



HAL
open science

Le cadre normatif de la RSE, entre soft law et hard law

Nicolas Cuzacq

► **To cite this version:**

| Nicolas Cuzacq. Le cadre normatif de la RSE, entre soft law et hard law. 2012. hal-00881860

HAL Id: hal-00881860

<https://hal.science/hal-00881860>

Preprint submitted on 9 Nov 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le cadre normatif de la RSE, entre soft law et hard law¹

Avril 2012

Cuzacq nicolas,

Maître de conférences HDR en droit privé,

Agrégé d'économie et gestion et Ancien élève de l'ENS Cachan.

Membre du laboratoire OBM de l'UPEC.

Adresse professionnelle : IUT Créteil-Vitry (UPEC), 61 avenue du général De Gaulle, 94010
Créteil.

Adresse courriel : cuzacq@u-pec.fr

Mots clés : Soft law, hard law, gouvernance, entreprises multinationales, droit et mondialisation.

Keys words : soft law, hard law, governance, multinational firms, law and globalization.

¹ Communication présentée au colloque du RIODD 2012.

Résumé en français :

Après avoir présenté et relativisé la distinction entre soft law et hard law, le texte présente dans une première partie la confusion entre ces deux catégories de normes qui se manifeste parfois au sein du droit français de la responsabilité sociale d'entreprise. Le droit des groupes de sociétés ainsi que les règles relatives au reporting extra financier sont analysés. La deuxième partie concerne la soft law qui s'applique aux sociétés multinationales. Cette soft law émane soit d'organisations internationales soit des codes de bonne conduite. Dans ce dernier cas, il s'agit d'une autorégulation dont il convient de préciser les avantages mais également les inconvénients. Par ailleurs, le texte s'intéresse au durcissement possible de la soft law. Les deux catégories de normes ne sont en effet pas étanches.

English summary :

After distinguishing and relativizing difference between soft law and hard law, paper work explores in the first part confusion between those two categories of rules in the corporate social responsibility French law. Analysis concerns law groups firms and also law reporting. In the second part, we study soft law who governs multinational firms. In that case, soft law is created by international organizations or by conduct rules codes. In the last example, we can talk about self regulation and we focus on her benefits and limits. Otherwise, text analyzes when soft law becomes hard law. Both of them can be mixed.

Les analyses relatives à la responsabilité sociale distinguent souvent les normes juridiques qui s'imposent aux entreprises de celles qu'elles adoptent volontairement. Cette distinction a inspiré la Commission de l'Union européenne qui en 2001 déclarait : « être socialement responsable signifie non seulement satisfaire pleinement aux obligations juridiques applicables mais aller au-delà et investir davantage dans le capital humain, l'environnement et les relations avec les parties prenantes »². Il est important de prendre concomitamment en considération ces deux critères. Si l'on se focalise uniquement sur les engagements volontaires des entreprises pour analyser les politiques sociales et environnementales des firmes d'un Etat, on risque d'être victime d'un effet d'optique préjudiciable à des pays dans lesquels la *hard law* est importante. On pense à l'exemple de certains pays nordiques dans lesquels l'importance de la législation réduit le potentiel laissé aux initiatives volontaires des entreprises. La référence aux deux critères est également légitime afin d'éviter qu'une entreprise puisse valoriser ses engagements volontaires alors qu'elle ne respecte pas ses obligations légales. La RSE renvoie à la notion d'entreprise citoyenne qui implique le respect du droit. Au premier abord, l'opposition entre les normes juridiques et les normes volontaires est claire. Selon la définition traditionnelle du droit, les règles sont juridiques lorsque leur inobservation engendre une sanction étatique (J.-L. Aubert, 2002). Ce critère n'est pas l'apanage des seuls positivistes légalistes car il constitue une référence pour nombre de juristes en raison de sa clarté. Le monisme juridique considère que le droit est un bloc homogène qui se confond avec l'Etat. Ce point de vue a été critiqué par les partisans du pluralisme juridique qui observent dans les sociétés modernes « d'innombrables centres générateurs de droit (...) qui viennent rivaliser avec le foyer proprement étatique » (G. Gurvitch, 1935). Selon cette thèse, la contrainte n'émane pas seulement de l'Etat. Dans les années 70 et 80, les codes de bonne conduite ont eu une importance croissante dans la régulation des entreprises. Ils constituent une illustration de ces centres générateurs de droit.

² Promouvoir un cadre européen pour la RSE, Com (2001) 366 final, 18 juillet 2001, p. 7.

Ils ont pu d'autant plus facilement rivaliser avec le foyer étatique que le libéralisme des années 80 remettait en cause la régulation étatique. On a alors souvent distingué la hard law et la soft law³. La première est un droit délibéré alors que la seconde est un droit spontané. Des études ont analysé les caractéristiques de ces normes (P. Deumier, 2002 et P. Neau-Leduc, 1998) dont la texture est différente (C. Thibierge, 2003). La doctrine a également souligné les degrés de la normativité des engagements volontaires des entreprises (P. Deumier, 2009) mais également une progressivité possible de la normativité (M. Mekki, 2009). Il est pertinent d'utiliser une échelle de densité normative comprenant diverses textures juridiques possibles allant d'un droit très dur à un droit très souple (C. Thibierge, 2003). La complémentarité de ces normes est aujourd'hui admise. En matière de RSE, il a été souligné que la normativité relevait de la loi mais aussi du droit souple (F.-G. Trébulle, 2011). La cloison entre ces deux catégories de règles n'est pas étanche car la soft law est parfois une source d'inspiration pour le législateur. Egalement, La Cour de cassation dans l'affaire Dassault Systèmes a rappelé qu'un code de bonne conduite est un acte juridique de droit privé dont la validité peut être remise en cause par le juge⁴. La soft law est sous la surveillance du juge étatique. Néanmoins, le pouvoir de l'Etat est relatif à l'égard des multinationales qui peuvent mettre en concurrence les droits nationaux en raison de la mobilité des capitaux. La situation actuelle n'est pas satisfaisante car les limitations territoriales des droits nationaux ne permettent pas d'encadrer efficacement l'activité des sociétés transnationales. Elles sont pour l'essentiel régies par les droits nationaux. Il a été envisagé de leur octroyer le statut de sujet du droit international public afin qu'elles soient assujetties à des droits et des obligations issus de règles internationales. Il serait possible de leur conférer le statut de sujets mineurs et dérivés du droit international public (P. Daillier et A. Pellet, 2002). L'octroi de ce statut aurait pour effet de leur octroyer de nouvelles obligations mais aussi de nouveaux droits. Or, la création de

³ A l'origine, ce terme attribué à Lord McNair désignait le droit flou. Ensuite, il a fait référence à un droit souple considéré comme non contraignant. Pourtant, nous verrons qu'un engagement volontaire peut être contraignant à la condition d'admettre qu'il y a d'autres contraintes que celle qui émane de l'Etat.

