



La responsabilité sociale de l'entreprise et ses relations avec le système juridique

Emmanuelle Mazuyer

Introduction

La responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) a acquis, depuis quelques années, l'envergure d'un véritable « phénomène »¹ dont l'importance ne cesse de croître. À la croisée de diverses disciplines de recherche en sciences humaines et sociales, gestion, finances, sociologie, économie, mais aussi droit ou psychologie, la RSE est l'une des manifestations des nouvelles formes de gouvernance tirées de l'exigence de développement durable et appliquées à l'entreprise. À ce titre, elle peut contribuer à la mise en œuvre du pilier social du développement durable. Pour se cantonner à la manière dont ce phénomène est saisi dans la matière qui nous préoccupe ici, c'est-à-dire le droit, sa principale visibilité est assurée par des instruments à la terminologie très hétérogène. Parmi les outils juridiques, le principal support de la RSE est le code de conduite adopté par les entreprises qui constituera le pivot de la présente étude, sous ses diverses appellations (chartes, codes, lignes directrices, esprit ...)². On assiste à une grande prolifération d'instruments très variés. On peut regrouper les codes en deux catégories différentes: les codes de conduite d'une profession, tels les nombreux codes adoptés ces dernières années par les partenaires sociaux européens³, et les codes de conduite d'entreprise.

¹ Voir E. Mazuyer, « La RSE : identification et régulation d'un phénomène complexe », dans E. Mazuyer (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la RSE*, Paris, La Documentation française, 2010, p. 15-39.

² Ainsi peut-on parler d'une « terminologie à géométrie variable », I. Desbarats, « Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées – regard sur une pratique en expansion », *JCP*, 2003, I, 112, n°3.

³ Voir, à titre d'exemples, les Lignes directrices sur le télétravail dans les télécommunications de 2001, les Lignes directrices pour les coiffeurs européens de 2001, les Lignes directrices volontaires en faveur de la mixité intergénérationnelle dans le commerce de 2002, la Déclaration commune sur l'apprentissage tout au long de la vie dans le secteur bancaire de 2002, le Code de conduite sur la responsabilité sociale des entreprises dans l'industrie sucrière européenne de 2003, le Code de conduite et d'éthique pour le secteur de la sécurité privée de 2003, la Déclaration conjointe du secteur de l'électricité sur le télétravail de 2003, la Déclaration conjointe des autorités locales et régionales sur le télétravail de 2004, la Déclaration relative à la promotion de l'emploi et de l'intégration des personnes handicapées dans le secteur du commerce et de la distribution en Europe de 2004, les Lignes directrices pour les centres de contact clients télécommunications de 2004.

Nous limiterons notre analyse aux seconds car les premiers constituent davantage une manifestation d'autorégulation de type corporatiste et déontologique qu'une manifestation de RSE au sens où nous l'entendons. Les codes de conduite des entreprises s'adressent aux différents partenaires des entreprises : consommateurs, salariés, partenaires commerciaux, actionnaires... Par ces codes, les entreprises s'engagent volontairement à respecter, dans leurs relations commerciales et contractuelles, les droits sociaux fondamentaux ou l'environnement, ou à promouvoir un investissement responsable. Ce qui nous intéresse ici ce sont les relations qu'entretiennent ces codes, manifestations d'une autorégulation volontaire et spontanée des entreprises issue des modes de production normative privée⁴, avec le droit, en principe posé par l'Etat, et ce faisant, comment ce droit peut les appréhender⁵. Il le fera sous divers angles, selon les branches du droit concernées (droit de la consommation, droit des affaires, droit social) principalement par la sanction ou la mise en œuvre des instruments de la RSE devant les juridictions. Mais en général, les codes de conduite sont réputés appartenir au domaine de la *soft law*, du droit souple, sans sanction, sans obligation, sans précision⁶, qui se trouve en concurrence avec le droit dur, celui produit ou posé par l'Etat.

En effet, à première vue, le phénomène RSE se développe en concurrence avec le droit et le système juridique, de telle manière que l'on peut se demander si cela peut être « un concept juridique »⁷ ou, du moins, quels en sont les enjeux juridiques⁸. La première étape pour tenter une approche juridique consiste à trouver une définition des codes de conduite.

