

Réglementations publiques et RSE : des interactions complexes (1)

par *Isabelle Desbarrats*, Maître de Conférences,
Université Sciences Sociales Toulouse I, Chercheur au Lirhe, UMR 5066

PLAN

I. Un constat : l'ambiguïté des rapports RSE/normes publiques

- A. Une ambivalence des acteurs publics à l'égard du concept de RSE
- B. Une ambivalence des promoteurs de la RSE à l'égard des réglementations publiques

II. Une nécessité : la clarification des rapports RSE/normes publiques

- A. Les raisons d'une nécessaire subsidiarité des normes privées à l'égard des normes publiques
- B. Les conditions d'une éventuelle complémentarité normes privées/normes publiques

« **D**e nos jours, l'expression « responsabilité sociale des entreprises » (RSE) est à ce point utilisée pour tout et n'importe quoi qu'elle commence à perdre toute signification. Il n'existe pas encore de définition commune de la RSE, qui peut correspondre à beaucoup de choses différentes selon les interlocuteurs choisis. De plus en plus d'entreprises s'en servent pour vanter leurs "réalisations" sur le plan social, distribuer des prix à un nombre incalculable de héros d'affaires, clairoonner leur participation aux actions caritatives, glorifier leurs propres luttes pour de nobles causes allant de l'élimination de la faim chez les enfants à la préservation des espèces en voie de disparition, voire au bien-être de leurs employés. (...) Parallèlement, jamais, depuis la grande dépression des années vingt, le niveau de confiance des consommateurs et des investisseurs américains envers le monde des entreprises n'est tombé aussi bas » (2).

Dans ce contexte – au-delà des appréciations dithyrambiques ou des jugements contempteurs – qu'est-ce que la RSE (3) et comment appréhender, d'un point de vue juridique, ce concept aux multiples facettes et en pleine expansion, comme en atteste le nombre croissant d'entreprises européennes qui, à l'image de leurs homologues anglo-saxonnes, promeuvent des stratégies de responsabilité sociale, voire sociétale, en écho à une série de pressions sociales, environnementales et économiques ?

Sans doute, la genèse du concept peut être retracée sans trop de difficultés tant sont nombreuses les études qui y sont, aujourd'hui encore, consacrées (4). On sait désormais que, si l'idée d'une responsabilité de l'entreprise vis-à-vis de son environnement n'est pas véritablement nouvelle, la RSE occupe cependant, aujourd'hui, une place croissante dans les débats plus larges sur la globalisation et/ou le développement durable. Ce « champ émergent, lié à la recherche d'une maîtrise du processus de mondialisation de l'économie et des enjeux politiques et sociaux qui l'accompagnent » (5) se trouve à l'intersection de trois lames de fond intéressant trois catégories d'acteurs (6) : en premier lieu, les investisseurs, aujourd'hui soucieux de taux de rentabilité élevés mais exigeant également le respect de critères éthiques ; ensuite, les consommateurs et, plus largement, la société civile dont la voix –

(1) Cette étude est extraite d'un ouvrage collectif intitulé « Le Droit saisi par la Morale » publié dans le cadre des Travaux de l'Institut Fédératif de la Recherche, « Mutation des Normes Juridiques » (Presses de l'université des Sciences Sociales de Toulouse, n° 4, 2005). Je remercie M. le Professeur J. Krynen, coordinateur de cet ouvrage, de bien vouloir m'autoriser à publier cette contribution.

(2) M. Sebastian, éditorial, « La responsabilité sociale des entreprises : mythes et réalités », *Education ouvrière* 2003/1, n° 1 30.

(3) Acronyme désormais utilisé.

(4) Par exemple, F.G. Trébulle, « responsabilité sociale des entreprises (entreprise et éthique environnementale) », *Rép. Dalloz Sociétés*, mars 2003, et la bibliographie citée ; F. Meyer, « La responsabilité sociale : un concept juridique ? », *Dr. Ouv.* 2005, 185.

(5) N. Notat, « Evaluer les performances sociales, environnementales et sociétales des entreprises. Objectifs et méthodes de la nouvelle agence Vigeo », in « *La responsabilité sociale des entreprises* », ANACT, 2003, p. 49.

(6) J. Igalens, « Etude des relations entre les entreprises et les organisations de la société civile autour du concept de responsabilité sociale », *Note Lirhe*, n° 370, janvier 2003.

médiatisée – se fait entendre par le biais des ONG, des syndicats ou encore de mouvements politiques ; enfin, les entreprises elles-mêmes et, plus précisément, les grands groupes transnationaux qui ne sauraient rester indifférents à cette double pression des investisseurs et des consommateurs tous épris de morale, du fait de l'influence croissante de l'opinion publique et du caractère sans cesse plus stratégique de l'image de marque dans un contexte de plus en plus concurrentiel. Au surplus, les entreprises françaises se trouvent désormais soumises à une autre contrainte exercée par le législateur lui-même (7).

Sans doute aussi, il est relativement aisé d'identifier les principaux outils permettant la mise en œuvre de cette responsabilité et qui, tous, sont frappés du sceau du volontariat. Ainsi, certaines entreprises essaient-elles de doter leurs produits ou leurs services de labels sociaux (8) ; d'autres peuvent choisir de prendre des engagements publics ; les plus nombreuses élaborent des codes (9) ou chartes éthiques dont le périmètre d'application et le contenu sont, en pratique, très variables (10).

Reste qu'au-delà, l'incertitude règne concernant, d'abord, la délimitation du concept de RSE. En effet, de la responsabilité de qui est-il véritablement question ? De l'entreprise ? Mais celle-ci n'est pas une personne morale (11). De l'employeur ? Des dirigeants ? Des actionnaires ? Ou bien encore des conseils et contrôleurs (12) ? En outre, de la responsabilité de quoi s'agit-il exactement ? Le périmètre de cette responsabilité n'englobe-t-il que des questions à caractère « social » ou bien également des préoccupations « sociétales » ? De toute évidence, cette seconde option reflète la réalité : en effet, les inquiétudes croissantes suscitées par la détérioration de l'environnement semblent alimenter l'évolution vers une RSE au moins autant que les traditionnelles préoccupations des citoyens, consommateurs ou investisseurs, exprimées à propos de la sauvegarde des droits fondamentaux des travailleurs (12 bis).

Mais l'incertitude concerne également la portée du concept. Deux questions, notamment, retiennent l'attention qui intéressent l'opportunité d'une démarche dite « socialement responsable », mais également sa légitimité même.

D'abord, une première série d'interrogations surgissent, en lien avec le concept même de « responsabilité », entendue, en Droit, comme « l'obligation de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences civiles, pénales ou encore disciplinaires, soit envers la victime, soit envers la société » (13). De ce point de vue, on sait que se développe actuellement, parmi les opérateurs économiques, l'idée d'un « trop-plein » en matière de responsabilités, du fait de leur concentration sur la société et/ou l'entreprise au détriment des responsabilités individuelles. Dans ces conditions, n'est-il pas paradoxal de saluer l'émergence d'un nouveau cas de responsabilité de l'entreprise dite sociale – voire globale – alors même que, simultanément, beaucoup préconisent un reflux des responsabilités pesant sur la société ou l'entreprise et donc une restauration des responsabilités individuelles (14) ?

