

CE QU'EST UN ENGAGEMENT

in

*L'Arbitrage International en renfort de
l'Obligation de Compliance*

9 février 2024

Marie-Anne Frison-Roche

Maturation croisée de l'*Ex Ante* et de l'*Ex Post*

- ❖ Le Droit de la Compliance repose sur les meilleurs efforts des entreprises au regard des « parties prenantes » internes et externes pour atteindre des *Buts Monumentaux Négatifs* et/ou *Positifs*
 - ❖ Les entreprises produisent ce qu'elles désignent comme des **engagements** :
 - produisent des effets *Ex Post*, car ces engagements constituent des **faits** (croyance légitime, obligation de cohérence, etc.)
 - 🏛 Trib. La Haye, 26 mai 2021, n° C/09/571932, *Milieudefensie et a. c/ Royal Dutch Shell*
 - 🏛 Tribunal constitutionnel allemand, 29 avr. 2021
 - produisent des effets *Ex Ante* : perspective ici retenue
- 🧱 👤 C. Kessedjan, 📄 *L'arbitrage au service de la lutte contre la violation des droits de la personne humaine par les entreprises*, 2023

Les entreprises produisent des engagements

- ❖ Pour **concrétiser** leurs obligations légales de Compliance (dont la conformité)
- ❖ Pour **aller au-delà** de leurs obligations légales de Compliance
- ❖ Pour **produire** de nouvelles obligations à leur charge (raison d'être, entreprise à mission)
- ❖ Pour **faire exécuter** par d'autres leurs obligations légales et/ou leurs nouvelles obligations

Ce qui ralentit l'émergence des innovations juridiques et économiques requises face aux enjeux futurs systémiques monumentaux

Colloque du 2 avril 2024

Face au défi climatique :

innovations économiques et innovations juridiques



**Incertitude en
Droit sur**

**ce qu'est un
*engagement***

Enjeu n°1 : le plus facile...

Si l'engagement prend la forme d'un **contrat**
enjeu = **Accroître l'utilisation du Droit des
contrats comme *Outil ex ante de Compliance,*
notamment par l'insertion de clause**



Enjeu n°2 : le plus innovant !

Les entreprises multiplient les engagements
qui ne sont pas des contrats

Peut-on insérer et comment **insérer** l'arbitrage
dans ces **engagements** par des **offres graduées**
d'arbitrage ?



PLAN

Préalable. Handicap actuel de l'incertitude autour de la notion d'*engagement* en Droit

I. L'insertion par les *Contrats de Compliance* et *Clauses de Compliance* de nouveaux enjeux arbitraux

II. *Insertion* et *portée* d'*outils arbitraux* dans des *engagements* non-contractuels de *Compliance*

PRÉALABLE. Handicap actuel de l'incertitude autour de la notion d'*engagement* en Droit

- ❖ La notion est venue de la **science économique**
- ❖ Ce que vise l'économie : l'engagement réciproque entre l'entreprise systémique régulée et l'**Autorité de régulation**, pour produire :
 - Plus d'*Ex Ante* (plutôt que de la sanction *Ex Post*)
 - Une « *relation à long terme* »



P. Rey,



Rôle et place des engagements dans les systèmes de régulation

Handicap actuel de l'incertitude autour de la notion d'*engagement* en Droit

- ❖ Engagement réciproque entre deux entités, l'une d'autorité publique et l'autre privée, qui ne sont pas en relations contractuelles : le Régulateur et l'entreprise
- ❖ Ce qui produit la **force juridique de l'engagement**, c'est la **décision unilatérale de l'Autorité** qui **accepte l'engagement de l'entreprise**
- ❖ Autre exemple essentiel : la Convention judiciaire d'intérêt public - CJIP (qui n'est pas un contrat) et qui est « nouée » par l'acceptation qu'en fait le procureur, puis la « validation » qu'en fait le juge

Handicap actuel de l'incertitude autour de l'

❖ Montre que le **Droit de la Compliance** est le prolongement du **Droit de la Régulation**

- ❖ Notamment par la **Pouvoir obligé de l'entreprise puissante** : Engagement d'une entreprise parce qu'elle « régule » un espace : par exemple l'espace numérique (**DSA**), par exemple la chaîne de valeur (**Vigilance**)
- ❖ Dès lors l'**entreprise « régulatrice »**, par exemple l'entreprise donneuse d'ordre, la société-mère, l'**entreprise systémique**, va prendre des **engagements** comme le fait un « Régulateur »