En cela, la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du conseil du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, comporte dans son article 2f la définition suivante du code de conduite qui serait : « un accord ou un ensemble de règles qui ne sont pas imposés par les dispositions législatives, réglementaires ou administratives d'un Etat membre et qui définissent le comportement des professionnels qui s'engagent à être liés par lui en ce qui concerne une ou plusieurs pratiques commerciales ou un ou plusieurs secteurs d'activité ». De son côté, la Commission européenne a donné cette définition : « Code de conduite : déclaration officielle des valeurs et des 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, sous-traitants, fournisseurs et concessionnaires. Ce peut être un document extrêmement

⁴ Voir D. Berra, « Les chartes d'entreprise et le droit du travail », *Mélanges dédiés au Président Despax*, 2002, p. 125.

⁵ Voir sur cette question du droit « spontané » qui constitue bien souvent un espace aux contours flous entre le monde des faits et le monde du droit, P. Deumier, *Le droit spontané*, Economica, Paris, 2002, 496 p.

⁶ Voir sur ces notions et les divers instruments de *soft law*, C. Thibierge, « Le droit souple – Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 599.

⁷ F. Meyer, « La RSE de l'entreprise : un concept juridique? », *Dr. Ouvrier*, mai 2005, p. 185.

⁸ C. Neau-Leduc, « La responsabilité sociale de l'entreprise : quels enjeux juridiques? », *Droit Social*, nov. 2006, p. 952.

élaboré exigeant le respect de normes précises et prévoyant un mécanisme coercitif complexe »⁹. Quant aux définitions données par l'OCDE, elles reprennent l'essence volontaire des codes de conduite en les définissant comme « les engagements souscrits volontairement par les entreprises, associations ou autres entités qui fixent des normes et des principes pour la conduite des activités des entreprises sur le marché »¹⁰.

À partir de ces définitions, le phénomène de la RSE, matérialisé par l'adoption de codes de conduite, apparaît volontaire, spontané, se développant en marge du monde juridique. Les rapports entre droit et RSE seraient donc marqués par l'opposition (I). Mais à y regarder de plus près, les juristes s'y intéressent de plus en plus, comme le montrent les nombreuses études, les articles de doctrine ou encore la multiplication des rapports publics, internationaux, européens ou nationaux, sur la question. Par ailleurs, les auteurs d'autres disciplines scientifiques étudiant les manifestations de la RSE en appellent bien souvent à plus de régulation¹¹. Le droit aurait ainsi commencé son entreprise de « mise en ordre » du phénomène RSE... Après des tentatives de définition et de classification, il y a fort à penser que le droit est en train de poursuivre une certaine récupération du phénomène, mais est-ce souhaitable? En fait, derrière l'apparente concurrence entre droit et RSE, qui bien évidemment se vérifie sous de nombreux aspects, une certaine complémentarité de fait apparaît, même si elle est de différents degrés selon les matières juridiques concernées (II).

I. Droit et RSE : de l'évidente opposition...

À de nombreux égards, les relations entre droit et RSE semblent d'abord marquées par la concurrence (A.), voire même sous certains aspects, par l'opposition (B.)

A. Des rapports fondés sur la concurrence

La RSE est une forme d'autorégulation, elle se développe donc parallèlement à la régulation posée par l'État et le « vrai » droit légiféré ou codifié. Elle forme un droit spontané contre le droit imposé, les deux formes de droit évoluant dans des mondes parallèles, avec des méthodes d'élaboration différentes et des sanctions propres.

Ce phénomène spontané est né il y a longtemps. En effet, aux États-Unis, dès 1913, l'entreprise J. C. Penney Company possédait un code d'éthique. En France, dès 1977, la société Lafarge adoptait un code de conduite, intitulé « principes d'action ». Dans les années 1960, des multinationales

⁹ Livre vert, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, Commission européenne, Emploi et Affaires sociales, juillet 2001, annexe.

¹⁰ Rapport OCDE, TD/TC/WP(98)74/FINAL et Rapport OCDE, *Les codes de conduite des entreprises - Etude approfondie de leur contenu*, TD/TP/WP(99)56/FINAL.