Outre la question de son opportunité, se pose ensuite celle de la légitimité même du concept, et notamment le problème de savoir quelles sont les relations que cette notion – ainsi que les normes qui en sont la traduction – sont susceptibles de tisser avec les règles élaborées par les acteurs publics. En contexte de mondialisation, comment situer, en effet, l'émergence du concept de RSE ? S'agit-il d'une obligation incontournable que le développement futur des stratégies d'entreprise doit nécessairement intégrer ? Ou

(7) Soit de façon directe, via l'obligation de reporting sociétal, instituée par l'art. 116 de la loi NRE du 15 mai 2001 ; soit indirectement, via l'obligation imposée à certains fonds d'investissement de communiquer sur les critères sociétaux de leurs choix financiers, ce qui contraint les entreprises à se livrer à une communication sociétale (lois du 19 février 2001 sur l'épargne salariale et loi du 17 juillet 2001 sur le fonds de réserve des retraites). Sur cette question, voir par exemple, C. Malecki, « Informations sociales et environnementales : de nouvelles responsabilités pour les sociétés cotées ? », D 2003, Ch, 818.

(8) Label social : « Mots ou symboles apposés sur un produit dont le but est d'influencer la décision d'achat des consommateurs en apportant une garantie sur l'impact social et éthique d'un processus commercial sur les autres parties prenantes concernées » (« Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises », Livre vert, Com (2001) 366 final.

(9) Code conduite : « déclaration officielle des valeurs et pratiques commerciales d'une entreprise et parfois de ses fournisseurs. Un code énonce des normes minimales et atteste de l'engagement pris par l'entreprise de les observer et de les faire observer par ses

contractants, ses sous-traitants, fournisseurs et concessionnaires. Ce peut être un document extrêmement élaboré exigeant le respect de normes précises et prévoyant un mécanisme coercitif complexe » (« Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises », Livre vert précité).

(10) N. Causse, « La valeur juridique des chartes d'entreprise au regard du droit du travail français. Contribution à l'étude de l'aspect social et éthique de l'activité des entreprises », PUAM, 2000.

(11) Rapp. R. Beaujolin-Bellet et J.Y. Kerbouc'h, « La notation sociale des entreprises », SSL du 28 octobre 2002, n° 1095, p. 85.

(12) Sur ces questions, voir le dossier « Entreprise et responsabilité civile », in *Droit et patrimoine*, n° 118, sept. 2003.

(12 bis) rapp. CE Triomphe, « De l'intérêt de la notion de responsabilité sociale » (<http://www.uet.org>).

(13) G. Cornu, *Vocabulaire Juridique* H. Capitant, Quadrige, PUF, 2000.

(14) A. Couret, Rapport de synthèse, « Entreprise et responsabilité civile », étude précitée, p. 102.

bien d'une mesure d'évitement de la réglementation publique, nationale et/ou internationale, de sorte que cette démarche s'inscrirait dans le mouvement tendant à faire prévaloir la réglementation sur la réglementation (15) ? Sans doute, on sait bien qu'une démarche socialement responsable est censée dépasser le strict respect des normes impératives pour s'inscrire, plus largement, dans un processus de développement durable, de démarche éthique (16). Ainsi, les autorités communautaires suivent-elles cette logique, qui soulignent que « *les codes de conduite ne doivent pas se substituer à la législation et aux dispositions contraignantes nationales, européennes et internationales : les dispositions à caractère obligatoire garantissent les normes minimales qui s'imposent à tous, tandis que les codes de conduite et toutes les autres initiatives de nature volontaire ne peuvent que les compléter et promouvoir des règles plus strictes pour ceux qui les souscrivent* » (17). Pour autant, et au-delà de ces pétitions de principe, les questions soulevées par la teneur des liens à tisser entre responsabilité éthique et réglementation juridique n'en finissent pas de susciter l'attention pour les motifs suivants. En effet, il est vrai que RSE – codes de conduites et chartes éthiques qui en sont l'expression – constituent des initiatives privées qui, pour cette raison, se situent sur un plan différent et sont donc *a priori* étrangères à l'activité normative des Etats et à celle des organismes internationaux inter-étatiques, dont les destinataires directs sont les Etats et, seulement indirectement, les acteurs privés. Néanmoins, et comme on voudrait l'établir dans un premier temps, la RSE demeure un concept ambigu, dont l'utilisation par tous – acteurs privés mais aussi publics – est, de surcroît, également ambivalente (I) : d'où la nécessité de procéder à une clarification des relations unissant initiatives privées et normes publiques, afin que les premières puissent éventuellement prospérer sans le faire au détriment des secondes et, tout au contraire, en harmonie avec celles-ci (II).

I. Un constat : l'ambiguïté des rapports RSE/normes publiques

Certains s'interrogent sur la question de savoir si l'apparition du concept de RSE ne constitue pas, au fond, une illustration de la modélisation ou standardisation des instruments juridiques, entendue comme « *la tendance naturelle et irrésistible de (ceux-ci) à s'aligner sur les modèles dominants imposés ou réclamés par les opérateurs économiques des principaux pays industrialisés parce qu'ils répondent le mieux aux besoins spécifiques de ces opérateurs* » (18). Allant plus loin, d'autres estiment qu'il « *existe bien une mondialisation-globalisation du droit, (notamment dans le secteur) des relations économiques internationales (qui) repose sur les initiatives privées, avec des Etats-nations de plus en plus discrets, pour ne pas dire complices, et une pression de plus en plus forte d'institutions statutairement inter-étatiques (...) dont les actions viennent renforcer les politiques tendant à substituer la loi du marché aux lois des Etats* » (19).

En tout cas, il est clair que les relations tissées entre modes traditionnels de réglementation et normes privées adoptées au titre d'une démarche dite socialement responsable sont frappées du sceau de l'ambiguïté, qu'il s'agisse de l'attitude prônée par les acteurs publics à l'égard du concept (A), ou de celle adoptée par les

promoteurs d'une démarche socialement responsable à l'égard de la réglementation juridique (B).

A. Une ambivalence des acteurs publics à l'égard du concept de RSE

Compte tenu du rôle équivoque joué par les sociétés transnationales dans le système économique mondial dès lors que, d'un côté, elles participent à l'intégration économique mondiale et que, de l'autre, elles renforcent les inégalités dans les circuits mondiaux en augmentant l'écart entre pays industrialisés et pays en développement, il est compréhensible que le droit international public aborde la question du contrôle de l'activité de ce type d'entreprises. De ce point de vue, on sait alors que – les sociétés ne constituant pas des sujets du droit international public et ne pouvant se voir imposer des obligations émanant d'une organisation internationale – « *la réglementation internationale envisagée pour les sociétés transnationales est spécifique (puisque) empruntant à la notion de code de bonne conduite* » (20) ; d'ailleurs, ces différentes initiatives (déclarations, principes, « contrat moral »...) visant à établir de telles règles de comportement sont finalement nombreuses. Pour autant, il est possible, dans le domaine social, d'en distinguer deux catégories selon le degré de précision des

(15) M.A. Frison-Roche, « Définition du droit de la régulation économique », D 2004, Ch. 126 ; J. Chevallier, « Les enjeux de la déréglementation », RDP 1987, p. 281.

(16) En ce sens, F.G. Trébulle, étude précitée, n° 2.

(17) « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises », Livre vert précité.

(18) A. Martin-Serf, « La modélisation des instruments juridiques », in « *La mondialisation du droit* », Litec, 2000, p. 179.

(19) Ph. Kahn, *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, p. 603.