⁴ Cass. soc. 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-17.191.

nouveaux droits au profit des multinationales n'est pas l'objectif visé par les Etats. Les multinationales mettent en concurrence les droits des Etats et elles cherchent à influencer leur contenu via un lobbying qui ne peut être ignoré lorsqu'on s'intéresse aux sources du droit (M. Mekki, 2009). Ainsi, le député B. Pancher, rapporteur du projet de loi qui deviendra la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 dite Grenelle 2, a déclaré sans ambages, « j'ai été particulièrement surpris par la montée en puissance des lobbies »⁵. Le pouvoir des multinationales porte atteinte à la souveraineté des Etats qui souhaitent néanmoins afficher un volontarisme en votant des réformes. L'annonce de la réforme semble parfois plus importante que le contenu de la réforme elle-même. Il y a alors une instrumentalisation de la valeur symbolique de la loi par la sphère politique. La sacralisation de la loi en France trouve son origine dans la révolution française. Depuis cette époque, la loi est considérée comme le support des aspirations collectives des citoyens. La période révolutionnaire illustre un changement radical au sein de la société française en fondant la légitimité de la loi sur les décisions communes des citoyens et non plus sur l'autorité d'un roi considéré comme l'élu de Dieu qui n'avait de compte à rendre qu'à ce dernier dans une logique théocratique⁶. En 1791, la loi incarne l'émancipation des citoyens au point que la devise est : « la nation, la loi, le roi ». La loi est abstraitement l'autorité supérieure. Elle fait l'objet d'un véritable culte car elle est considérée comme l'expression de la volonté générale⁷. Le droit de la RSE offre des exemples d'une instrumentalisation de la valeur symbolique de la loi par la sphère politique qui engendre une regrettable confusion entre la hard law et la soft law (I). A l'échelle internationale, un Etat seul n'a pas la capacité de réguler l'activité des multinationales. Ces dernières sont régies à cette échelle par des normes produites par les organisations internationales ou encore par les codes de bonne conduite qu'elles ont rédigés (II). Ces normes relèvent de la soft law et leur texture est différente selon les hypothèses.

⁵ Cité par Novethic in A. C. Husson-Traore, Le périmètre du reporting RSE des entreprises sera défini par décret, 11 mai 2010.

⁶ En 1791, le roi dispose néanmoins d'un droit de veto à l'égard de la loi.

⁷ Article 6 de la Déclaration de 1789.

I) Confusion entre hard law et soft law, exemples issus du droit français de la RSE.

Cette confusion regrettable a déjà été dénoncée solennellement par des institutions prestigieuses. Ainsi le Conseil d'Etat a déclaré avec à propos que : « la loi est faite pour prescrire, interdire, sanctionner. Elle n'est pas faite pour bavarder, créer des illusions, nourrir des ambiguïtés et des déceptions »⁸. Cette assertion mériterait d'être mentionnée au frontispice du Parlement qui entretient parfois une confusion entre la soft law et la hard law (D. Guével, 2005). Le droit des groupes de sociétés (A) et celui de la diffusion d'informations extra-financières par les entreprises illustrent selon nous cette confusion (B).

A) Le droit français des groupes de sociétés.

A l'occasion de la restitution des conclusions du Grenelle de l'environnement, le président de la République avait déclaré sans ambages le 25 octobre 2007 : « il n'est pas admissible qu'une société mère ne soit pas tenue pour responsable des atteintes portées à l'environnement par ses filiales. Il n'est pas acceptable que le principe de la responsabilité limitée devienne un prétexte à une irresponsabilité illimitée. Quand on contrôle une filiale, on doit se sentir responsable des catastrophes écologiques qu'elle peut causer. On ne peut pas être responsable le matin et irresponsable l'après midi »⁹. La déclaration du président de la République correspond aux desideratas de nombreux citoyens qui considèrent que la société mère doit être responsable des dettes de ses filiales lors d'une catastrophe écologique. Pourtant, en application des articles 1842, 2284 et 2285 du code civil, les filiales ont leur propre personnalité morale et conséquence leur propre patrimoine qui est distinct de celui de la

⁸ CE, Sécurité juridique et complexité du droit , La documentation française 2006, p. 282.

⁹ Discours disponible sur le site www.legrenelle-environnement.gouv.fr

société mère. En conséquence, une société mère n'est pas en principe responsable des dettes de ses filiales malgré la dépendance économique de ces dernières à son égard. Il existe en la matière une dichotomie entre la logique juridique innervée par l'autonomie juridique des filiales et la logique économique fondée sur l'unité de décision au sein d'un groupe de sociétés. C'est seulement à titre d'exception et d'une manière ponctuelle que l'unité de décision économique au sein du groupe est prise en compte par le droit. La Cour d'appel de Douai l'a affirmé très clairement dans l'affaire Métaleurop en rappelant que : « la simple dépendance économique, même doublée d'une unité de direction, ne permettait pas d'établir la fictivité ni la confusion des patrimoines »¹⁰. En conséquence, le rapport Lepage proposait de faire évoluer le droit français afin « de répondre aux difficultés liées au voile de la personnalité morale et aux restrictions liées à la possible mise en cause de la responsabilité de la société mère, actuellement envisagée très restrictivement par la Cour de cassation qui ne peut guère faire autrement »¹¹. L'initiative du rapport Lepage est légitime car la réforme du droit français en la matière doit résulter d'une loi du Parlement et non pas des décisions des juges qui doivent en principe être : « la bouche qui prononce les paroles de la loi » selon la formule de Montesquieu. C'est seulement dans le silence de la loi ou lorsqu'elle est ambiguë ou contradictoire que l'on peut admettre un pouvoir créateur aux juges. La réforme du droit des groupes relève de la compétence du Parlement dans une démocratie représentative comme la notre. On pourrait envisager d'octroyer la personnalité morale au groupe lui-même. Cette réforme, qui équivaut à trancher le nœud gordien, aurait l'avantage de la simplicité mais elle

¹⁰ CA Douai, 2 oct. 2003. Dans la même affaire, la Cour de cassation a rejeté la responsabilité de la société mère. Cass. com., 19 avr. 2005. On rappelle trop rarement que la Cour de cassation a rappelé dans son arrêt que la responsabilité d'une société mère pouvait être engagée sur le fondement de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif alors même qu'elle n'avait pas été saisie sur ce point. Cette précision démontre que les juges sont conscients que l'autonomie des patrimoines ne doit pas devenir un dogme. La solution avancée par la Cour de cassation est intéressante mais elle ne résout pas les difficultés de preuve que subissent les demandeurs dans ce type de litige. L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif implique en effet pour les demandeurs la preuve d'une faute de gestion de la société mère en sa qualité de dirigeant de droit ou de fait de la filiale ainsi que celle d'un préjudice et du lien de causalité.

¹¹ Lepage C., rapport final 1^{ère} phase remis le 1^{er} février 2008 au ministre de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables, p. 68. Document disponible sur le site www.legrenelle-environnement.gouv.fr.

interdirait le cloisonnement et la spécialisation des patrimoines au sein d'un groupe alors que ces pratiques peuvent favoriser des investissements privés utiles pour l'intérêt général. En la matière, l'assertion philosophique de Ricoeur, selon laquelle nous sommes condamnés à un « arbitrage permanent entre une vision trop courte d'une responsabilité limitée et une vision trop longue d'une responsabilité illimitée », peut servir de sémaphore. Il faut modifier les conditions dans lesquelles la responsabilité de la société mère sera engagée sans pour autant considérer que cette responsabilité sera automatique. Il faut déterminer des critères plus clairs que ceux de la confusion, la fictivité, l'immixtion, l'apparence qui sont aujourd'hui à la disposition des juges. Ces critères aux contours incertains ne facilitent pas le travail des juges qui doivent se demander dans chaque espèce si les éléments factuels sont suffisants pour remettre en cause le principe de l'autonomie juridique de la filiale. Il en résulte un risque de subjectivité et une jurisprudence que l'on a pu qualifier « d'anguleuse et amphigourique » dans le domaine de la responsabilité des sociétés mères (N. Cuzacq, 2009). Le rapport Lepage souhaitait améliorer le droit positif en recommandant la création d'un article 1384-1 alinéa 1 au sein du code civil imposant aux sociétés mères d'indemniser les préjudices environnementaux ou sanitaires générés par la faute de leurs filiales en cas de défaillance de ces dernières. Ce rapport proposait aussi l'instauration d'un alinéa 3 au sein de l'article 1384-1 du code civil précisant que les sociétés mères sont responsables à moins qu'elles : « ne prouvent qu'elles n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité ». Suite à ce rapport et à la déclaration du président de la République, le Parlement a voté l'article 53 de la loi n°2009-967 du 3 août 2009 dite Grenelle I qui dispose : « la France proposera l'introduction au niveau communautaire du principe de la reconnaissance de la responsabilité des sociétés mères à l'égard de leurs filiales en cas d'atteinte grave à l'environnement et elle soutiendra cette orientation au niveau international ». Sur le plan légistique, on relève une erreur car la réforme n'a pas pour objectif de rendre les sociétés mères responsables à l'égard de leurs filiales. La finalité de la réforme consiste à permettre aux créanciers d'une filiale de