¹¹ Il s'agit, pour ne citer qu'un exemple tiré de la science économique, des « institutionnalistes » ou « externalistes » qui en appellent à plus de régulation et d'intervention de l'État, par opposition aux libéraux ou « internalistes », notamment dans les relations de travail; voir dans ce champ disciplinaire, B. Dubrion, « RSE et relation d'emploi : lecture à la lumière des « *labor problems* », dans E. Mazuyer, *Regards croisés sur le phénomène de la RSE*, précité, p. 75-98.

nord-américaines commencent à prévoir des codes relatifs aux rémunérations dans le secteur automobile¹². Les codes de conduite contemporains se généralisent depuis une quinzaine d'années. Ils consistent à concilier une certaine « éthique sociale », par le respect de certains droits sociaux fondamentaux, et les intérêts économiques de l'entreprise¹³. Mais depuis quelques années, le phénomène a pris une autre envergure démontrée par le nombre de codes adoptés. Pour ne mentionner que quelques exemples significatifs dans le domaine des droits sociaux, citons, en avril 2004, le groupe allemand Bosch qui a signé un accord sur des « principes de base en matière de responsabilité sociale » pour 225 000 salariés de 236 établissements (plus de 50 pays). L'accord a été signé conjointement par la direction de Bosch, le comité d'entreprise européen et la FIOM (Fédération Internationale des Organisations de travailleurs de la Métallurgie). De même, en août 2004, le groupe métallurgique allemand Prym signait une déclaration sur « les droits sociaux et les relations du travail » concernant les 4000 salariés de l'entreprise. L'accord a été conclu par la direction de Prym, le comité d'entreprise européen et la FIOM (respect des normes fondamentales de l'OIT). Mi-octobre 2004, le constructeur automobile français Renault adoptait à son tour une « déclaration des droits sociaux fondamentaux ». Cet accord-cadre international a été signé par le Président du groupe, le Secrétaire général de la FIOM et des représentants du Comité mondial des salariés de Renault¹⁴. Enfin, on peut citer la Charte du groupe Suez-Lyonnaise des Eaux¹⁵.

En 2000¹⁶, l'étude par l'OCDE de 246 codes adoptés volontairement par les entreprises relevait, entre autres, leur grande diversité, allant de la brève déclaration d'engagements jusqu'au code très détaillé sur une matière, l'environnement étant le thème le plus fréquemment abordé tandis que la fiscalité restait la grande absente des engagements éthiques. En 2001¹⁷, un nouveau rapport établissait que, sur les 100 entreprises multinationales les plus importantes, 99% avaient adopté un code de bonne conduite en

¹² Nous pouvons encore remonter bien plus loin dans le temps avec un document éthique exposant les règles de conduite de l'entreprise *Sumimoto*, au Japon, qui date du xvii^e siècle. Voir H. Landier, *L'entreprise intelligente*, Calman-Lévy, Paris, 1991, p. 277.

¹³ Voir les *Guidelines for Multinational Enterprises*, principes adoptés par l'OCDE en 1976 et la *Déclaration de principe tripartite pour les entreprises multinationales et la politique sociale* de l'Organisation Internationale du Travail (OIT), Genève, 1977.

¹⁴ Elle se fonde sur le respect des normes fondamentales de l'OIT, notamment des conventions n° 87 et n° 98.

¹⁵ Ainsi pouvons-nous lire dans la *Charte Sociale Internationale* du groupe que : « par ces engagements, Suez-Lyonnaise des Eaux vise à concilier les impératifs du progrès social, d'épanouissement professionnel de son personnel, de qualité totale du service au client, et de résultats économiques de l'entreprise ».

¹⁶ Rapport TD/TP/WP(99)56/FINAL précité; déjà, le Rapport TD/TC/WP(98)74/FINAL faisait l'inventaire de 233 codes de conduite pour conclure à la difficulté d'analyse d'un phénomène encore nouveau et d'une transparence très variable.