(20) M. Bélanger, *Institutions économiques internationales*, Economica, p. 177.

principes qu'elles énoncent et selon, par conséquent, la plus ou moins grande marge de manœuvre qu'elles laissent aux entreprises privées. D'un côté en effet, on trouve un certain nombre de dispositifs qui ont pour point commun de poser, à destination des entreprises, des règles de comportement claires, considérées *a priori* comme essentielles (1.). En revanche, on peut ranger dans une catégorie différente d'autres mécanismes qui, à la différence des premiers, ne constituent pas une « *boîte à outils, applicable à toutes les entreprises, sans préjuger de leur taille, ni de leur secteur d'activité, de leur localisation ou de leurs modes d'opérations* » (21) : ce faisant, on peut voir là des initiatives internationales beaucoup moins soucieuses que les premières de proposer aux entreprises multinationales des règles de conduite considérées *a priori* comme majeures ; il s'agit donc, dans cette seconde hypothèse, de dispositifs internationaux accordant aux acteurs privés une certaine marge de manœuvre dans la détermination des règles de comportement que ceux-ci souhaitent s'imposer volontairement (2.) : d'où, naturellement, le sentiment d'une certaine ambivalence de la position adoptée par les organisations internationales à l'égard des velléités d'auto-réglementation des entreprises transnationales (22).

1) Dans le domaine social, il existe deux systèmes normatifs respectivement élaborés, dès la fin des années soixante-dix, par l'OIT et l'OCDE, dans le but de réguler l'activité des firmes transnationales : d'une part, les principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, adoptés par l'OCDE (23) ; d'autre part, la déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale adoptée en 1977 par l'OIT (24).

Sans doute, dans les deux cas, il s'agit là d'instruments non contraignants, ce dont il résulte que « *la*

responsabilité ultime de leur application repose sur les gouvernements » (25) : cette souplesse peut d'ailleurs s'expliquer par le fait qu'instituer une norme obligatoire ne saurait se concevoir en l'absence d'une définition de l'entreprise multinationale. Pour autant, le contenu ainsi que les potentialités de ces normes internationales paraissent essentiels du point de vue qui nous occupe. En effet, il est important de souligner qu'en dépit d'un esprit différent (26), l'objectif – identique – de ces deux textes est de « *moraliser l'activité des multinationales en leur recommandant un comportement d'honnête citoyen dans leurs relations avec le pays-hôte* » (27). Il s'agit ainsi, par le biais d'une énumération de pratiques conseillées ou au contraire critiquées, de faire en sorte « *que les activités des entreprises multinationales s'exercent en harmonie avec les politiques des gouvernements, à renforcer la confiance mutuelle entre les entreprises et les sociétés dans lesquelles elles exercent leurs activités, à améliorer l'environnement pour l'investissement étranger et à accroître la contribution des entreprises multinationales au développement durable* » (28).

En conséquence, ces textes présentent ceci d'important qu'ils traduisent une amorce de réglementation au plan mondial, sachant qu'un autre argument milite également dans ce sens : le fait qu'ils puissent être transcrits dans les droits internes des Etats membres et acquérir une réelle valeur juridique. Voilà pourquoi certains estiment que ces règles internationales de « bonne conduite » des sociétés peuvent « *s'entendre comme un ensemble de règles élaborées et adoptées par les Etats, visant de façon complémentaire trois objectifs : la réglementation des activités des entreprises, la réglementation de la politique des pouvoirs publics à l'égard de ces entreprises et l'institution d'une procédure multilatérale permettant la*

(21) Selon les termes de P. Lamy, « La mise en œuvre des principes directeurs de l'OCDE sur les entreprises multinationales : un enjeu partagé vers une citoyenneté d'entreprise appliquée », Conférence OCDE, Bruxelles, 10 mai 2001.

(22) Rapp. G. Ryder, « La responsabilité des entreprises envers la société et les travailleurs », in « La responsabilité sociale des entreprises : mythes et réalités », Education ouvrière 2003/1, n° 130, p. 23.

(23) « Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », Paris, 1976, révisés en 1984, 1991 et en 2000. On rappellera que ces recommandations s'adressent, non seulement, aux sociétés basées dans les pays qui y adhèrent (il s'agit des pays membres de l'OCDE) mais s'appliquent également à toutes leurs opérations accomplies de par le monde.

(24) « Déclaration de principes tripartite pour les entreprises multinationales et la politique sociale », OIT, Genève, 1977, révisée en 1991 et en 2000.

(25) Selon les termes de J. Evans, « Les principes directeurs de l'OCDE : un outil de responsabilisation sociale des entreprises », in « La responsabilité sociale des entreprises : mythes et réalités », Education Ouvrière, 2003/1, n° 130.

(26) Voir I. Daugareilh, « Le rôle des acteurs sociaux face à la mondialisation de l'économie », Revue de l'université libre de Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit, 2001, n° 2, 115.

(27) Y. Van der Mensbrugge, « Les codes de conduite pour sociétés multinationales. Quelques réflexions », Rev. de droit international et de droit comparé 1982, 17.

(28) Point 1 de la préface aux principes de l'OCDE.

Au final, les principes directeurs de l'OCDE sont d'ailleurs relativement exhaustifs, puisque comportant des développements couvrant la politique générale, la divulgation des informations, l'emploi et les relations professionnelles, l'environnement, la lutte contre la corruption, les intérêts des consommateurs, les questions de science et technologie, ou encore la concurrence et les taxes. Figure ainsi, dans ce document, une série de principes généraux incitant les multinationales à tenir compte des objectifs de politique générale des pays membres où elles opèrent, notamment dans le domaine économique et social, à coopérer avec les autorités et milieux locaux, à éviter toute discrimination lorsqu'elles pourvoient des postes, à s'abstenir de paiements illicites..., ces principes étant ensuite complétés par une série de recommandations plus précises encore.

Quant à la déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale adoptée en 1977, elle les invite à tenir compte, notamment, des objectifs de politique que se sont assignés les pays dans lesquels elles opèrent et à harmoniser leurs activités avec les activités et structures de ceux-ci : l'art 7, par exemple, recommande d'observer les principes concernant les domaines de l'emploi, de la formation, des conditions de travail, de vie et des relations professionnelles...

supervision régulière de la mise en œuvre de l'ensemble » (29). C'est dire que ces esquisses de réglementations au plan mondial traduisent la volonté de la communauté internationale d'encadrer en amont l'activité des entreprises transnationales et, par voie de conséquence, de limiter l'ampleur de leur autorégulation, via l'élaboration unilatérale de normes de conduites.

2) Dans ce contexte, on ne saurait minorer les différences perceptibles entre ces premières initiatives internationales et d'autres, plus récentes, qui se sont développées dans le cadre de l'Union européenne et de l'Organisation des Nations-Unies. Dans ces derniers cas en effet, l'objectif poursuivi par les organisations internationales concernées est de contribuer au développement durable via la création d'un réseau global de partenariats ainsi que par l'identification de « bonnes pratiques ». Ainsi l'option a-t-elle été prise, dans les deux hypothèses, de valoriser une nouvelle approche, basée sur le concept de « bonne gouvernance », et tendant à encourager une forme globale de citoyenneté d'entreprise, grâce à une promotion de la coopération et des efforts volontaires en faveur du développement social et durable.

C'est ainsi que, lancé officiellement en juillet 2000 à l'initiative du secrétaire général de l'ONU, le pacte mondial – également appelé Global Compact (30) – invite les sociétés transnationales à adhérer à neuf principes universels concernant les droits de l'homme, les normes de travail et l'environnement ainsi qu'à faire connaître sur son site Internet des exemples de « bonnes pratiques » démontrant leur adhésion à ces principes. S'appuyant sur le pouvoir de l'action collective, ce pacte mondial – conclu entre les entreprises, l'ONU et la société civile – s'attache donc à développer la responsabilité civique des entreprises afin que le monde des affaires participe à la recherche de solutions permettant de mieux appréhender les problèmes soulevés par la mondialisation : à ce jour, plus de mille entreprises de plus de cinquante nationalités différentes ont signé ce pacte.