pouvoir engager la responsabilité de la société mère sous certaines conditions. Il eut été souhaitable de parler de responsabilité des sociétés mères à l'égard des créanciers de leurs filiales ou de responsabilité du fait de leurs filiales. Par ailleurs, l'article 53 de la loi dite Grenelle I en utilisant l'adjectif « grave » limite la portée de la réforme. Cet adjectif n'était pas mentionné dans le rapport Lepage qui était déjà moins ambitieux que l'avant-projet Catala qui envisageait une indemnisation par la société mère de l'ensemble des préjudices, environnementaux ou non, subis par les créanciers d'une filiale¹². Surtout, l'article 53 ne constitue pas du droit mais une simple déclaration d'intention politique. Il y a une confusion entre soft law et hard law. La loi est dans cet exemple instrumentalisée par une logique de communication politique. Le pouvoir politique utilise la loi comme un canal de communication afin de renforcer la portée de son message en profitant du prestige de la loi aux yeux des citoyens. La crainte des délocalisations explique la pusillanimité du législateur. Selon le rapport Lepage, ce risque est surestimé en la matière¹³. Pourtant, le lobbying des grands groupes n'a eu de cesse de rappeler ce risque au législateur. La loi est parfois martyrisée par les lobbies qui ne lui permettent pas d'être le reflet de l'intérêt général. Certains répondront que la loi du 3 août 2009 est une loi de programmation et qu'à ce titre elle peut contenir des dispositions non normatives. Effectivement, la finalité d'une loi de programmation consiste à déterminer les objectifs de l'action de l'Etat selon l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958. Néanmoins, les objectifs doivent être associés avec des échéances. En l'occurrence, ce n'est pas le cas. Egalement, la loi Grenelle I ne distingue pas clairement les dispositions normatives de celles qui ne le sont pas alors que le Conseil d'Etat souhaite une telle distinction au sein des lois de programmation¹⁴. Certes, la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 dite Grenelle 2 a intégré dans le droit dur deux nouvelles dispositions

¹² Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription remis au ministre de la justice le 22 septembre 2005, p. 178. Document disponible sur le site www.henricapitant.org.

¹³ Rapport op. cit., p. 69.

¹⁴ Sauvé Jean-Marc, La qualité de la loi, Groupe de travail Assemblée nationale-Sénat sur la qualité de la loi, 2010.

relatives aux groupes de sociétés mais elles ont une portée limitée (G. J. Martin, 2011). La première soumet aux régimes des conventions réglementées les engagements volontaires des sociétés mères qui souhaitent prendre en charge les obligations de leurs filiales défaillantes¹⁵. L'objectif est d'éviter que l'on incrimine un abus de biens sociaux aux sociétés mères qui prennent en charge de tels engagements. La portée de cette disposition est limitée non seulement en raison de son domaine d'application restrictif qui concerne les seuls dommages environnementaux issus de la loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 mais également parce que la pratique a démontré que les sociétés mères souhaitaient le plus souvent éluder leur responsabilité. Il est néanmoins intéressant d'observer que dans le cas étudié la hard law valide des engagements relevant de la soft law. La deuxième disposition issue de la loi dite Grenelle 2 crée un nouveau régime de responsabilité, dont les conditions d'application sont restrictives, qui permet de rechercher la responsabilité des sociétés mères, grands-mères ou arrière grands-mères¹⁶. Ces dernières devront notamment avoir commis une faute caractérisée pour que leur responsabilité soit engagée. La notion de faute caractérisée est peu utilisée en droit français et son sens est peu intelligible en droit de la responsabilité. Selon un auteur l'exigence d'une faute caractérisée « illustre le malaise du Gouvernement qui ne veut pas refuser la possible mise en cause de la société mère tout en étant particulièrement sensible aux craintes des milieux économiques » (F.-G. Trébulle, 2010). Une nouvelle fois, on constate l'influence négative des lobbies sur la clarté de la loi et sur les ambitions du législateur en matière de RSE. En résumé, on peut regretter que la loi dite Grenelle I renvoie une véritable réforme du droit de la responsabilité des sociétés mères aux calendes grecques alors que la loi dite Grenelle 2 instaure deux réformattes en la matière. La loi dite Grenelle I confond hard law et soft law dans le domaine de la responsabilité des sociétés mères alors que la loi Grenelle 2 instaure au sein de la hard law des dispositions parfois peu claires avec au surplus des ambitions limitées.

¹⁵ Article 227 de la loi qui crée un article L. 233-5-1 du code de commerce.

¹⁶ Article 227 de la loi qui crée un article L. 512-17 du code de l'environnement.

Le droit français relatif au reporting social et environnemental illustre également une confusion entre la hard law et la soft law.

B) La diffusion d'informations extra-financières par les entreprises.

Le 12 octobre 2000, lors des travaux parlementaires concernant la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, le groupe socialiste et apparentés a proposé un amendement visant à obliger les sociétés anonymes¹⁷ à indiquer dans leur rapport de gestion la manière dont elles prennent en compte les conséquences sociales et environnementales de leur activité¹⁸. Cet amendement deviendra l'article 116 de la loi dite NRE (Nouvelles Régulations Economiques) aujourd'hui intégré dans l'article L. 225-102-1 alinéa 5 du code de commerce. Avant la loi du 15 mai 2001, certaines entreprises publiaient des informations sociales et environnementales mais leur présentation était variable. Lors de la défense de l'amendement n°408, le sénateur Marc Massion a précisé qu'il souhaitait améliorer la qualité de l'information transmise par les entreprises et réduire l'hétérogénéité de sa présentation afin de permettre une comparaison objective des performances sociales et environnementales des entreprises. Un récent rapport de l'AMF considère que l'objectif n'a pas été atteint car il observe que la lisibilité, la fiabilité et la comparaison des données sont délicates¹⁹. Quant au législateur, il constate que la mise en œuvre de la loi est insuffisante et qu'elle n'est pas appliquée avec rigueur par une partie des entreprises concernées²⁰. A la vérité, il ne faut guère s'en étonner car le législateur en 2001 n'avait prévu ni une sanction spécifique dans l'hypothèse d'une inobservation de l'obligation de transparence ni un véritable contrôle de l'information délivrée. Il s'agit des deux vices originels de l'article 116

¹⁷ Le dispositif concerne également les sociétés en commandite par actions en application de l'article L. 226-1 alinéa 2 du code de commerce.

¹⁸ Amendement n° 408, Débat Sénat, Séance du 12 octobre 2000.

¹⁹ Rapport sur l'information publiée par les sociétés cotées en matière de RSE, Recommandation AMF n° 2010-13, 2 déc. 2010.