¹⁷ Rapport TD/TC/WP(2001)10/FINAL, précité. Ce rapport s'intéresse aux 100 plus grandes entreprises multinationales dans des secteurs autres que financiers en 1998. Il établit que la très grande majorité d'entre elles se sont dotées de leur propre code, se référant à l'occasion à l'une des initiatives internationales ou à un code de bonne conduite émanant d'une association professionnelle. Les domaines les plus abordés sont l'environnement et les règles d'hygiène et de sécurité, le droit du travail étant au contraire peu traité.

matière d'environnement et environ 68% un code en matière de normes fondamentales du travail¹⁸, principalement à l'attention de leurs fournisseurs et sous-traitants¹⁹. Le caractère volontaire est ici encore dédoublé : le code de bonne conduite est adopté volontairement par une entreprise; ses partenaires se lient volontairement à elle. En mai 2010, l'autre instrument international de référence en matière de RSE, le Pacte mondial des Nations Unies, comptait 5980 entreprises adhérentes dans le monde. Le site de Pacte mondial met en ligne les communications transmises par les entreprises, dans lesquelles elles décrivent, sur une base volontaire et unilatérale, leurs bonnes pratiques relatives aux 10 principes du Pacte par l'adoption de guides, codes et autres rapports de développement durable²⁰. Ces instruments, adoptés volontairement, évoluent dans un monde parallèle au droit. D'abord, leur raison d'être emprunte souvent plus au marketing qu'à l'éthique. La RSE est en effet un produit, un argument publicitaire, une manière de donner une bonne image, un instrument de « markéthique » très étranger au droit.

En outre, la nature juridique indéterminée des codes de conduite entraîne également des difficultés. Ils ne sont pas, pour la plupart des auteurs, assimilables à des sources autonomes de droit²¹. Énoncés de manière unilatérale par l'entreprise, sont-ils pour autant totalement dépourvus de valeur juridique? Hormis une certaine autorité morale qu'ils peuvent exercer à l'instar des autres sources de *soft law*, ils peuvent être assimilés à des coutumes ou à des usages s'ils sont mis en œuvre volontairement pendant un certain temps dans l'entreprise²².

Ce mode d'élaboration volontaire unilatéral des codes de conduite souffre d'une ambivalence, soulignée par le Parlement européen dans sa résolution du

¹⁸ Les principaux engagements sont la liberté d'association, le droit de négociation collective, l'élimination du travail forcé, l'abolition du travail des enfants, l'élimination de la discrimination. Or le Pacte Mondial recouvre ces mêmes domaines. La bonne conduite annoncée par l'entreprise peut surprendre, à l'instar d'une société nord-américaine déclarant qu'elle recourra « à tous les moyens qu'autorise la loi pour décourager l'adhésion de son personnel à des syndicats ». La question est ambiguë en matière de travail des enfants : si certaines entreprises le refusent par principe, d'autres recommandent de tenir compte de la culture du pays et des conséquences, notamment sur les structures familiales, pour engager une lutte pour sa disparition progressive, voir rapport TD/TP/WP(99)56/FINAL, n° 22.

¹⁹ Il s'agit en général de codes distincts des codes d'organisation interne de l'entreprise, particulièrement fréquents en matière de normes fondamentales du travail; voir Rapport TD/TC/WP(2001)10/FINAL, n° 17, 23 et s. Le Rapport TD/TP/WP(99)56/FINAL estimait que 35% des codes d'entreprises étaient à l'attention des fournisseurs et partenaires commerciaux, 31% à l'attention du personnel de l'entreprise, 34% étant constitués de déclarations d'engagement à l'égard du public.

²⁰ Voir <http://www.un.org/fr/globalcompact/>.

²¹ Voir D. Berra, « La portée juridique des chartes d'éthique en droit du travail », dans M. Borghi, P. Meyer-Bisch, (dir.), *Ethique économique et droits de l'homme, la responsabilité commune*, Editions Universitaires de Fribourg, 1998, p. 287.

²² C'est en ce sens que se sont prononcées les deux juridictions suprêmes en France et en Espagne. Ils peuvent ainsi, sous certaines conditions, devenir de véritables règles de droit; pour s'en convaincre voir notre étude, « La force normative des actes issus de la RSE », dans C. Thibierge, *La force normative, naissance d'un nouveau concept*, LGDJ, Paris, 2009, p. 577-589.