Quant aux bases de la réflexion engagée sur ces questions au sein de l'Union européenne, elles ne semblent guère différentes de celles précédemment décrites. En effet, on se trouve ici encore en présence d'une démarche à long terme de partenariat, basée sur le principe d'un échange « d'expériences (dans le but) de rapprocher les initiatives, de définir des principes

directeurs communs pour servir de base de dialogue avec des instances internationales et des pays tiers » (31). Ainsi la commission a-t-elle mis en place un forum plurilatéral sur la responsabilité sociale des entreprises afin de « promouvoir la transparence et la convergence des pratiques et instruments socialement responsables » (32).

Sans doute, on peut alors penser que cette promotion des « bonnes pratiques » en vue d'un meilleur encadrement de l'activité des sociétés transnationales s'explique par le consensus sur lequel elles reposent et donc par les gages d'efficacité qui en résultent. On peut également estimer que ce processus s'appuyant sur « une valorisation systématique des expériences fructueuses que leur exemplarité érige en prototype d'actions à reproduire, est particulièrement adapté à un monde multipolaire où les comparaisons deviennent la norme (et) où les technologies les favorisent (...) » (33).

Pour autant, loin s'en faut que ce type d'initiatives suscitent l'adhésion de tous au motif, notamment, que leur adoption traduit le particularisme des relations qui, désormais, se tissent entre autorégulation et réglementations publiques. En effet, alors que, dans le but de réguler les relations de travail au sein des entreprises, l'action publique (telle que traduite par les principes de l'OCDE et la déclaration de l'OIT) se caractérisait jusqu'à présent par une intervention en amont – ie, par une identification de principes a priori considérés comme essentiels – tout autre est la démarche adoptée par les Nations-Unies et l'UE puisque celle-ci repose plutôt sur une mise en retrait de l'action publique au profit des acteurs privés dont il s'agit de généraliser les expériences exemplaires. Dans ces conditions, on comprend pourquoi certains estiment que « le pacte mondial est devenu le symbole du volontarisme à la fois au sens sociologique, (...) et au sens plus littéral, à savoir que les initiatives volontaires et l'autorégulation des entreprises ont plus de poids que les réglementations impliquant les organisations gouvernementales ou multilatérales » (34).

Dès lors et comme on l'a souligné, « le principal problème réside peut-être dans l'utilisation de la RSE par les gouvernements au niveau international : (ceux-ci) cherchent à contrebalancer leurs propres obligations contraignantes à l'égard des droits de propriété dans le cadre des accords de commerce et d'investissement en poussant les entreprises à entreprendre des actions volontaires pour le respect des droits humains » (35). A

(29) P. Merciai, « Les entreprises multinationales et le droit international », Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 91.

(30) www.unglobalcompact.org

(31) Selon les termes de J. Igalens et M. Joras, « La responsabilité sociale de l'entreprise : comprendre, rédiger le rapport annuel », Ed. d'organisation, 2002, 6.

(32) Communication de la Commission européenne, « La responsabilité sociale des entreprises : une contribution des entreprises au développement durable », 02/07/2002, COM (2002) 347 final, p. 19.

(33) *Le Monde Initiatives*, avril 2002, 22.

(34) P. Utting, « Le pacte mondial : pourquoi tant de bruit ? » in « La responsabilité sociale des entreprises : mythes et réalités », Education Ouvrière, n° 130, 2003.

(35) D.W. Justice, « Concept et phénomène de la responsabilité sociale des entreprises : défis et opportunités pour les syndicalistes », in « La responsabilité sociale des entreprises : mythes et réalités », Education Ouvrière, n° 130, 2003, p. 6.

tout le moins, on est en droit de souligner l'ambivalence de la position adoptée par les organisations internationales à l'égard des tentatives d'autoréglementation des entreprises transnationales puisque, dans un cas, on peut détecter une volonté publique de limiter les marges de manœuvres de ces entreprises, et que, dans l'autre, on observe au contraire une promotion de cette autoréglementation en vue d'une identification des expériences vertueuses susceptibles d'être généralisées : ainsi a-t-on souligné que « *les pouvoirs publics voient d'un œil très favorable ces codes d'éthique, qui reflètent un nouveau conformisme, tout en s'inscrivant dans la tendance actuelle à la déréglementation* » (36). Le débat, d'ailleurs, connaît de nouveaux développements avec le lancement, au niveau communautaire, d'une « *alliance européenne pour la RSE* », en vue de faire de l'Europe un pôle d'excellence en matière de RSE (36 bis).

B. Une ambivalence des promoteurs de la RSE à l'égard des réglementations publiques

À l'instar de l'ambivalence des acteurs publics à l'égard de la RSE et de ses outils, il est clair qu'une ambiguïté du même type transparait dans les rapports entretenus par les promoteurs d'une RSE avec l'action publique, comme en atteste le double constat suivant. Sans doute, il est loisible de penser que l'adoption d'un comportement socialement responsable traduit une certaine volonté de remédier à un déficit de régulation publique, ce qui octroie une indéniable plus value au concept (1.). Mais, dans le même temps, on ne saurait occulter le fait que cette attitude traduit également un souci de maîtriser le contenu de la régulation publique, spécialement internationale, ce qui peut laisser craindre un risque de privatisation de la règle (2.).

1) D'abord, il est incontestable que l'élaboration – au nom d'une démarche socialement responsable – d'un code de conduite ou d'une charte éthique présente un réel intérêt stratégique. En effet, si ces normes privées sont souvent analysées comme une réponse aux attentes de consommateurs et/ou d'investisseurs désireux d'éthique, elles ont également vocation à constituer des instruments efficaces de gestion des ressources humaines. La raison en est que leur adoption concerne spécialement des grandes entreprises, qui exercent leurs activités à l'étranger, et dans lesquelles il peut être utile de renforcer un certain sentiment d'appartenance au groupe, comme de soumettre, à des règles identiques, des salariés venant d'horizons divers.

Mais là n'est pas le seul intérêt présenté par ce processus de normalisation sociale puisque les codes de

conduite peuvent également avoir celui de pallier l'absence et/ou l'insuffisance de la réglementation nationale et/ou internationale et donc jouer le rôle de relais de l'action publique : pour s'en convaincre, il suffit d'observer que l'élaboration de ce type de normes constitue une réponse au double défi lancé, d'une part, par le principe de territorialité des législations nationales, et d'autre part, par la faiblesse chronique de l'action normative de l'OIT.

C'est ainsi que la mise en oeuvre de ces normes privées peut permettre d'étendre le bénéfice de certains droits sociaux à des salariés qui, *a priori*, ne pourraient pas s'en prévaloir, en raison d'une législation nationale insuffisamment avancée sur ces questions : en pratique, cela signifie donc que les codes de conduite peuvent atténuer les inconvénients inhérents au principe dit de territorialité des législations nationales et, notamment, l'impact des pratiques d'entreprises dites de « shopping social », aujourd'hui critiquées par la société civile. Par ailleurs, on ne saurait nier que ce même processus de normalisation sociale permet également de combler les faiblesses du système international de normes sociales : la raison en est que les normes de droit international public ont pour destinataires naturels les entités étatiques et non les acteurs privés ; de ce point de vue, les codes de conduite peuvent ainsi permettre de combler un vide juridique au plan international en matière de droits sociaux dans les pays où ils n'existent pas et redonner un sens à l'action normative de l'OIT en matière de normes fondamentales du travail.

