

## **Panorama des outils juridiques mobilisés ou mobilisables par ou pour la RSE en droit pénal**

Luca d'Ambrosio<sup>1</sup> et Juliette Tricot<sup>2</sup>

### **Introduction : RSE et droit pénal ou l'histoire d'une rencontre inattendue et pourtant inévitable**

La rencontre de la responsabilité sociale des entreprises et du droit pénal est de prime abord surprenante. Comment le comble du droit dur, de l'hétéronomie, de la territorialité et du rétrospectif peut-il croiser et même plus, s'entendre avec ce qui s'avance d'abord comme droit souple, fondé sur la logique de l'autorégulation et du global et tourné essentiellement vers l'avenir ? N'y a-t-il pas une incompatibilité radicale entre responsabilité pénale et responsabilité sociale, une impossibilité absolue à voir le droit pénal prêter main forte et pour cela accueillir les formes et les logiques de la RSE ?

Pourtant la surprise cède très rapidement le pas à la découverte d'un nouveau champ de recherche particulièrement nourri et prometteur. Lorsque l'on s'attèle à un travail de repérage, d'observation et d'analyse des points de contact entre le droit pénal et la RSE, il apparaît rapidement, en effet, que cette rencontre a bien lieu. Et elle n'est ni fortuite ni marginale, tout au contraire, ce sont des liens forts et nombreux qui se sont déjà tissés tandis que bien d'autres s'annoncent déjà<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Docteur en droit, chercheur associé au Collège de France (Chaire État social et mondialisation : analyse juridique des solidarités).

<sup>2</sup> Maître de conférences à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Centre de Droit Pénal et de Criminologie (<https://cdpc.u-paris10.fr/>).

<sup>3</sup> Dans la doctrine française, v. notamment S. Manacorda, « La dynamique des programmes de conformité des entreprises : déclin ou transfiguration du droit pénal des affaires ? », in A. Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives économiques et juridiques*, Paris, Dalloz, 2015, p. 191 et s. ; A. Garapon, P. Servan-Schreiber (dir.), *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Paris, PUF, 2013 ; C. Mauro, « Responsabilité sociale des entreprises et droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Henri-Robert*, Paris, Lexis Nexis, 2012, p. 495-522 ; Adde E. Daoud, J. Ferrari, « RSE et droit pénal », *Revue Lamy Droit des Affaires*, 2015, n° 100, p. 3 et s., dossier spécial *Le droit pénal et la RSE : un outil de management, facteur de progrès social et de prévention des risques* ; M. Lobe-Lobas, « L'engagement volontaire RSE au service de la preuve pénale », *Dr. env.*, 2014, n° 3, étude 410 ; J. Mongin et E. Daoud, « Le droit pénal

#### LA RENCONTRE ENTRE LA RSE ET DIFFERENTES BRANCHES DU DROIT

D'une part, la revendication éthique (mêlant énoncé de valeurs et engagement teinté de devoirs) de la RSE ne pouvait laisser indifférente la discipline en charge des « états forts et définis de la conscience collective »<sup>4</sup> et destinée plus que toute autre à orienter les conduites. De même, l'essor du « Marché total »<sup>5</sup>, dont il n'est pas interdit de penser que la RSE est l'une des manifestations – en forme de réaction ou de symptôme –, n'a pas épargné la matière répressive qui, tout au contraire, se trouve bien souvent aux avant-postes de la globalisation<sup>6</sup>. D'autre part, la RSE est le signe d'un nouveau type de normativité qui marque, dans l'imaginaire juridique contemporain, le renversement du règne de la loi au profit de celui de la gouvernance<sup>7</sup>. Dans ce nouvel horizon normatif et institutionnel, où la normativité n'est plus pensée en termes de législation mais en termes de « programmation »<sup>8</sup>, la normativité pénale devient le produit de l'hybridation et de l'interpénétration de la sphère d'intervention de la puissance publique et de la sphère d'autonomie des acteurs privés : ceux-ci se voient ainsi « obligés » de s'organiser vertueusement afin de prévenir le risque de réalisation d'infractions au sein et/ou à raison de leur organisation<sup>9</sup>.

Les démarches RSE des entreprises peuvent aussi remplir une fonction de conjuration ou de préemption face à ce que l'entreprise a pris coutume de nommer le « risque pénal »<sup>10</sup>. En ce sens, les rapports entre droit pénal et RSE peuvent être lus non plus seulement comme des rapports de complémentarité mais aussi de concurrence. Car ce qui a pu être dit de la conformité (la *compliance*)<sup>11</sup> paraît, ce qui ne surprend guère compte tenu de l'intimité de leurs liens, valoir également pour la RSE. Ainsi, les impératifs de nature managériale dont elles sont toutes deux porteuses pourraient avoir

---

demeure-t-il étranger à la notion de “développement durable ?” Rien n'est moins sûr ! », *AJ Pénal*, 2009, p. 402 et s.