²⁰ Rapport Sénat n° 552 (2008-2009).

de la loi NRE. Le législateur a confondu soft law et hard law en créant un dispositif dont le respect dépendait de la volonté des entreprises. Sur le plan formel, l'article 116 relève de la hard law car il s'agit d'un texte voté par le Parlement. Pourtant, l'absence de sanction dans l'hypothèse de son inobservation incite à le classer dans la catégorie de la soft law. On peut une nouvelle fois citer l'admonestation du Conseil d'Etat selon laquelle « la loi est faite pour prescrire, interdire, sanctionner. Elle n'est pas faite pour bavarder, créer des illusions, nourrir des ambiguïtés et des déceptions »²¹. On retrouve l'idée d'une instrumentalisation de la loi par des logiques de communication. Le pouvoir politique laisse penser aux citoyens qu'il va résoudre un problème alors qu'il ne s'en donne pas les moyens. Certes, l'effectivité d'une règle de droit n'est pas considérée comme une condition de sa juridicité (D. de Béchillon, 1997) mais il semble difficile d'admettre que le droit remplit correctement sa fonction de régulation des actions des sujets de droit si nombre d'entre eux ne respectent pas une loi. La pusillanimité du législateur s'explique par la volonté de ne pas imposer des contraintes trop lourdes aux entreprises françaises dans un contexte de concurrence internationale. Un tel point de vue assimile le reporting extra-financier à une contrainte alors qu'il semble préférable de le concevoir comme la source d'un avantage comparatif sous réserve qu'il y ait une fiabilité des données publiées. Il faut se féliciter que la Commission européenne, dans sa communication du 25 octobre 2011²², ait annoncé, qu'afin de garantir les mêmes règles pour tous, elle va présenter « une proposition législative sur la transparence des informations sociales et environnementales fournies par les sociétés de tous les secteurs (...) la Commission élabore également une politique visant à encourager les sociétés à mesurer et à comparer leurs performances sur le plan environnemental au moyen d'une méthode commune fondée sur le cycle de vie ; celle-ci pourrait également être utilisée aux fins de la communication d'informations ». On observe que la Commission vise à faciliter les comparaisons entre les

²¹CE, Sécurité juridique et complexité du droit, La documentation française 2006, p. 282.

²² Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014, COM (2011) 681 final, p. 14.

entreprises à l'échelle de l'Union européenne. Elle reprend et étend l'objectif de comparabilité du législateur français. L'initiative de la Commission permettra de mettre sur un pied d'égalité les entreprises européennes en matière de reporting extra-financier. On peut déjà prévoir un lobbying qui excipera d'une rupture d'égalité entre les entreprises européennes et les autres pour contrecarrer le volontarisme de la Commission. La frilosité du législateur français en 2001 était également fondée sur la volonté de laisser le temps à l'expérimentation. Dans ce cas, il eut été préférable que le législateur utilise l'article 37-1 de notre Constitution, voté en 2003²³, qui prévoit la possibilité de voter des dispositions législatives à caractère expérimental²⁴. L'expérimentation présente l'avantage d'être à la fois un éperon et une bride (K. Popper, 1998). C'est un éperon car elle permet au législateur de découvrir des difficultés auxquelles il n'avait pas pensé. C'est une bride car elle l'incite à faire preuve de réalisme. En matière de reporting extra financier, on peut reprocher au législateur d'avoir procédé à une expérimentation sans avoir utilisé la procédure idoine. Le procédé utilisé porte atteinte à la crédibilité des lois. L'inexécution d'une obligation juridique doit engendrer une sanction étatique. L'article 116 de la loi NRE est une *lex imperfecta*. Certes, la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 a créé une procédure qui permet à toute personne intéressée de demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre sous astreinte au conseil d'administration ou au directoire de communiquer les informations sociales et environnementales obligatoires²⁵ mais il s'agit simplement d'une procédure d'injonction. On peut néanmoins regretter que les actionnaires, à notre connaissance, n'aient jamais utilisé cette procédure. Comme le disait le juriste Jhering « la lutte pour le droit est un devoir de l'intéressé envers lui-même » ; « la défense du droit est un devoir envers la société » (R. Jhering, 2006). Effectivement, les sujets de droit ont un rôle à jouer dans l'effectivité du droit. Il est possible que la procédure d'injonction ne soit pas suffisamment connue de la majorité des actionnaires.

²³ Art. 3 de la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003.

²⁴ Cette possibilité concerne aussi le règlement.

²⁵ Article L. 225-102-1 alinéa 10 du code de commerce.

Par ailleurs, Sherpa souhaite que les pouvoirs publics clarifient la notion de « personnes intéressées » en y incluant expressément les consommateurs, ONG et les citoyens (Sherpa, 2009²⁶). Les partisans du statu quo ne manqueront pas de considérer que l'inobservation de l'obligation de transparence dans le domaine social et environnemental peut être sanctionnée sur des fondements issus d'autres branches du droit. L'observation n'est pas inexacte mais l'on est contraint de constater que cela n'a jamais été le cas à notre connaissance à ce jour. Il est vrai que ces voies de droit suscitent des difficultés de mise en œuvre. A titre d'exemple non exhaustif, on citera les difficultés liées à l'engagement de la responsabilité civile des dirigeants. La rédaction d'un rapport de gestion erroné ou incomplet peut être considérée comme une négligence caractérisant une faute de leur part. Il faudra également prouver un préjudice et un lien de causalité entre ce dernier et la faute. Surtout, dans la pratique, la probabilité que le dirigeant utilise la voie de l'action *ut universi* est faible à moins qu'il y ait eu un changement de direction depuis la commission de la faute. On peut alors envisager la possibilité d'une action *ut singuli* mais dans la pratique elle est rarement exercée car les actionnaires, qui suppléent la carence des dirigeants, doivent avancer les frais de procédure. Ils ne les récupéreront pas s'ils perdent le procès. Dans ce cas, ils pourront au surplus devoir payer les dépens ou d'autres frais sur le fondement des articles 696 et 700 du code de procédure civile. S'ils gagnent le procès, les dommages-intérêts ne leur seront pas versés mais ils bénéficieront à la société. On constate qu'il est rationnel pour un actionnaire d'attendre que l'un de ses homologues agisse *ut singuli*. Si l'ensemble des actionnaires adoptent cette attitude rationnelle sur le plan individuel on aboutit à une inaction qui est irrationnelle sur le plan collectif. Il s'agit d'une application du paradoxe de Condorcet. A l'aune de cette observation, on comprend pourquoi Sherpa a demandé au législateur de prévoir une sanction spécifique en cas de non respect par une société de son obligation de transparence sociale et environnementale (Sherpa, 2009). A ce jour, le législateur ne lui a pas donné satisfaction. Par

²⁶ Contribution de l'association Sherpa au bilan public sur l'application de l'article 116 de la loi NRE, 20 février 2009.

contre la loi du 12 juillet 2010 a créé un audit spécifique des informations sociales et environnementales publiées dans le rapport de gestion qui complétera le contrôle limité du commissaire aux comptes en la matière²⁷. Malheureusement, l'article 1 du décret n°2012-557 du 24 avril 2012, relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale, prévoit que cet organisme tiers indépendant sera nommé par le dirigeant²⁸. Ce choix ne garantit pas son indépendance à l'égard de la technocratie. Il serait préférable qu'il soit nommé par les actionnaires. La loi NRE visait à dépasser l'autorégulation des entreprises afin de permettre une comparabilité des informations sociales et environnementales diffusées par les entreprises. Elle n'a pas véritablement atteint son objectif. Il est évidemment trop tôt pour effectuer un bilan de la loi du 12 juillet 2010 mais le fait qu'elle n'a pas créé une sanction spécifique laisse perdurer la confusion entre soft law et hard law. Il est vrai que les Etats subissent le lobbying des grandes entreprises qui pratiquent la mise en concurrence des droits nationaux. Il convient à présent de s'intéresser à la régulation de ces entreprises multinationales.

II) La prévalence de la soft law comme mode de régulation de l'activité des sociétés transnationales.

Les sociétés transnationales exercent par définition leur activité sur le territoire de différents Etats mais elles restent régies pour l'essentiel par les droits nationaux. Elles ne sont pas des sujets du droit international public et en conséquence elles ne sont pas les destinataires directes des normes créées par les traités qui ont une valeur juridique contraignante. On perçoit aisément le hiatus qui existe entre la limitation territoriale des droits nationaux et l'activité économique transnationale de ces entreprises. Les organisations internationales ont proposé, à défaut de pouvoir imposer, différents dispositifs qui visent à mieux réguler

²⁷ Article 225 de la loi du 12 juillet 2010 intégré dans l'article L. 225-102-1 du code de commerce.