15 janvier 1999²³. Si ce dernier approuve ces initiatives, il précise cependant que « les codes de conduite ne sauraient remplacer les règles internationales et la responsabilité propre des gouvernements et ne sauraient servir d'instruments permettant de soustraire les entreprises multinationales au contrôle des pouvoirs publics et de la justice ». Le risque résultant du développement de ces codes serait d'aboutir à une privatisation du droit. À ce propos, Mme M. Delmas-Marty dénonce le danger d'un « objectif inavoué de faire obstacle à une intervention du législateur devenue prétendument inutile qui aboutit en réalité à privatiser la règle de droit et à transformer le chef d'entreprise, directement concerné en tant que justiciable potentiel, en législateur, policier et juge »²⁴. Plutôt que de parler de privatisation du droit, il convient de replacer les codes de conduite dans cette volonté de déréglementation longtemps poursuivie par les chefs d'entreprise. Plus précisément, ces codes constituent « une forme d'autoréglementation et un moyen d'introduire une plus grande flexibilité dans la gestion des relations de travail »²⁵.

Si l'autorégulation des groupes sociaux est largement acceptée et reconnue dans la plupart des systèmes juridiques, encore faut-il ici distinguer l'autoréglementation collective de l'autorégulation unilatérale. La première renvoie aux pratiques de négociation collective nationales et s'inscrit dans le droit du travail des États européens comme une pratique traditionnelle²⁶. La seconde, l'autorégulation unilatérale, par le fait du chef d'entreprise ou de la direction, présente le risque d'un abus de pouvoir économique et juridique. En pratique, certains groupes européens ont préféré, contrairement à leurs homologues américains, engager une négociation collective classique pour adopter leur code de conduite. Ainsi, le groupe Vivendi a fait cosigner sa *Charte des droits fondamentaux* par le Président directeur général et le Secrétaire de son Comité d'entreprise européen. De même, le groupe Suez a élaboré, en 1999, sa *Charte sociale internationale* en accord avec son instance de représentation européenne²⁷. Une telle concertation semble de nature à permettre d'éviter certains abus de pouvoir patronal. Ces pratiques de concertation aboutissent depuis quelques années à la signature de nombreux accords-cadres internationaux (ACI), en parallèle aux codes de conduite unilatéraux²⁸. Ce sont des accords entre une direction et une ou plusieurs

²³ Parlement européen, *Résolution sur les normes applicables aux entreprises opérant dans les pays en voie de développement: vers un code de conduite*, 15 janvier 1999, JOCE du 14 avril 1999, n° C 104-180.

²⁴ M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, Paris, 1998, p. 73.

²⁵ A. Supiot, « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation », *Droit Social*, 1989, p. 195.

²⁶ Sur cet aspect collectif de l'élaboration des codes de conduite et ses difficultés, voir Sobczak (A.) « Les codes de conduite négociés et l'avenir du dialogue social dans l'entreprise réseau », Colloque Université Européenne du Travail « Les règles sociales européennes et internationales : quelles innovations? », Paris, 9-10 octobre 2003.

²⁷ Voir pour plus de détails sur les procédures d'élaboration des codes et le défi qu'ils représentent pour les syndicats, *The new codes of conduct. Some questions and answers for trade-unions*, Confédération Internationale des Syndicats Libres, Bruxelles, 1999.

²⁸ Voir Drouin (R.-C.), « Les accords-cadres internationaux : exemple de mise en œuvre de la RSE dans l'entreprise multinationale », dans E. Mazuyer, *Regards croisés sur le phénomène de la RSE*, précité, p. 209-233

organisations de représentation des travailleurs, qu'il s'agisse d'organisations syndicales ou d'instances de représentation des salariés dans les entreprises, ou de groupes tels que les comités d'entreprise mondiaux ou les comités d'entreprises européens²⁹. Ce qui n'est pas le cas des codes de conduite, actes en général unilatéraux et volontaires mis au point par les directions et les chefs d'entreprise. Alors que les ACI sont souvent élaborés par les mêmes instances et dans les mêmes cadres que ceux qui servent à la négociation collective d'entreprise, les codes, quant à eux, évoluent parallèlement au droit réglementaire et législatif et aux pratiques de négociation collective classiques.

B. Des rapports entre droit et RSE marqués par les oppositions

Si la RSE se développe en marge du monde juridique et des règles légales ou conventionnelles, elle doit cependant rester dans les limites du droit et par exemple respecter les règles d'ordre public³⁰. A partir de là, les rapports entre droit et RSE peuvent être marqués par des oppositions.