Handicap de l'incertitude autour de la notion d'*engagement* en Droit

 C.E., 21 avril 2023, *Société Orange c/ Arcep*

12. [...] il ressort des dispositions de l'article L. 33-13 du code des postes et des communications électroniques que **le législateur a entendu donner une force contraignante aux engagements librement consentis par les opérateurs** en matière de déploiement du réseau de fibre jusqu'à l'habitant en permettant au ministre chargé des communications électroniques de les accepter. Il en résulte que les **engagements librement souscrits** sur ce fondement et **acceptés par cette autorité ne peuvent être qualifiés de contrat entre l'opérateur et l'Etat** [...]

Handicap de l'incertitude autour de la notion d'*engagement* en Droit

 **Conseil constitutionnel, 19 mars 2021, décision n° 2021-891 QPC, *Association Générations futures et autres***

« 11. Il résulte de ce qui précède que les **chartes d'engagements** départementales **approuvées par l'autorité administrative** constituent des **décisions publiques** ayant une incidence sur l'environnement au sens de l'article 7 de la Charte de l'environnement. »

Handicap de l'incertitude autour de la notion d'*engagement* en Droit

- ❖ **Conséquence : l'engagement suppose la **convergence de volontés, sans échange****
- ❖ **Dépasse la figure classique de « l'échange des consentements » des « deux parties au contrat »**
- ❖ **Permet à une entreprise d'être, de gré (RSE) ou de force (Sapin 2, Vigilance, etc.), d'exercer les **pouvoirs d'un Régulateur****
- ❖ **Correspond à la définition de la *matière contractuelle* par la Cour de Justice de l'Union européenne**

Handicap de l'incertitude autour de la notion d'*engagement* en Droit

- ❖ Écho de la définition de la « **matière contractuelle** » par la CJUE qui englobe des personnes qui ne sont pas des « parties »

CJUE, 7 mars 2018, *Flightright*, aff. jtes C-274/16, C-447/16 et C-448/16 (confirmé par CJUE, 4 octobre 2018, *Feniks*, aff. C-337/17, puis jp constante) :

« 61. Il s'en suit, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 54 de ses conclusions, que la règle de **compétence spéciale en matière contractuelle**, prévue à l'article 5, point 1, sous a), du règlement no 44/2001 et à l'article 7, point 1, sous a), du règlement no 1215/2012, **repose sur la cause de l'action et non pas sur l'identité des parties** (voir, en ce sens, arrêt du 15 juin 2017, *Kareda*, C-249/16, EU:C:2017:472, points 31 et 33) »

Handicap de l'incertitude autour de la notion d'*engagement* en Droit

❖ **Le Droit de la concurrence accueille expressément les engagements :**

- **Contrôle des concentrations** → L.430-5 du Code de commerce :
« [...] II. - Les **parties à l'opération peuvent s'engager à prendre des mesures** visant notamment à **remédier**, le cas échéant, aux effets anticoncurrentiels de l'opération [...] »
- **Sanction des pratiques anticoncurrentielles** → L.464-2 du Code de commerce : « I. [**L'Autorité**] peut aussi **accepter des engagements**, d'une durée déterminée ou indéterminée, proposés par les entreprises ou associations d'entreprises et de nature à mettre un terme à ses **préoccupations** de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées [...] ».
- C'est la décision de l'Autorité qui donne la force obligatoire à l'engagement

Handicap de l'incertitude autour de la notion d'*engagement* en Droit

- ❖ **Les engagements issus du Droit de la concurrence ne sont que des exemples de ce que sont les engagements « à portée juridiques » ;**
- ❖ **or, il se nouent avec le droit de l'arbitrage**
- ❖   Laurence Idot,  **L'arbitrage et le contrôle des engagements en droit de la concurrence**, in  Pierre Mayer (dir.),  *Arbitrage et Droit de l'Union européenne*, 2012 :

« L'engagement (au sens du droit de la concurrence) ne peut qu'être un engagement (au sens du droit des obligations) unilatéral »