²⁸ Article R. 225-105-2 du code de commerce.

l'activité des multinationales (A). Il s'agit d'une première catégorie de soft law qui s'ajoute à la deuxième issue de l'autorégulation des entreprises transnationales (B).

A) La soft law issue des organisations internationales.

Les organisations internationales ont logiquement souhaité réguler les entreprises transnationales en raison de l'importance des décisions de ces dernières sur la communauté internationale. Elles ont constitué un corpus qui intègre les principes directeurs de l'OCDE, la déclaration de l'OIT, le Pacte mondial, les principes directeurs des Nations unies relatifs aux droits de l'homme et la norme ISO 26000. Dans sa communication précitée du 25 octobre 2011, la Commission européenne a annoncé son intention de soumettre à un suivi les entreprises européennes comptant plus de mille salariés qui se sont engagées à tenir compte des principes et lignes directrices internationalement reconnus en matière de RSE et de la norme ISO 26000. La Commission n'annonce pas une proposition législative mais propose un dispositif dans lequel les entreprises peuvent volontairement s'intégrer. Les entreprises restent libres de prendre en considération ou non des principes et lignes directrices internationalement reconnus en matière de RSE et la norme ISO 26000. Si elles prennent un engagement en la matière et qu'elles comptent plus de mille salariés, elles feront l'objet d'un suivi défini par la Commission. On observe que le dispositif relève de la soft law et non pas de la hard law. Pourtant, il imposera une contrainte aux entreprises à savoir le suivi de la Commission. Un dispositif peut être fondé sur une démarche volontaire des entreprises et pourtant impliquer une contrainte à leur égard. La soft law n'implique pas forcément une absence de contrainte mais plutôt une contrainte différente de celle qui découle de la hard law. A l'aune de cette observation, la distinction entre le Droit et la *soft law* devient plus nuancée. On perçoit que la notion de droit mou n'est pas homogène et qu'il est pertinent d'utiliser la notion d'échelle de densité normative. (C. Thibierge, 2003). La Commission ne précise pas,

dans sa communication du 25 octobre 2011, le contenu du suivi des entreprises mais l'on peut envisager qu'elle décide à l'avenir d'en publier les résultats. Il en résulterait pour les entreprises la crainte d'une sanction médiatique. Le Doyen Roubier invitait déjà les juristes à élargir la notion de contrainte qui dans la théorie juridique classique est assimilée à une possible sanction prononcée par le juge (Roubier P., 2005)²⁹. Il considérait les sanctions économiques ou les représailles comme des contraintes efficaces. On peut prolonger la réflexion et considérer le risque d'une sanction médiatique comme une contrainte. L'influence des médias est importante au sein de nos sociétés au point que certains parlent de médiacratie. On retrouve la notion de sanction médiatique au sein du Pacte mondial (*Global compact*) créé en 1999 à l'initiative du Secrétaire général des Nations Unies de l'époque Kofi Annan. Ce texte contient dix principes subdivisés en quatre catégories : droits de l'homme, droit du travail, environnement, lutte contre la corruption. Les entreprises signataires du Pacte doivent s'efforcer de mettre en œuvre les dix principes. En contrepartie, elles peuvent utiliser, notamment dans des publicités, les logos du Pacte mondial. Des ONG ont considéré que le dispositif était trop favorable aux entreprises qui ont la possibilité de bénéficier de la renommée de l'ONU sans être assujetties à de véritables contraintes. Suite à ces critiques, il y a eu une évolution en 2003 car désormais les entreprises qui ne présentent pas une communication sur les progrès réalisés dans l'application des principes du Pacte mondial sont rayées de la liste des participants actifs. Le site Web du Pacte mondial distingue les participants actifs des participants inactifs. On retrouve la notion de sanction médiatique. Les entreprises considérées comme inactives doivent présenter une communication de progrès pour recouvrer leur statut de participant actif. On peut aussi considérer qu'une entreprise qui fait référence dans des documents commerciaux à son adhésion au Pacte mondial alors qu'elle a le statut de participant inactif peut être sanctionnée en droit français sur le fondement de l'article L. 121-1-1 du code de la consommation relatif aux pratiques commerciales trompeuses.

²⁹ La première édition date de 1951.

Dans cette hypothèse, on passe de la soft law à la hard law car la frontière entre ces deux catégories de normes n'est pas hermétique. Le mécanisme rappelle celui de l'article 1235 du code civil permettant aux obligations naturelles, qui appartiennent à la même zone grise que la soft law, de devenir des obligations juridiques sous certaines conditions. L'article L. 121-1-1 du code de la consommation relatif aux pratiques commerciales trompeuses peut être invoqué car dans la lignée de l'affaire Kasky³⁰, il semble légitime de considérer que les informations relatives à l'adhésion au Pacte mondial ont une nature commerciale. Elles visent à améliorer l'image de marque des entreprises et à influencer les arbitrages des consommateurs. L'exemple du pacte mondial démontre la difficulté d'analyser la juridicité d'un texte car la soft law sous certaines conditions peut se métamorphoser en hard law ou au moins s'en rapprocher avec la contrainte médiatique. La norme ISO 26000 est une autre illustration de la complexité inhérente à l'analyse de la normativité de la soft law. Cette norme intègre des éléments du droit international d'une manière plus ou moins fidèle. Elle a repris des éléments du droit international du travail sous le contrôle de l'OIT. Dans les autres domaines de la RSE, l'intégration du droit international s'est effectuée d'une manière très libre (I. Daugareilh, 2011). Cette référence à des normes juridiques est originale car les rédacteurs de la norme ISO 26000 ont posé comme principe qu'elle n'aura pas de portée juridique. Il nous semble néanmoins que cette déclaration relative à l'absence de juridicité de la norme ISO 26000 avait surtout comme objectif de dépasser l'opposition de certains Etats et de certaines entreprises. Au delà, la juridicité d'un texte n'est pas déterminée par la seule volonté de ses auteurs car elle dépend aussi des coutumes et des décisions des juges. La norme ISO 26000 pourrait également acquérir une valeur juridique via le droit contractuel. Le principe de l'autonomie de la volonté « interdit d'interdire » à des contractants de s'inspirer de la norme ISO 26000 lors de la rédaction des stipulations contractuelles. Egalement, le principe de la souveraineté des Etats leur permet d'intégrer dans leur droit national des règles issues de la

³⁰ Supreme Court of California, *Kasky vs Nike*, hw, 27 CAL 4 th 939, SO87859, 2 may 2002.

norme ISO 26000. Cette dernière contient des normes qui relèvent du droit mou mais dont certaines pourraient se consolider dans les années à venir. Dans le même souci de consensus, l'ISO a décidé de ne pas organiser une certification de la norme ISO 26000. Pourtant, il est possible que la norme ISO 26000 fasse l'objet d'une certification par d'autres organismes que l'ISO. Cette dernière pourrait revenir sur son engagement initial en considérant qu'elle est la plus légitime pour certifier une norme qu'elle a créée. La norme ISO 26000 contient des éléments du droit international public alors qu'elle s'adresse à des organisations³¹ qui en principe ne sont pas directement assujetties à ce droit. Elle procède à une extension de l'emprise naturelle du droit international (I. Daugareilh, 2011). Egalement, la norme ISO 26000 a créé la notion de normes internationales de comportement qui incite les entreprises à faire prévaloir un ordre public international sur un droit local qui ne protège pas les droits fondamentaux des sujets de droit. On cherche à éviter qu'une entreprise excipe d'un droit local pour justifier un comportement contraire aux droits fondamentaux. Egalement, la norme 26000 encourage les entreprises à faire pression sur les pouvoirs publics afin de réduire la différence entre les normes internationales de comportement et le droit local. L'idée est de favoriser un nivellement par le haut. Il est vrai que dans certains pays le droit local n'offre pas de recours à des personnes juridiques dont les droits fondamentaux ont été bafoués. L'extra-territorialité d'un autre droit national offre alors une perspective en la matière mais le plus souvent le principe reste celui de la territorialité du droit. Le droit américain offre un exemple d'extra-territorialité avec l'ACTA (Alien Tort Claims Act) qui permet à des victimes étrangères de poursuivre aux Etats-Unis des personnes physiques ou morales qui ont violé certaines conventions internationales relatives aux droits de l'homme à la condition que les personnes poursuivies soient sur le territoire américain. Les articles 113-5 et 113-6 du code pénal français sont beaucoup plus restrictifs raison pour laquelle des auteurs ont proposé aux pouvoirs publics des évolutions en la matière afin d'extra-territorialiser le droit pénal français

³¹ Organisation publique ou privée, entreprise ou non, nationale ou multinationale, collectivité publique.