Mais si les codes de conduite présentent donc un certain nombre de vertus aussi bien comme outils de gestion des entreprises qu'en tant que relais de l'action publique de sorte que l'on peut détecter, dans leur adoption, un certain souci de combler les déficits de la régulation publique, d'autres éléments pondèrent l'analyse : ceux-ci laissent craindre, en effet, qu'un tel comportement – censé être socialement responsable – reflète également une volonté de maîtriser le contenu des règles destinées à régir les organisations, voire le souci d'écarter l'application de règles jugées trop contraignantes.

2) Au soutien de cette opinion, on soulignera d'abord que les sociétés prônant un comportement socialement responsable sont, en réalité, peut-être les premières à se livrer à des pratiques de *shopping law*, encouragées d'ailleurs en cela par certaines solutions adoptées par la CJCE et qui semblent faciliter les délocalisations intéressées.

Pour appuyer ce point de vue, on rappellera que, dans une décision rendue le 9 mars 1999 (37), la CJCE a indiqué que « *le fait, pour un ressortissant d'un Etat*

(36) A. Martin-Serf, « La modélisation des instruments juridiques », in « *La mondialisation du droit* », Litec, 2000, p. 179. Rapp. J. Chevallier, « Vers un droit post-moderne ? », RDP 1998, 659.

(36 bis) Communication de la Commission, 22 mars 2006, « Mise en œuvre du partenariat pour la croissance et l'emploi : faire de

l'Europe un pôle d'excellence en matière de responsabilité sociale des entreprises ».

(37) CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd/Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, aff C/212/97, Rev. Soc. 1999, p. 386, note G. Parléani.

membre qui souhaite créer une société, de choisir de la constituer dans l'Etat membre dont les règles de droit des sociétés lui paraissent les moins contraignantes et de créer des succursales dans d'autres Etats membres ne saurait constituer en soi un usage abusif du droit d'établissement. En effet, le droit de constituer une société en conformité avec la législation d'un Etat membre et de créer des succursales dans d'autres Etats membres est inhérent à l'exercice, dans un marché unique, de la liberté d'établissement garantie par le Traité », sachant encore que « le fait qu'une société n'exerce aucune activité dans l'Etat membre où elle a son siège et exerce ses activités uniquement dans l'Etat membre de sa succursale ne suffit pas à démontrer l'existence d'un comportement abusif et frauduleux permettant à ce dernier Etat membre de dénier à cette société le bénéfice des dispositions communautaires sur le droit d'établissement » : en conséquence, le refus d'immatriculer la succursale concernée est incompatible avec les articles 52 et 58 du Traité CE.

Puis, complétant ce raisonnement, la CJCE a précisé, dans un nouvel arrêt en date du 29 avril 1999 (38), qu'en application de ces mêmes articles 52 et 58, une société se délocalisant partiellement en fixant un établissement dans un pays membre a droit, sur le plan fiscal, au même régime de faveur que celui que l'Etat d'accueil offre à ses propres sociétés nationales.

Par ailleurs – et à supposer même que des sociétés, se disant adeptes d'une démarche socialement responsable, ne se livrent pas à de tels comportements constitutifs de *shopping law* – il convient de souligner que certains codes, sur le plan social, traduisent parfois une volonté de maîtriser le contenu des normes destinées à s'appliquer : est en cause le contenu parfois sélectif des codes, des observateurs craignant même un processus de redéfinition des droits sociaux fondamentaux, *via* le concept de RSE.

Certes, certains notent que, « le plus souvent, les engagements qui figurent (dans les chartes) se trouvent dans le "shadow of the law" (sont en d'autres termes déjà prévus par la loi, au moins en grande partie et la partie restante est exprimée en des termes vagues et inapplicables) et que (ces documents), le plus souvent, se limitent à reproduire les usages du milieu sans les soumettre à une appréciation d'ordre éthique » (39).

Mais d'autres soulignent plutôt la variabilité des codes ce qui, d'ailleurs, rend difficile toute tentative de systématisation, encore que l'OCDE ait mis en évidence les trois catégories suivantes : principes directeurs à l'intention

du personnel ; codes régissant le comportement des fournisseurs et partenaires commerciaux ; enfin, déclarations d'engagements de l'entreprise à l'égard du public. Les mêmes auteurs évoquent également le contenu trop souvent sélectif de ces normes privées, comme le confirment certaines études consacrées à ces questions (40). Ainsi remarquent-ils que, si certains thèmes sont fréquemment abordés (santé et sécurité au travail ; discrimination à l'embauche ou dans l'emploi ou bien encore travail des enfants), d'autres le sont, en revanche, beaucoup moins et, au premier chef, ceux relatifs à la liberté syndicale ou bien encore la négociation collective. Voilà pourquoi certains expriment la crainte de voir « les entreprises et leurs consultants en RSE (...) chercher à redéfinir à leur avantage des notions telles que le "travail des enfants" ou de promouvoir des mécanismes de prétendue consultation dominés par l'employeur pour contourner la liberté syndicale (alors même) que "les conventions OIT établissent clairement des définitions et sont accompagnées d'une jurisprudence qui précise leur interprétation dans des circonstances spécifiques" » (41). Dans la même veine, d'autres observateurs soulignent encore que « l'éthique de la société civile doit être fixée par le législateur, (et non) par le chef d'entreprise » (42). Lorsqu'on observe, de surcroît, que certains codes de conduite ne créent pas toujours, au profit des salariés, de nouvelles prérogatives, mais peuvent leur imposer, au contraire, de nouvelles obligations allant au-delà de ce que prévoient les réglementations en vigueur (43), on peut donc conclure que les chartes dites « éthiques » n'ont pas toujours pour objectif de traduire le respect de la loi dans le ou les pays où l'entreprise exerce ses activités, mais peuvent également avoir pour but l'adoption de règles propres à l'organisation, celle-ci concurrençant, derechef, l'Etat dans son rôle traditionnel d'élaboration de la règle. C'est dire que – loin de constituer une opération neutre sur le plan juridique – l'adoption, par une entreprise, d'un code ou d'une charte éthique porte, au contraire, en germe un risque de privatisation du droit.

Dans ces conditions, il devient opportun de s'interroger sur le type de rapports que ce processus de normalisation peut et/ou devrait entretenir avec les réglementations publiques (nationales et internationales) : ainsi se pose la question de savoir s'il faut prôner la substitution des réglementations publiques aux codes de conduite privés, ou bien s'il convient d'œuvrer en faveur de l'institution de rapports de complémentarité, plutôt que de concurrence.

(38) CJCE, 29 avril 1999, *Royal Bank of Scotland/Elleniko Dimosio*, Bull. Joly 1999, 784, note Belin.

(39) M. Borghi, « Les chartes entre l'éthique et le droit », in « *Ethique économique et droits de l'homme. La responsabilité commune* » M. Borghi et P. Meyer-Bich (Eds), Fribourg, 1997, p. 419.

(40) J. Diller, « Responsabilité sociale et mondialisation : qu'attendre des codes de conduite, des labels sociaux et des pratiques d'investissement ? », RIT 1999, p. 107.

(41) Dw. Justice, « Concept et phénomène de la RSE : défis et opportunités pour les syndicalistes », « La responsabilité sociale des entreprises : mythes et réalités », étude précitée, p. 1.