Ainsi, au mieux la RSE n'apporterait rien de plus au droit. Divers exemples sont à même d'étayer cette affirmation. D'abord le contenu des codes de conduite peut sembler insuffisant. En effet, les codes se contentent bien souvent d'affirmer des principes d'éthique généraux, ou de s'attacher à assurer l'application effective de règles déjà existantes auxquelles l'entreprise est de toute façon déjà tenue. Les codes ont par ailleurs un contenu minimal et sélectif de droits. En effet, la tendance des entreprises est de ne s'engager à respecter en priorité que des droits à fort rendement émotionnel et médiatique, telle la lutte contre le travail des enfants, fort argument publicitaire³¹, au détriment de droits moins relayés par les médias, comme le droit de négociation collective ou la liberté syndicale. Une telle sélectivité des standards protégés ou des entreprises concernées est problématique.

Deux moyens de limiter l'aspect sélectif du contenu des codes existent néanmoins. Le premier consiste à renvoyer à des standards définis par des organisations internationales telles les conventions de l'OIT, comme l'a fait la *Clean Clothes Campaign* en 1997. Le second moyen est d'adopter des « codes modèles » élaborés par des organisations syndicales, tel que celui de la *Confédération Internationale des Syndicats Libres (CISL)*, adopté en décembre 1998. Cependant, une mise en œuvre trop souvent aléatoire étaye les arguments plaçant pour une inutilité des codes de conduite. Pour ce qui est du contrôle des codes de conduite, sur ce plan-là également, la RSE

²⁹ Pour une comparaison entre les codes de conduite et les ACI, voir notamment l'étude publiée sous le titre *Codes of conduct and international framework agreements: new forms of governance at company level*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2008, 94 p.

³⁰ Pour un exemple en France, voir le cas de retenues sur salaires, prévues par une charte d'entreprise mais contraires au Code du travail français, qui ont été annulées, Cass. Soc., 18 février 2003, Bull., V, n° 58 et Cass. Soc., 26 juin 2002, 00-42011.

³¹ Utilisé par le groupe *Mattel* dans ses *Global Manufacturing Principles: Mattel creates products for children around the world—not jobs*.

évolue dans un monde parallèle au système juridique : les sanctions prévues sont unilatérales, volontaires, sans extériorité³².

Pour améliorer l'effectivité des codes de conduite, certains mécanismes mettent l'accent sur le rôle et l'identité des acteurs chargés d'en contrôler la bonne mise en œuvre. Si, afin de conserver une crédibilité publique, beaucoup d'entreprises font en sorte que des rapports sur l'application de leurs codes soient publiés, le problème concerne le manque d'indépendance des personnes chargées d'effectuer ces contrôles.

Des entreprises, comme Reebok ou Levi Strauss, confient le contrôle de l'application de leur code de conduite, par exemple par leurs sous-traitants, à leurs propres salariés. Parfois, des visites des lieux de travail par des tiers sont prévues, notamment par des cabinets d'audit payés par la direction. D'autres entreprises mettent en place un organe spécialement affecté à la mise en œuvre du code d'éthique ou de la charte sociale, une sorte de comité d'éthique, le plus souvent composé de cadres de l'entreprise. Un tel mécanisme ne permet pas de garantir l'indépendance des acteurs chargés du contrôle et n'assure, par conséquent, aucune légitimité aux procédures de contrôle instaurées. Afin d'introduire sinon une certaine neutralité, du moins un pluralisme garantissant un peu plus d'objectivité, l'on prévoit parfois de faire participer les syndicats au processus de contrôle. Ainsi, l'association *Clean Clothes Campaign* propose-t-elle, pour le secteur textile, d'organiser des procédures de contrôle exécutées par des organes de formation tripartite comprenant des organisations non gouvernementales. De même, le groupe français Carrefour a créé un organe semi-indépendant de contrôle pour sa charte sociale, appelé « *l'Infans* », qui est composé de quatre membres de la Fédération Internationale des Droits de l'Homme et de deux représentants de Carrefour³³. La participation des pouvoirs publics est également un moyen de permettre un meilleur contrôle de l'application des codes de conduite. Par ailleurs, la participation, même indirecte, de l'OIT sous forme d'accréditation ou de formation des contrôleurs augmenterait la crédibilité du contrôle. L'OIT publie régulièrement des études sur ces initiatives privées que sont les codes de conduite et semble être l'organisme le mieux à même d'exercer un contrôle sur ces procédures.