(Bourdon et Queinnec, 2010). La norme ISO 26000 utilise également la notion de sphère d'influence qui est une notion que l'on retrouve dans les principes directeurs de l'OCDE. Dans les deux textes, l'idée est de dépasser le principe de l'autonomie juridique des personnes morales afin de prendre en considération les phénomènes de domination économique. Ils demandent aux entreprises d'anticiper et d'atténuer les incidences négatives liées à leur activité mais également les incidences négatives issues de l'activité des sociétés qu'elles dominent sur le plan économique. On considère qu'il y a une influence lorsqu'une entreprise a la capacité de faire modifier les pratiques néfastes de l'entité responsable du dommage. On pense notamment à des filiales ou encore à des sous-traitants, franchisés et des fournisseurs. A l'avenir, la notion de sphère d'influence sera peut être le fondement d'une nouvelle forme de responsabilité du fait d'autrui. On retrouve sous une autre forme la notion de dépendance utilisée par l'avant-projet Catala qui englobe la dépendance sociétaire mais également la dépendance contractuelle³². Par ailleurs, comme on l'a déjà relevé, la soft law n'est pas une notion homogène. Elle englobe des degrés différents de normativité. La normativité est liée à la notion de contrainte dans la définition classique du droit selon laquelle l'inobservation d'une règle juridique engendre une sanction étatique. De ce point de vue, les principes directeurs de l'OCDE ont une normativité supérieure à la règle ISO 26000 car ils prévoient un recours possible devant les points de contact nationaux si les principes ne sont pas respectés. Pour autant, ils ne constituent pas du droit, au sens classique, car le recours proposé n'a pas une nature judiciaire. On se rapproche de la zone du droit sans l'atteindre. Les points de contact nationaux jouent un rôle de médiation entre les multinationales et des personnes qui invoquent une violation des principes directeurs. La mise à jour des principes directeurs, adoptée le 25 mai 2011, a notamment comme finalité de proposer des lignes directrices de procédure plus claires et plus strictes destinées à renforcer le rôle et les performances des points de contact nationaux. Néanmoins, les principes directeurs, malgré la révision de 2011,

³² Rapport op. cit.

maintiennent la latitude des pays adhérents concernant l'organisation des points de contact nationaux et la détermination de leurs moyens d'action. En d'autres termes, un Etat a la possibilité de réduire l'efficacité de son point de contact national en le dotant de moyens humains et budgétaires insuffisants. Il serait évidemment préférable que les manquements aux principes directeurs fassent l'objet d'une médiation au sein d'un point de contact *international* géré par l'OCDE. Cela permettrait de couper le cordon ombilical entre les Etats et la justiciabilité des principes directeurs. Cette évolution favoriserait l'effectivité des principes directeurs. Cette effectivité est d'ailleurs fondée sur la notion de contrainte médiatique déjà évoquée précédemment car à l'issue d'une procédure le point de contact national rend publics les résultats de son travail sous réserve de ne pas dévoiler des informations sensibles. La question essentielle consiste à se demander si les Etats et les organisations internationales parviendront dans les années à venir à créer un dispositif plus contraignant à l'égard de multinationales qui aujourd'hui mettent en concurrence les droits nationaux en raison de la libre circulation des capitaux. Il est intéressant de noter que les entreprises vertueuses en matière de RSE souhaitent la création de dispositifs plus contraignants afin que leurs efforts soient reconnus par leurs parties prenantes. Egalement, le GRI (Global Reporting Initiative) a récemment admis les limites des démarches purement volontaires en matière de reporting car il a proposé une avancée à l'échelle de l'Union européenne³³. L'absence d'un cadre légal engendre un phénomène de sélection adverse puisque les entreprises peu vertueuses obtiennent un avantage comparatif en embellissant la réalité auprès de leurs parties prenantes. Les entreprises vertueuses sont alors enclines à demander une intervention publique afin de ne pas subir une concurrence déloyale de la part des passagers clandestins. Cette demande est conforme aux principes du libéralisme (qui diffère du libéralisme absolu) car elle vise à permettre le bon fonctionnement des marchés grâce au respect du principe de transparence. Les marchés ont besoin d'un cadre légal pour fonctionner correctement. Cette assertion

³³ GRI, Beyond voluntary laisser-faire reporting : towards a european ESG disclosure framework, Février 2010.

n'interdit pas de laisser une marge de manœuvre aux entreprises en leur permettant de s'autoréguler via des codes de bonne conduite. La soft law et la hard law peuvent être complémentaires à la condition de définir une articulation pertinente. En la matière, on peut s'inspirer de Portalis qui considérait que l'office de la loi est de fixer les maximes générales du droit et non de descendre dans le détail des questions. Egalement, on constate que la soft law issue des organisations internationales est parfois une source d'inspiration pour les entreprises lors de la rédaction des codes de bonne conduite. Il convient à présent d'étudier ces derniers qui illustrent un phénomène d'autorégulation.

B) La soft law issue des codes de bonne conduite.

Les codes de bonne conduite ont connu un essor important avec la déréglementation qui a été l'une des conséquences de l'influence du libéralisme sur les politiques gouvernementales. Une politique libérale est favorable à une autorégulation des entreprises car elle considère que l'intervention de l'Etat doit être limitée. Le développement des codes de bonne conduite a également été favorisé par l'absence ou la faiblesse de règles juridiques transnationales applicables aux activités des multinationales. Le droit spontané est alors l'illustration d'un besoin de régulation admis par les entreprises elles mêmes parfois sous la pression de leurs parties prenantes. On peut donner l'exemple d'un code de bonne conduite qui prescrit à une multinationale de faire respecter les droits de l'homme dans sa sphère d'influence. Dans ce cas, il est innervé par une logique transnationale qui répond aux difficultés issues de la territorialité des législations. Il permet aussi de dépasser le principe de l'autonomie juridique des personnes morales. Le code de bonne conduite peut ainsi favoriser l'effectivité de droits fondamentaux qui ne sont pas reconnus par le droit local d'un Etat dont relèvent des partenaires de la multinationale. Certes, il en résulte alors une dualité entre les salariés au sein du pays en développement selon l'identité de leur employeur. Les uns seront protégés par les