(42) M. Borghi, « Les chartes entre éthique et le droit », étude précitée, p. 401.

(43) Ainsi, par exemple, en ce qui concerne la teneur de l'obligation de confidentialité mise à la charge des salariés.

II. Une nécessité : la clarification des rapports RSE/normes publiques

Indéniablement, la RSE – et les codes de conduite qui en constituent la suite – sont des initiatives privées *a priori* étrangères à l'activité normative des acteurs publics, dès lors que ceux-ci s'adressent prioritairement aux Etats, sujets de droit international public, et seulement indirectement aux particuliers. Il n'en demeure pas moins qu'un effort de clarification de leurs rapports s'impose tant ceux-ci sont, pour l'instant, frappés d'équivoque. D'ailleurs, cette réflexion se justifie d'autant plus que la RSE constitue un phénomène se déployant sous le signe de la liberté alors que les réglementations publiques ont, au contraire, pour spécificité de produire de véritables règles juridiques, obligatoires par nature et dont la violation est sanctionnée : le risque est donc que la première apparaisse comme « une alternative attrayante » à la seconde « à l'heure de la mondialisation, ce qui (permettrait) de se détacher des droits nationaux et d'envisager un encadrement sur mesure des relations de travail » (44).

Dans ce contexte, il semble bien que les relations RSE/régulation publique devraient s'organiser dans le cadre d'une nécessaire subsidiarité de la première par rapport à la seconde (A). Sans doute, une telle subsidiarité ne saurait exclure une éventuelle complémentarité dès lors que l'une des « fonctions des codes de conduite est peut-être de stimuler le législateur en l'incitant à combler des lacunes de son droit national » (45) : pour ce faire, encore faut-il que le respect de certaines conditions – dont dépend la crédibilité d'une démarche socialement responsable – soit garanti (B).

A. Les raisons d'une nécessaire subsidiarité des normes privées à l'égard des normes publiques

Pour deux raisons au moins, les initiatives censées traduire un comportement socialement responsable devraient effectivement s'inscrire dans une relation de subsidiarité par rapport aux modes traditionnels de régulation : la première tient aux limites de ces initiatives "spontanées", au regard du droit de la concurrence (1.) ; la seconde à leurs carences, en terme de légitimité (2.).

1) « La RSE ne risque-t-elle pas (...) de nourrir l'illusion que l'on pourrait se passer de règles d'ordre public à l'échelle mondiale ? Cette illusion est en effet répandue parmi les acteurs de la RSE (...). Mais la vie se charge de balayer cette utopie. Ce sont d'ailleurs les entreprises elles-mêmes qui finissent par vouloir mettre dans le coup les pouvoirs publics mondiaux, afin de se protéger (...). (Notamment), les entreprises les plus

visées car les plus médiatiques, comme Nike, ont à cœur que leurs concurrents plus préservés subissent les mêmes contraintes qu'elles-mêmes, en étant, eux aussi, soumis aux règles qu'ils ont dû accepter sous la pression de l'opinion publique » (46). Dans la même veine, il est loisible de penser que les codes de conduite peuvent également générer des pratiques faussant la concurrence dès lors que, par leur intermédiaire, des grandes entreprises peuvent finalement imposer des standards qu'elles seront seules, sur le marché, à pouvoir respecter (47).

Pour ces raisons, la pertinence des codes de conduite mérite, indéniablement, d'être vérifiée à l'aune des principes permettant une libre concurrence entre opérateurs économiques. L'OIT, notamment, en est bien consciente qui souligne que « les initiatives privées unilatérales atteignent leurs limites pour toute une série de raisons, l'une d'entre elles étant la concurrence. (...). Souvent, pour être efficaces, les mesures volontaires doivent déboucher sur des réglementations et, dans beaucoup de domaines, ces réglementations doivent être mondiales. De même, les initiatives privées en faveur de l'environnement (...) atteignent rapidement leurs limites parce que les autres n'adoptent pas de normes similaires. Placer tout le monde sur le même pied d'égalité empêcherait ce type d'initiative de devenir non pertinentes » (48). Au soutien de ce point de vue, on rappellera d'ailleurs qu'en ce qui concerne le droit français des conventions et accords collectifs de travail, « c'est (justement) pour éviter des distorsions de concurrence et assurer l'égalité des salariés face au statut conventionnel régissant une même branche professionnelle (...) que la technique de l'extension des conventions collectives a été adoptée. (En effet), cette technique consiste à imposer le respect de la convention à toutes les entreprises comprises dans son champ d'application, y compris celles qui n'adhèrent pas à une organisation patronale signataire » (49), ces entreprises étant, derechef, privées de tout avantage compétitif aux dépens de leur personnel, dès lors que celui-ci se trouve donc soumis au statut collectif prévu par la convention collective.

Déjà, ces premiers arguments militent donc en faveur d'une subsidiarité des normes privées par rapport aux normes publiques : d'autres peuvent être invoqués au soutien de cette même opinion.

2) Si l'on veut bien admettre que, non seulement la légalité, mais aussi la légitimité d'une règle dépendent de

(44) F. Meyer, « La responsabilité sociale de l'entreprise : un concept juridique ? », étude précitée, p. 190.

(45) G.H. Trebulle, étude précitée, n° 28.

(46) G. Duval, « Une occasion historique de réguler le capitalisme », in « L'économie politique », 2003, n° 18.

(47) Sur cette question, voir L. Boy, « Normes », RID Eco 2/98, p. 115 ; J.B. Racine, « Normalisations, certifications et droit de la concurrence », RID Eco 2/98, 147.

(48) OIT.

(49) J. Pélissier et alii, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 2004, n° 863.

son élaboration conformément à un processus démocratique et à des principes de transparence, il faut conclure que les normes privées – censées traduire un comportement socialement responsable – pèchent par une insuffisante légitimité ce qui, naturellement, nourrit la méfiance à leur égard et justifie qu'on les considère comme seulement subsidiaires par rapport aux réglementations publiques.

Comme on va le voir, l'assertion se vérifie, aussi bien en ce qui concerne les conditions d'élaboration de ces « *modes de production privée du droit* » (50) (a) que pour les modalités de leur contrôle (b).

a) S'agissant en premier lieu des conditions d'élaboration des codes de conduite, il est incontestable qu'elles se caractérisent par une insuffisante transparence dès lors qu'elles sont déterminées unilatéralement par l'auteur du code ou de la charte, ou bien en partenariat avec des acteurs à la représentativité discutable.