<sup>4</sup> Selon la formule célèbre de Durkheim (E. Durkheim, *De la division du travail social*, PUF, Coll. Quadrige, 2013).

<sup>5</sup> Selon le mot d'A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010.

<sup>6</sup> M. Delmas-Marty, « Le droit pénal comme éthique de la mondialisation », *RSC*, 2004, p. 1 et s.

<sup>7</sup> A. Supiot, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Paris, Fayard, p. 23.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> V. U. Sieber, M. Engelhart (dir.), *Compliance Programs for the Prevention of Economic Crimes: An Empirical Survey of German Companies*, Duncker & Humblot, 2014 ; L. Arroyo, A. Nieto Martín (dir.), *El derecho penal en la era de compliance*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.

<sup>10</sup> Non sans ambiguïté : du risque d'infraction (le risque tient donc à l'éventualité d'un comportement contraire à la loi), on passe rapidement au risque de sanction (c'est alors la loi elle-même qui devient un risque et se voit traitée en conséquence comme tel et non plus comme un impératif). V. terme thesaurus « risque pénal » : [www.rse.cnrs.fr](http://www.rse.cnrs.fr).

<sup>11</sup> V., dans cet ouvrage, J. Tricot, « La conformité, outil de juridicisation de la RSE et de transformation du droit ».

## PANORAMA EN DROIT PENAL

l'effet de « contaminer » la logique pénale : le danger serait ainsi celui « d'un basculement vers un modèle d'intervention punitive de l'entreprise où la culture de la gouvernance finit par primer sur toute autre règle, y compris étatique ou pénale »<sup>12</sup>.

Une fois cette rencontre entre RSE et droit pénal acquise et ayant ses conditions et enjeux à l'esprit, la méthode retenue s'appuie sur une double démarche qui s'est révélée particulièrement fertile car elle permet de saisir ensemble les facteurs, les vecteurs et les effets de cette rencontre tant à partir de la RSE que du droit pénal. Cette démarche nous a conduits d'une part à repérer dans le champ normatif de la RSE les dispositifs d'autorégulation susceptibles de pénétrer le droit pénal. Elle nous a aussi permis, d'autre part, de repérer au sein du champ pénal, notamment grâce à l'analyse comparée, les outils susceptibles de saisir le pouvoir-devoir d'autorégulation des entreprises. Ce faisant, il apparaît que la RSE ne s'infiltré pas seulement au sein du droit pénal (1.), elle le transforme également à mesure que ce dernier la prend en compte (2.).

### **1. L'immixtion de la RSE dans le droit pénal**

Le degré de pénétration et de diffusion de la RSE est d'abord tributaire du modèle de responsabilité pénale en vigueur. Celle-ci se présente en effet comme une – sinon *la* – clé d'entrée de la RSE dans le champ pénal. Cependant, il est aussi susceptible de constituer un verrou à la réception de la RSE. Mais, même dans cette hypothèse toutefois, la fermeture du système pénal n'est pas nécessairement totale. Des ouvertures peuvent se faire jour par l'intermédiaire d'autres catégories pénales qui soit permettent de contourner l'obstacle du modèle d'imputation et même d'en corriger certaines faiblesses, soit servent de tremplin à la pénalisation de la RSE.

Aussi bien, si l'immixtion de la RSE dans le droit pénal est ainsi conditionnée par le modèle de responsabilité en vigueur (1.1.), elle peut cependant être aussi permise par la présence de catégories accueillantes (1.2.).

#### **1.1. L'immixtion conditionnée : le choix d'un modèle de responsabilité hospitalier**

Pour que la responsabilité sociétale se mue en responsabilité pénale, deux conditions sont requises. Il faut d'abord que leur périmètre, leurs champs d'application respectifs se recoupent voire se superposent. Or la première vise l'entreprise, la seconde les personnes. L'immixtion de la RSE dans le droit pénal est ainsi fonction de l'aptitude de ce dernier à saisir l'entreprise (1.1.1.). Mais il faut ensuite et surtout que les critères de l'imputation pénale n'empêchent pas la mise en communication des deux responsabilités (1.1.2.).

---

<sup>12</sup> S. Manacorda, « La dynamique des programmes de conformité des entreprises : déclin ou transfiguration du droit pénal des affaires ? », art. cité, p. 207.