codes de bonne conduite, les autres non. Cet inconvénient peut être dépassé si le droit local du pays en développement évolue sous l'influence des codes. Dans cette hypothèse, la hard law est inspirée par la soft law. Le texte évolue sur l'échelle de normativité. Parfois, des droits fondamentaux sont reconnus par un droit local mais ils restent ineffectifs. Les codes de bonne conduite peuvent alors remédier à cette situation. Ainsi, en Chine, les codes de certaines multinationales permettent aux salariés de bénéficier du droit du travail chinois, en particulier en matière d'accidents du travail, sans risquer un emprisonnement (M.-A. Moreau, 2006). Dans ce cas, la soft law vient à la rescousse de la hard law, ce qui est original au regard des théories juridiques classiques. Ces codes de bonne conduite s'inspirent souvent des normes créées par les organisations internationales à l'adresse des multinationales. Les différents ordres juridiques s'interpénètrent. La soft law issue des codes de bonne conduite est sous l'influence de celle émanant des organisations internationales. D'ailleurs, une multinationale pourrait se contenter de faire référence aux textes des organisations internationales. Cette hétéronomie ne correspond pas totalement aux aspirations des multinationales qui ont la volonté de participer à la définition des règles de juste conduite qu'elles vont s'imposer. La notion d'autorégulation prend alors tout son sens. Certaines multinationales ont une pratique de « pick and choose ». Ainsi, les multinationales qui ont adhéré au Pacte Mondial privilégient parfois le volet environnemental de ce texte au détriment de la liberté syndicale et de la négociation collective (O. Maurel, 2008). Egalement les codes font parfois référence à des normes internationales d'une manière imprécise avec une reformulation de leur titre ou de leur objet (I. Daugareilh, 2007). De telles pratiques bafouent le principe d'indivisibilité des droits fondamentaux. Autre limite, les multinationales peuvent déterminer librement les bénéficiaires des codes de bonne conduite au mépris de l'universalisme des droits fondamentaux. Les insuffisances de la soft law créée par les codes permettent de comprendre l'intérêt d'une régulation internationale plus contraignante qui reste à construire. L'instauration de cette régulation internationale impliquerait une logique coopérative entre les

Etats. A ce jour, les multinationales favorisent une logique de concurrence entre les Etats. On reproche parfois aux codes de bonne conduite leur ineffectivité. Ainsi, le syndicaliste N. Kerney déplore une mise en œuvre insuffisante des dispositions des codes au point qu'il considère que les normes déontologiques ne valent pas le prix du papier sur lequel elles ont été écrites³⁴. Egalement, un juriste français estime que l'intégration volontaire de préoccupations sociales par les entreprises rappelle les promesses d'ivrognes jurant à la cantonade qu'ils vont cesser de boire demain (A. Supiot, 2004). Il est vrai que certaines entreprises ont utilisé les codes comme le support d'incantations. Dans ce cas, les déclarations ne sont pas suivies d'effets et l'on songe alors à la tapisserie que la reine Pénélope tissait la journée et défaisait la nuit. L'utilisation du mot « code » est dans cette hypothèse une pratique cosmétique qui vise à bénéficier indûment du prestige de la loi aux yeux des parties prenantes. On a observé précédemment que la loi était parfois instrumentalisée par la sphère politique mais elle peut aussi l'être par la sphère économique. Il faut pourtant se garder d'une animadversion généralisée à l'égard des codes car ils recouvrent des réalités très différentes. Leur texture est variable. Il n'y a rien de commun entre une entreprise qui pratique l'incantation et celle qui met en place des audits de sites et un suivi de sa politique développement durable au sein de son conseil d'administration. Un membre du conseil peut d'ailleurs se spécialiser dans le domaine du développement durable et ainsi apporter une expertise spécifique. L'indexation d'une partie de la rémunération des dirigeants sur les performances extra-financières de l'entreprise constitue également un vecteur d'effectivité des codes de bonne conduite et plus généralement de l'intégration du développement durable dans les stratégies de l'entreprise. En d'autres termes, il faut analyser le contenu et l'effectivité de chaque code pour pouvoir le positionner sur l'échelle de densité normative. Lorsqu'un code est la source d'une contrainte pour une entreprise, même si cette contrainte est volontaire, il a

³⁴ ³⁴ N. Kerney cité par F. Meyer, La responsabilité sociale de l'entreprise : un concept juridique ?, Le Droit Ouvrier 2005, n° 682, p. 185, spéc. p. 189.

une valeur juridique selon la théorie du pluralisme juridique qui admet d'autres contraintes que la sanction étatique pour définir le droit. Selon la thèse du pluralisme, le droit peut aussi se créer spontanément en dehors de l'Etat (J. Carbonnier, 2004). A l'aune ces observations, on perçoit la richesse mais aussi la faiblesse de la thèse du pluralisme. Sa richesse consiste à ajuster le droit sur la réalité sociale. Sa limite est issue de la difficulté à mesurer l'effectivité de chaque norme. Même si l'on utilise la définition classique du droit, fondée sur la sanction étatique, les codes de bonne conduite peuvent acquérir une juridicité. Autrement dit, une règle déontologique peut parfois devenir une règle juridique. Dans ce cas, on passe de la soft law à la hard law. La frontière entre ces deux catégories de normes n'est pas étanche. Tout d'abord, des Etats peuvent intégrer dans leurs législations des pratiques professionnelles qui ont d'abord été formalisées dans des codes de bonne conduite. Le juge peut aussi juridiciser une pratique professionnelle en la qualifiant de coutume. Le processus est plus long que celui inhérent au vote d'une loi car il faut dans ce cas attendre l'émergence de l'*opinio juris seu necessitatis*. Néanmoins, le juge peut recourir à l'usage qui ne requiert pas d'*animus* contrairement à la coutume. L'usage peut constituer un fondement permettant au juge de consacrer un standard de comportement dont l'inobservation est une faute. Un standard est défini comme un comportement correspondant à ce qui est communément admis par un groupe social à un moment donné³⁵. Cette notion peut permettre au juge de procéder à une extension des pratiques RSE au sein du monde des affaires. Egalement, dans la lignée de l'affaire Kasky vs Nike précitée, une entreprise peut être sanctionnée sur le fondement des pratiques commerciales trompeuses si elle ne respecte pas les dispositions précises d'un code de bonne conduite. Il faut que le juge considère que le code de bonne conduite est un moyen d'information qui influence le consommateur lors de sa décision d'achat. Par exemple, si une entreprise fait référence à son code dans sa communication commerciale, on peut considérer qu'il a influencé la décision des consommateurs. La théorie de l'engagement unilatéral peut

³⁵ Lexique des termes juridiques, Dalloz 2005, p. 586.

aussi être la source d'une juridicité d'un code. Par un tel acte juridique, une personne s'oblige vis-à-vis d'un tiers sans que le bénéficiaire ait besoin d'exprimer une acceptation (J.-L. Aubert, 1998). Il diffère ainsi du contrat dont la naissance implique une rencontre entre une offre et une acceptation. Il se distingue aussi de la responsabilité civile car il n'implique pas la preuve d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité. En revanche, selon la doctrine, l'engagement unilatéral nécessite une volonté non équivoque et éclairée (M.-L. Izorche, 1995). En validant la théorie de l'engagement unilatéral la jurisprudence éviterait un dévoiement de la RSE par certaines entreprises qui utilisent des logiques cosmétiques à des fins commerciales. L'engagement unilatéral permet le respect de l'adage *tu patere legem quam fecisti*. Il n'est malheureusement pas possible dans le cadre de cet article d'envisager toutes les hypothèses qui permettent de juridiciser les dispositions d'un code de bonne conduite. Pour finir, on présentera deux voies de juridicité des codes qui sont utilisées dans le monde des affaires et qui devraient se développer dans les années à venir. Tout d'abord, les dispositions d'un code de bonne conduite peuvent être intégrées dans un accord cadre international (ACI). Dans ce cas le code pénètre la sphère du droit grâce au principe *pacta sunt servanda*. On rappelle que les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites pour reprendre la formule de l'alinéa 1 de l'article 1134 du code civil. Les ACI ont une nature transnationale tout comme l'activité des multinationales. Ils représentent une solution d'avenir pour durcir le droit de la RSE à la condition que les syndicats acceptent d'élargir leur domaine de compétence traditionnel qui concerne les droits sociaux des salariés. Les ACI impliquent une diversité des interlocuteurs du côté des représentants des salariés. Le choix des interlocuteurs a une implication sur le processus de négociation et la mise en œuvre de l'accord (A. Sobczak, 2008). Ensuite, les dispositions d'un code de bonne conduite peuvent être intégrées par exemple dans le contrat qui lie le donneur d'ordre à son sous-traitant. La technique contractuelle permet d'imposer à ce dernier de respecter des obligations sociales et environnementales qui ne sont pas reconnues par le droit

local. Il faut néanmoins éviter que le donneur d'ordre commette un abus de puissance économique au détriment du sous-traitant. Il en serait ainsi s'il impose de nouvelles obligations sociales et environnementales à ce dernier sans pour autant accepter de participer à leur financement. Certains ont proposé la notion de contrat durable afin d'éviter un tel écueil (Y. Queinnec, 2010).

