et pour les administrateurs, le devoir non seulement de s'informer mais encore de débattre des comptes, le tout, à la lumière d'une conception de la faute détachable qui connaît des assouplissements et invite le juge à réinvestir le champ de l'appréciation commerciale.

Dans l'espace marchand, la question des responsabilités sociétales de l'entreprise est donc inextricablement liée à celle de ce qu'est l'entreprise, en tant qu'entité distincte de la société personne morale, mais aussi au thème de la démocratie et à l'expression de contre-pouvoirs. Les réflexions menées dans le cadre d'une approche de l'entreprise de type *stakeholders* conduisent à délaisser les thèses personnificatrices de l'entreprise et des groupes de sociétés pour proposer une lecture de celle-ci comme le creuset d'une multitude d'intérêts qui ne seraient pas absorbés derrière un intérêt supérieur distinct, et que les dirigeants auraient pour mission d'arbitrer en justifiant de la prise en compte. Par ailleurs, les responsabilités sociétales de l'entreprise dans l'espace marchand sollicitent également le thème de la démocratie : actionnariale pour les marchés financiers, et sociale pour les travailleurs. Sur les marchés, la thèse soutient que seuls des investisseurs et apporteurs de capitaux impliqués en amont, c'est-à-dire ayant déclaré une politique et exercé leur droit de vote ou ayant pu formuler des propositions de résolutions aux assemblées, en somme ayant

exercé pleinement leurs droits politiques en lien avec des questions extrapatrimoniales, peuvent conduire les émetteurs, en aval, à se responsabiliser. Pour porter les enjeux du développement durable, la prise de parole des salariés sur le lieu de travail est toute aussi essentielle. Dans « l'atelier », cette prise de parole connaît des manifestations singulières incarnées notamment par la figure du lanceur d'alerte, et se double d'une implication du salarié encouragée par sa meilleure formation aux questions écologiques et donc l'acquisition de compétences, qui se traduisent par une plus grande autonomie et donc une responsabilité personnelle accrue. Comme dans l'espace public, la question des responsabilités sociétales de l'entreprise dans l'espace marchand est donc essentiellement affaire de démocratie, de gouvernance et de responsabilité.

Le régime juridique de l'Entreprise Responsable dans les sphères publique et marchande en lien avec l'environnement peut-il tendre vers la construction d'un système ? Pour l'énoncer autrement, peut-on voir les frontières du triptyque : responsabilité, environnement et entreprise se diluer pour laisser place à une « responsabilité-environnementale-de-l'entreprise », phénomène global d'intégration, remarquable mouvement de fond se dessinant à la surface du droit ? En dépit d'incertitudes, cette thèse s'efforce de mettre en lumière l'unité et la cohérence d'un dialogue déjà bien entamé.