C'est ainsi que beaucoup de codes de conduite sont élaborés à l'initiative et sous la seule responsabilité de l'entreprise à destination, soit de ses seuls sites de production, soit, également, de ceux de ses fournisseurs. Quant aux codes adoptés en partenariat, ils peuvent, contre toute attente, également susciter des réserves, en raison de l'incertaine légitimité de leurs négociateurs : tel est notamment le cas des codes de conduite dont le contenu est déterminé avec le concours d'organisations non gouvernementales, dont on peut, en effet, se demander si elles sont à même de représenter les intérêts des salariés ; les organisations syndicales semblent d'ailleurs pleinement conscientes de ces difficultés, dès lors qu'elles perçoivent les codes ainsi élaborés comme autant de moyens pour les entreprises d'éviter l'intervention des syndicats et donc de substituts à la négociation collective (51).

b) Opacité dans l'élaboration des codes, par conséquent, mais également dans leurs modalités d'application, tant il est vrai que les mécanismes de contrôle retenus reflètent, le plus souvent, une trop grande maîtrise de l'entreprise. Tel est d'abord le cas en ce qui concerne les contrôles dits « internes » dans la mise en œuvre desquels les salariés se voient confier un rôle important, ce qui peut nuire à l'objectivité même de la vérification. Tel est surtout le cas s'agissant des contrôles présentant une dimension, cette fois, externe. On en veut d'abord pour preuve les conditions dans lesquelles s'effectue l'évaluation sociale et environnementale à laquelle certaines entreprises acceptent de se soumettre et qui est opérée par des

organismes indépendants (52), dès lors que cette évaluation bute sur la difficulté qu'il peut y avoir à « *mesurer des critères (...) souvent non quantifiables* » (53). On peut également estimer qu'en dépit de son intérêt, le référentiel unique que constitue la SA 8000 n'offre cependant pas toutes les garanties d'objectivité souhaitées. En effet, il est vrai qu'une évaluation des codes et des labels sociaux est rendue ainsi concevable, puisqu'elle est opérée sur la base d'un audit réalisé sur les sites industriels d'une entreprise et de ses fournisseurs par une tierce partie. Néanmoins, elle présente l'inconvénient suivant : « *(celui) de ne pas proposer un cadre commun de mesure des responsabilités organisationnelles qui garantirait une information rigoureuse et cohérente* » (54).

Dans ces conditions, comment garantir de meilleures conditions d'adoption des codes et atténuer, par ce biais, la suspicion qu'ils provoquent le plus souvent ? Quelles solutions préconiser pour que ces normes privées, en complétant efficacement les systèmes de réglementations publiques, offrent aux salariés une réelle plus-value, sans que les entreprises soient pour autant découragées de s'engager dans une démarche socialement responsable ?

B. Les conditions d'une éventuelle complémentarité normes privées/normes publiques

Si l'on estime que la balance devrait pencher en faveur de l'institution de rapports de complémentarité entre réglementation publique et privée plutôt que de concurrence parce que la seconde peut présenter l'intérêt de prolonger la première, encore faut-il promouvoir, simultanément, un meilleur encadrement du processus de normalisation privée.

Dans ce contexte, deux pistes, déjà, mériteraient d'être explorées, qui ne sont d'ailleurs pas sans liens entre elles : la première relative aux perspectives offertes par un contrôle des codes entrant dans la sphère publique ; la seconde concernant le rôle accru que le dialogue social transnational pourrait jouer au stade de l'élaboration des codes comme en ce qui concerne leur application (55). Ainsi pourrait-on – au moins partiellement – atténuer l'opacité entourant l'adoption de ces codes et qui constitue l'une de leurs principales faiblesses (1.). Au-delà, on ne saurait minimiser le thème des sanctions encourues en cas de violation d'engagements pris au titre d'une démarche

(50) D. Berra, « Les chartes d'entreprise et le droit du travail », *Mélanges dédiés au Président Despax*, 2002, 125.

(51) « Responsabilité sociale des entreprises dans un cadre législatif et contractuel », Résolution adoptée par le Comité exécutif de la CES, 10-11 octobre 2001.

(52) Tels que l'Observatoire éthique des entreprises ou l'agence de notation Vigeo.

(53) S. Mercier, « Les chartes et codes éthiques. Quel contenu pour quelle utilité ? », *Cah. ju. fic. exp.*, 2000, p. 308.

(54) Ibid.

(55) Sur cette question, voir par exemple, *Liaisons magazine* avril 2005, p. 52, « Ces groupes qui jouent la carte du dialogue social au niveau mondial ».

« socialement » responsable, encore que la question présente un caractère largement prospectif (2.).

1) S'agissant d'un contrôle des codes de conduite entrant dans la sphère publique, on peut estimer que deux types de solutions sont envisageables ; aucune, cependant, ne suscite l'adhésion.

D'abord, on admettra qu'il est difficilement concevable de créer, à l'heure actuelle, un corps international d'inspecteurs du travail, qui seraient chargés de contrôler l'application des codes de conduite d'origine privée. Ensuite, il a toujours été officiellement refusé d'octroyer à l'OIT un rôle de certificateur social des normes volontaires : la raison en est, sans doute, le souci de ne pas détourner cette organisation de ses fonctions fondamentales d'élaboration, de promotion et de contrôle des conventions ratifiées ; ainsi ne souhaite-t-on pas prendre le risque d'un affaiblissement du système multilatéral conventionnel, par un mélange des genres entre conventions et codes (56). Dans ce contexte, et s'agissant donc des solutions susceptibles de renforcer la pertinence des codes de conduite et de garantir au-delà, leur correcte articulation avec les systèmes de réglementations publiques, une dernière voie doit être évoquée, qui a déjà fait ses preuves dans le cadre transnational, et qui, vraisemblablement, mériterait d'être ici approfondie : il s'agit de la carte du dialogue social, dès lors que le recours à la négociation collective transnationale pourrait constituer une solution opportune, tant au niveau de l'élaboration des codes, qu'en ce qui concerne leur contrôle.

D'abord, il est clair qu'une élaboration négociée des codes de conduite pourrait avoir des conséquences positives sur leur contenu. Certes, un grand nombre d'entre eux – sous la pression conjuguée des consommateurs et des investisseurs, tous soucieux d'éthique – évoquent, d'ores et déjà, la question du respect de certains droits sociaux fondamentaux, comme la protection des enfants ou la lutte contre les discriminations. Mais, comme dit précédemment, beaucoup d'entre eux, également, restent muets sur d'autres questions pourtant essentielles, telles que la liberté syndicale ou bien la négociation collective. Voilà pourquoi on peut penser que l'intervention de négociateurs – spécialement syndicaux – pourrait, à ce stade, atténuer cette approche sélective du contenu des codes.

Déjà opportun au stade de l'élaboration des normes privées, le recours à des solutions négociées pourrait

l'être, par ailleurs, en ce qui concerne leur contrôle. En témoignent les avantages présentés par cette technique originale – d'ailleurs, déjà utilisée dans certains secteurs – qui consiste à intégrer le contenu des codes dans des conventions collectives de travail conclues au niveau local ; une telle solution paraît en effet pertinente puisque le contenu du code peut ainsi acquérir statut juridique et force obligatoire.

Ce faisant, le recours à la négociation collective transnationale – au stade de l'élaboration des codes de conduite comme pour leur application – présenterait les avantages suivants. Le développement de solutions négociées permettrait, d'une part, de légitimer le recours, par les entreprises privées, aux normes privées et faciliterait ainsi les relations de complémentarité que celles-ci sont susceptibles d'entretenir avec les réglementations publiques. Ce recours au dialogue social pourrait, d'autre part, contribuer au développement du modèle dit « social européen », qui – à supposer qu'il existe – est censé présenter le double intérêt suivant : traduire, d'abord, une certaine conception de la politique sociale communautaire, *via* un rôle important attribué aux partenaires sociaux dans le fonctionnement des relations sociales ; constituer, ensuite, un rempart contre les risques suscités par une trop grande déréglementation.

Reste qu'un tel recours à la négociation collective suppose, naturellement, l'existence d'un véritable tissu conventionnel dans les pays où l'entreprise émettrice d'un code est destinée à s'implanter et doit respecter les engagements ainsi volontairement souscrits. Voilà pourquoi il est indispensable de réfléchir, certes, sur le phénomène des codes de conduite volontaires, mais aussi sur les moyens dont l'OIT devrait être dotée pour contraindre les Etats à respecter ses conventions : il est clair, en effet, que si les normes OIT étaient davantage respectées par les Etats – et notamment les conventions relatives à la liberté syndicale et à la négociation collective – les codes de conduite pourraient être ainsi intégrés dans des maillages conventionnels locaux et susciteraient vraisemblablement moins de réserve qu'actuellement.