La libre circulation des capitaux permet aux multinationales de mettre en concurrence les législations nationales. Les régulations juridiques sont encore essentiellement nationales alors que la logique économique des multinationales est internationale. La définition classique du droit est fondée sur la possibilité d'une sanction étatique lorsque la règle de droit n'est pas respectée. Cette définition montre ses limites lorsqu'une entreprise peut échapper à l'application d'une règle avec une stratégie de *law shopping*. Dans la pratique un Etat peut difficilement adopter une législation nationale contraignante à l'égard des multinationales sans risquer de subir des menaces de délocalisation. Le lobbying des multinationales à l'égard du législateur explique l'existence de *lex imperfecta* ou encore la pusillanimité de certaines réformes. Le droit français de la RSE en donne des illustrations qui ont été citées. Les capitulations du législateur sont plus souvent partielles que totales. Il cherche pourtant à les masquer en instrumentalisant les lois au profit de stratégies de communication. Pourtant, le droit français peut être classé, en comparaison de celui des autres Etats, parmi les plus ambitieux en matière de RSE. Cette observation rappelle le chemin qu'il reste à parcourir. Les multinationales ne sont pas assujetties au droit international public car elles ne sont pas des sujets du droit international public. Les organisations internationales peuvent simplement leur

recommander d'appliquer des normes relevant de la soft law. On perçoit la limite du critère de la sanction étatique comme fondement du droit en l'absence d'un Parlement mondial capable de voter des lois internationales et de les faire respecter par un Etat mondial. La contrainte inhérente au droit est désormais souvent inversement proportionnelle à la mobilité des sujets de droit. Un récent rapport du conseil des prélèvements obligatoires illustre cette rupture d'égalité en signalant qu'en France les prélèvements pèsent moins sur les grandes entreprises que sur les PME et surtout les entreprises de taille intermédiaire³⁶. Cela rappelle la citation de Balzac selon laquelle les lois sont des « toiles d'araignées à travers lesquelles passent les grosses mouches et restent les petites ». A défaut de pouvoir utiliser pleinement la loi comme mode de régulation des multinationales, les Etats, les institutions internationales ou européennes envisagent d'autres modes de régulation. Ainsi, la Commission européenne, dans sa communication du 25 octobre 2011 précitée relative à la RSE, annonce son intention d'engager avec les entreprises et les autres parties prenantes un processus d'élaboration d'un code de bonnes pratiques en matière d'autorégulation et de corégulation. Il s'agit d'une régulation hybride qui dépasse le clivage traditionnel entre régulation privée et régulation publique.

³⁶ CPO, Les prélèvements obligatoires des entreprises dans une économie globalisée, 7 octobre 2009.

Bibliographie³⁷

Aubert J.-L., Engagement par volonté unilatérale, Rép. civ. Dalloz 1998, n° 9.

Aubert J.-L., Introduction au droit, A. Colin 2002, n° 18.

Bourdon W. et Queinnec Y., Réguler les entreprises transnationales, Forum pour une nouvelle gouvernance mondiale, 2010.

Carbonnier J., Sociologie juridique, PUF 2004.

Cuzacq N., La responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales : éléments de droit positif et de droit prospectif, RRJ 2009-2, p. 657.

Daillier P. et Pellet A., Droit international public, LGDJ 2002.

Daugareilh I., La dimension internationale de la responsabilité sociale des entreprises européennes : observation sur une normativité à vocation transnationale *in* La dimension pluridisciplinaire de la RSE, (dir. M.-A. Moreau, F. Caffagi, F. Francioni) PUAM 2007, p. 275.

Daugareilh I., La norme ISO 26000 sur la responsabilité sociétale des organisations : observation sur une expérience d'inter-normativité *in* ISO 26000 : Une norme hors norme (dir. M. Capron, F. Quairel, M.-F. Turcotte), Economica 2011, p. 145.

De Béchillon D., Qu'est-ce qu'une règle de droit ?, O. Jacob 1997.

Desbarats I., Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées, JCP 2003, éd. G, n° 9, I 112.

Deumier P., Le droit spontané, Economica 2002.

Deumier P., Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques, RTD civ 2009, p. 77.

³⁷ Les rapports officiels sont cités en notes de bas de pages.

Farjat G., Réflexions sur les codes de conduite privés, *in* Mélanges B. Goldman, Litec 1982.

Guével D., La loi commerciale française, *Gaz. Pal.* 2005, n° 214, p. 3.

Gurvitch G., L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit, Pedone 1935.

Gutmann D., L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique, *Archives de philosophie du droit*, T. 44, Dalloz 2000, p. 115.

Hannoun C., La déontologie des activités financières : contribution aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme, *RTD com.* 1989, n° 90.

Izorche M.-L., L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain, Presses universitaires d'Aix-Marseille 1995, spéc. n° 187 et 188.

Jhering R., La lutte pour le droit, Dalloz 2006.

Le Tourneau P., L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle, Dalloz 2000, p. 70.

Martin Gilles J., Commentaire des articles 225, 226 et 227 de la loi du 12 juillet 2010 portant engagement nationale pour l'environnement, *Rev. soc.* 2011, p. 75.

Matutano E., L'adoption de la norme juridique, l'opportunité politique et la communication institutionnelle : trois données en quête de synchronisme, *RRJ* 2006/1, p. 41.

Maurel O., La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme, 2 volumes, La documentation française 2008-2009.

Mekki M., L'influence normative des groupes d'intérêt : force vive ou force subversive ?, Partie 1, *JCP G* 2009, n° 43, p. 48 ; Partie 2 *JCP* 2009, n° 44, p. 47.

Mekki M., Propos introductifs sur le droit souple, *in* Le Droit souple , Journées Assoc. Capitant, Dalloz 2009, n° 15.

Mercier V., RSE et droit des sociétés : entre contrainte et démarche volontaire, *Droit des sociétés* 2011, n° 4, Etude 6.

Molfessis N., Le titre des lois, Mélanges Catala, Litec 2001, p. 61.

Moreau M.-A., Normes sociales, droit du travail et mondialisation, Dalloz 2006.

Neau-Leduc P., La réglementation de droit privé, Litec 1998.

Osman F., Avis, directives, codes de bonne conduite, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit, RTD civ. 1995, p. 509.

Popper K., La connaissance objective, Flammarion 1998.

Roubier P., Théorie générale du droit, Dalloz 2005.

Sobczak A., Syndicats et responsabilité sociale des multinationales, Revue internationale de gestion 2008/1, p. 18.

Supiot A., Du nouveau au self service normatif : la RSE, Mélanges Péliissier, Dalloz 2004, p. 541.

Thibierge C., Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit, RTD civ. 2003, p. 599.

Thibierge C. (dir.), La force normative, Naissance d'un concept, LGDJ, Bruylant 2009.

Trébulle F.-G., Entreprise et développement durable, Environnement 2010, n° 12, Chr. 1.

Trébulle F.-G., Propos introductifs *in* RSE Regards croisés Droit et Gestion, F.-G. Trébulle et O. Uzan (dir.), Economica 2011, p. 3.

Von Ihéring R., La lutte pour le droit, Dalloz 2006.

Y. Queinnec, La RSE à l'épreuve des droits fondamentaux *in* RSE Regards croisés Droit et Gestion, (dir.) F.-G. Trébulle et O. Uzan, Economica 2011, p. 213.