Au pire, avec la RSE, le droit pourrait perdre de son pouvoir, le risque de gouvernement privé dénoncé par Mme Delmas-Marty se doublant d'un risque de détournement des règles, par exemple en droit du travail. Certains codes qui s'apparentent à un règlement intérieur et instaurent une procédure d'alerte³⁴,

³² Il n'empêche cependant que les codes ont une certaine force normative réelle, même si seulement potentielle, étant donné les effets juridiques que leur confère parfois le droit, voir infra ainsi que notre article « La force normative des instruments issus de la RSE », dans C. Thibierge (Dir.), *La force normative*, L.G.D.J., Paris, 2009, p. 577-589.

³³ Voir C. Etre, « Valeur juridique des codes de conduite d'entreprise et étude de leur portée au sein de la distribution », *Actes de la 1^{re} journée Comindus, recherche sur les relations entre industrie et grande distribution alimentaire*, Avignon, 29 mars 2007.

³⁴ Sur la question, voir A. Cœuret, N. de Sevin, « Les dispositifs d'alerte et le droit français : chronique d'une greffe », *RJS*, 2/06, p. 75-82.

ou de dénonciation des comportements fautifs³⁵, peuvent parfois motiver un licenciement pour faute. Le système de mise en œuvre des codes de conduite peut ainsi présenter des aspects pervers lorsque des sanctions pour mauvaise application sont prévues même à l'encontre des travailleurs, comme c'est le cas dans la plupart de ces codes. Ainsi, outre la suspension des relations commerciales avec leurs partenaires qui ne respecteraient pas les standards définis dans les codes, certaines entreprises ont prévu, dans leur code de conduite, des mesures disciplinaires envers les salariés, pouvant aller jusqu'à la rupture de la relation de travail³⁶. De telles dérives font de certains codes de conduite, censés au départ améliorer la protection des salariés d'un groupe, des instruments susceptibles d'entraîner des sanctions disciplinaires à leurs dépens. De l'opposition au droit, la RSE en vient parfois à la contradiction des droits des personnes en relation contractuelle avec l'entreprise. Mais contre toute attente, ces excès de pessimisme peuvent être contenus par un constat qui s'impose : le droit et la RSE peuvent heureusement présenter une certaine complémentarité.

II. . . . vers une possible complémentarité?

La RSE et le droit semblent pouvoir évoluer de manière harmonieuse la plupart du temps grâce à un double effet de balancier : le droit apparaît comme un complément nécessaire de la RSE (A.), mais plus surprenant peut-être, les outils de la RSE peuvent constituer des compléments utiles au droit (B.).

A. *Le droit : un complément nécessaire à la RSE*

Le droit est un appui nécessaire à la RSE pour permettre à celle-ci d'acquérir une réelle effectivité. Il est vrai que la sanction prévue par les codes est sans doute plus rapide et plus opératoire que le recours au droit. En effet, la sanction prévue par le code pour méconnaissance de ses principes étant la rupture du contrat (licenciement, rupture du contrat commercial), ou la perte de marchés (par boycott par les consommateurs. . .), la pratique a, ici comme ailleurs, un pas d'avance sur le droit. Plus long à se mettre en œuvre, le droit va pourtant jouer un rôle primordial en cas de contestation de la sanction prévue par le code. L'arsenal juridique permet en effet de donner pleine efficacité aux codes en les dotant de ses qualifications propres selon les matières concernées. L'existence d'un code de bonne conduite ou d'une charte pourra constituer une norme de comportement, un standard, utile pour le juge dans l'appréciation d'un comportement : appréciation de la faute qui est cause de

³⁵ Sur le contexte général du « whistleblowing » en droit du travail français, voir P. Adam, « Le retour des sycophantes? (à propos du whistleblowing) », *Droit ouvrier*, juin 2006, p. 281-296.