- ❖ Le Droit de la concurrence, qui organise la « procédure d'engagement » **vis-à-vis de l'Autorité publique**, y **adjoit un mécanisme d'arbitrage** arbitrage ouvert aux tiers
- ❖ Soit par le jeu d'un texte (contrôle des concentrations : Com. Com. Européenne 22 oct. 2008 *sur les mesures correctives en matière de contrôle de concentration*)
 - ❖ Désignation d'un tribunal arbitral
 - ❖ Contrôle de la procédure par la Commission européenne
 - ❖ « avis » demandé par le tribunal arbitral à l'Autorité de concurrence en cas d'enjeu interprétatif du Droit de la concurrence
- ❖ Soit par des décisions (pratiques anticoncurrentielles) : Com., 23 mai 2013, *Lufthansa* , jp constante)

Handicap de l'incertitude autour de la notion d'*engagement* en Droit

- ❖ Multiplication des *engagements* de toutes sortes, notamment au nom de l'éthique, de la RSE et de la gouvernance des groupes



ENGAGEMENT

AIRBUS

AIRBUS

'We pioneer sustainable aerospace for a safe

Présentation

Engagements

Nos engagements

Uniting & safeguarding for a more sustainable world

Environment
Health & Safety
Human rights
Corporate citizenship
Inclusion & Diversity
Airbus Foundation
Reporting & performance data

Environment

Aviation has the power to connect
 convinced that sustainable air trav
 approach to environmental protec

EMPLOYEUR DE CHOIX



**ENGAGEMENT
 JEUNES 2023**

ement en Droit

s, notamment au
 ce des groupes

te à l'arbitrage

Handicap de l'incertitude autour de la notion d'engagement en Droit

❖ Multiplication des *engagements* nom de l'éthique, de la RSE et c

Nos objectifs

Nos engagements et nos responsabilités >

Pour
Lutter contre le changement climatique

Gérer l'eau de

Respecter la bi

Préserver les r

Pour une beau animaux

Investir pour la

Ressources

ESG perfo

Focus

Réduction d'émissions carbone : où en sommes-nous ?

Nos progrès les plus rapides ont porté sur la transition vers un business model bas carbone. Voici un aperçu de la façon dont nous y sommes parvenus.

100%

Er
D'ici à 2025, l'ensemble de nos sites seront neutres en carbone via l'amélioration de l'efficacité énergétique et l'utilisation de 100 % d'énergies renouvelables.

-25%

D'ici à 2030, nous innoverons pour permettre à nos consommateurs de réduire les émissions de gaz à effet de serre liées à l'utilisation de nos produits de 25 % en moyenne et par produit fini, par rapport à 2016.

-50%

Vol
D'ici à 2030, nous réduirons de 50 % en moyenne et par produit fini les émissions de gaz à effet de serre liées au transport de nos produits par rapport à 2016.

-50%

D'ici à 2030, nos fournisseurs stratégiques réduiront de 50 % en valeur absolue leurs émissions directes de gaz à effet de serre (scope* 1 et 2) par rapport à 2016.

Le plan de Compliance sont juridiquement contraignants parce que la loi le prévoit, sauf à ce que la volonté de l'entreprise l'accroisse

- ❖ Plan de Compliance, dont les plans de Vigilance = **exécution d'une obligation légale**
 - L'entreprise n'est pas « débitrice » (il n'y a de « créancier »)
 - L'entreprise est **assujettie**
- ❖ Plan de Compliance ou/et de vigilance = éventuellement qualifié **acte de gestion**
 - Com., 15 déc. 2021, n° 21-11.882 et 21-11.957 : « 6. Il résulte de ces textes que le plan de vigilance, incombant à une société anonyme en application du troisième texte, ne constitue pas un acte de commerce au sens du 3° du deuxième texte et que, si **l'établissement et la mise en œuvre d'un tel plan présentent un lien direct avec la gestion de cette société**, justifiant la compétence des juridictions consulaires par application du 2° du deuxième texte, le demandeur non commerçant qui entend agir à cette fin dispose toutefois, en ce cas, du choix de saisir le tribunal civil ou le tribunal de commerce. »
- ❖ Mais **possibilité** : enrichissement du plan **au-delà** de l'obligation légale
 - Peut constituer un engagement dont comme la source est alors la volonté de la société
 - elle devient alors maîtresse du cercle des personnes qui peuvent s'en prévaloir
 - Elle devient aussi maîtresse des modalités : par exemple des offres d'arbitrage