Ce faisant, c'est confirmer le fait qu'en ce qui concerne les liens susceptibles d'être tissés entre réglementations publiques (nationale et internationale) et normes privées, c'est bien une relation de complémentarité qu'il convient de construire et non un effet de substitution des unes aux autres qu'il faut permettre. Pour ce faire, une

(56) Si un contrôle public supranational des engagements éthiques ne semble pas d'actualité, une amorce de réglementation nationale des engagements éthiques volontairement souscrits par des entreprises privées est, par contre, engagée. En témoigne l'adoption d'une loi Belge instituant un label social. En atteste également certains textes légaux tendant à conférer au reporting sociétal – à l'origine volontairement assumé par les entreprises – une dimension obligatoire (en ce sens, loi NRE du 15 mai 2001 instituant l'obligation, pour les sociétés françaises cotées, de diffuser des informations sociales et environnementales dans

leur rapport de gestion). Enfin, on peut signaler que, dans certains pays, l'investissement socialement responsable fait désormais l'objet d'un encadrement légal : c'est le cas au Royaume-Uni depuis la loi sur les retraites obligeant les fonds de retraite à communiquer sur leur politique en matière d'investissements socialement responsables ; c'est également le cas en France, notamment, depuis la loi du 19 février 2001 sur l'épargne salariale (art L. 214-39 Code monétaire et financier) (voir également *supra*).

condition supplémentaire mériterait, néanmoins, d'être remplie afin d'atténuer encore le sentiment de défiance généralement suscité par les codes privés : il s'agit de la nécessité d'identifier la réelle portée des engagements ainsi volontairement souscrits par les entreprises.

2) Quelle est la portée d'un code ou bien d'une charte éthique : s'agit-il de *soft* ou de *hard law* ? Et, en conséquence, quelles sanctions prononcer en cas de violation de ces normes de conduite privées ? (57)

Sans doute, tous s'accordent pour souligner que l'autorégulation – à laquelle conduit l'élaboration de ces normes – présente ceci de particulier qu'elle combine sanctions dites « sociales » et « économiques » : sanctions sociales, en premier lieu, qui « désignent les formes de contrainte dont une société dispose pour assurer un contrôle diffus sur ses membres (*réprobation, désaveu, blâme, mise à l'index, boycottage*) » (58) ; sanctions d'ordre économique, ensuite, dès lors que la société émettrice d'un engagement éthique a la possibilité de sanctionner les entreprises liées à elle et ne respectant pas cet engagement, notamment, en rompant toutes relations commerciales. Ainsi, « *l'on constate que, si la sanction sociale prédomine à l'égard (de la société émettrice) qui s'assujettit librement aux normes de conduite privées, des sanctions économiques peuvent être prévues par (cette société) à l'encontre des entreprises filiales et sous-traitantes* » (59).

Mais à supposer le droit français applicable, est-il concevable – en cas de non-respect d'engagements pris au titre d'une démarche « socialement » responsable – de prononcer également des sanctions d'ordre juridique ?

Que l'on se place du point de vue du droit ou bien de celui des opérateurs économiques, la question est d'importance. D'une part, ces derniers ne sauraient nier qu'est en cause la viabilité d'une démarche dite socialement responsable dès lors que celle-ci est largement tributaire de la crédibilité des engagements souscrits à ce titre et donc des sanctions susceptibles d'être encourues en cas de violation de ceux-ci. D'autre part, et d'un point de vue cette fois strictement juridique, se pose, au fond, le problème de l'application de l'adage *Tu patere legem quam fecisti* (60) aux normes de conduite privées ainsi que celui de ses éventuelles conséquences. Ainsi certains soulignent-ils que « *c'est une chose de ne pas être contraint d'adopter des règles (et) une autre de ne pas être lié par les règles ainsi*

acceptées » ; voilà pourquoi « *il n'est pas possible d'accepter le discours selon lequel on pourrait souscrire des engagements qui n'engagent pas, adhérer à un système de responsabilité qui ne soit pas juridiquement sanctionné* » (61). On sait, de surcroît, que « *le juge ne se considère pas comme automatiquement lié par l'intention proclamée par les parties de priver leur accord de toute valeur obligatoire, et donc de sanction judiciaire* » (62), opinion que certains approuvent afin d'éviter le développement « *d'un droit en trompe-l'œil* » (63).

Or, pour l'instant, la question du statut juridique des chartes et autres codes éthiques est loin d'être clairement appréhendée, de sorte que les solutions envisageables présentent une dimension largement prospective.

Certes, on peut citer deux décisions récentes émanant de juges du fond qui concluent au caractère réglementaire de la charte litigieuse et tirent toutes les conséquences de cette qualification juridique sur le plan, notamment, procédural (64).

Mais, au-delà, que décider ? Est-il possible, en présence d'une norme volontairement souscrite, qu'un contractant de l'entreprise émettrice – voire un tiers – en revendique l'application à son profit, ou bien se voit reprocher sa violation ? Les tribunaux français – tout au moins la Cour de cassation – n'ayant pas encore été saisis, à notre connaissance, de cette question, on en est réduit à identifier certaines pistes de réflexion (65). De ce point de vue, il est clair que, saisis d'une telle difficulté, les juges français devraient qualifier la charte au regard des catégories juridiques françaises. D'ailleurs, plusieurs d'entre-elles viennent spontanément à l'esprit : accord collectif, engagement unilatéral de volonté, obligation naturelle, voire, engagement contractuel...

En tout état de cause, on ne saurait minimiser l'enjeu du problème, d'autant que ce n'est pas seulement à l'égard de ses salariés qu'une entreprise émettrice d'un code éthique est susceptible de s'engager : il suffit, pour s'en convaincre, de rappeler qu'aux Etats-Unis, les juges ont condamné l'entreprise Nike pour publicité mensongère au motif qu'elle diffusait des informations erronées sur les conditions de travail des salariés de ses sous-traitants à l'étranger (66).

Isabelle Desbarrats

(57) Sur la question, voir C. Thibierge, « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », RTD Civ 2003, p. 599.

(58) L. Dubin, « La protection des normes sociales dans les échanges internationaux », PUAM, 2003, p. 321.

(59) Ibid.

(60) *Subis les conséquences de ta propre loi*. Sur cet adage, voir H. Roland et L. Boyer, « Locutions latines et adages du droit français contemporain », Ed l'Hermès, T2, 1979, 560.

(61) F.G. Trébulle, « Responsabilité sociale des entreprises. Entreprise et éthique environnementale », étude précitée, n° 35, 36.

(62) B. Oppetit, « L'engagement d'honneur », D 1979, Ch, 106.

(63) F.G. Trébulle, étude précitée, n° 42.

(64) TGI Versailles, 17 juin 2004, Dr. Ouv. 2004, 475, note M.F. B.C. ; TGI Nanterre (référé), 6 octobre 2004, Dr. Ouv. 2005, 219, note F. Saramito.

(65) Pour plus de développements, voir notre article, « La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable », JCP, E, 2006, n° 1214.

(66) F.G. Trébulle, Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression. Considérations à partir de l'arrêt Nike v/Kasky, Actualités, Rép. Droit des sociétés, 2004-1, p. 9.