³⁶ Le Groupe italien ENI prévoit dans son *Codice di comportamento* que « la violazione delle norme del Codice potrà costituire inadempimento alle obbligazioni contrattuali del rapporto del lavoro o illecito disciplinare, con ogni conseguenza di legge, anche in ordine della conservazione del rapporto del lavoro . . . ». De même, la *Charte d'Ethique* du Groupe Suez dispose que « toute personne appartenant au Groupe . . . doit être consciente que la violation de la charte engage sa responsabilité personnelle et entraîne des sanctions appropriées. »

licenciement, existence d'une discrimination, d'une faute pénale, d'une inexécution d'une obligation contractuelle ou d'une attitude de concurrence déloyale.

Les qualifications vont varier selon les branches du droit. En droit du travail français, par exemple, la nature juridique d'un code de conduite va dépendre de son mode d'adoption. Si l'instrument est unilatéralement adopté par le chef d'entreprise, il aura la nature d'un « usage » ne s'incorporant pas au contrat de travail ou d'une adjonction au règlement intérieur de l'entreprise qui pourra alors, dans certains cas, être mobilisé contre le salarié. S'il est adopté avec l'accord des salariés, par exemple par référendum, ou avec le comité d'entreprise, il aura la nature juridique d'un accord atypique.

Un tel instrument peut devenir partie intégrante des obligations contractuelles du salarié, pourvu que celui-ci en ait bien eu connaissance et que les obligations s'intègrent dans les domaines du pouvoir normatif de l'employeur. Ainsi, ce dernier pourrait-il reprocher à son salarié la méconnaissance de telle ou telle disposition du code de conduite et s'en prévaloir pour qualifier une éventuelle faute disciplinaire l'autorisant à le sanctionner³⁷.

Sur le terrain du droit de la consommation, c'est sans doute l'affaire Nike³⁸ qui illustre le mieux les effets possibles des codes de conduite. En l'occurrence la célèbre marque de sport a été condamnée par la Cour de Californie pour avoir trompé les consommateurs en publiant des rapports arguant, à tort, de modes de production respectueux des droits sociaux fondamentaux.

De même, les tribunaux français n'hésitent pas à condamner sur le terrain de la publicité trompeuse des entreprises qui se servent de manière fallacieuse et erronée de labels ou autres codes de conduite³⁹. Ainsi, la commercialisation d'œufs de « la Mère Poulard » pouvait laisser croire à un mode de production traditionnel. Or, la *Charte de la Mère Poulard* ne comporte pas d'exigences plus contraignantes que ce que prévoyait le règlement CEE n° 1274/9 en vigueur pour ce type de produit et autorisait notamment l'utilisation d'additifs. Cet ensemble de circonstances constitue un délit de publicité de nature à induire en erreur⁴⁰, pouvant aboutir à une interdiction de cette publicité⁴¹. Le même délit pourra être constitué pour le fait d'utiliser un logo sans en respecter la charte. À cet égard, l'utilisation du logo « *Viande bovine française* » sur

³⁷ Voir pour des exemples devant les juridictions du travail françaises, Cass. Soc., 1^{er} février 2001, 98-46393; Cass. Soc., 3 mai 2000, 98-41759. Dans cette affaire, il s'agissait d'un licenciement pour faute grave d'un cadre ayant « nuit au crédit et à la réputation de l'entreprise » en ayant « manqué aux prescriptions d'un guide de normes éthiques ». Voir également Cass. Soc., 9 novembre 2004, 02-45628, le cas d'un manquement à l'obligation de loyauté professionnelle pour transgression de la « note d'éthique professionnelle ».

³⁸ *Kasky v. Nike*, Cour suprême de Californie, 27 Cal. 4th 939, n° S087859, 2 mai 2002.

³⁹ Voir P. Deumier « Les sources de l'éthique des affaires – Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques », *Mélange Le Tourneau*, 2007.

⁴⁰ Cass. Crim., 3 septembre 2002, 01-86760.

⁴¹ Pour l'utilisation de l'affiche de la « Charte du boulanger authentique », créant une confusion dans l'esprit du consommateur normalement attentif, voir Cass. Crim., 15 décembre 1992, Bull. crim., n° 420.

des viandes d'origine belge peut mener à une condamnation pénale pour publicité de nature à induire en erreur, ainsi qu'à une réparation civile au profit de l'auteur de la charte⁴².

Dans les relations commerciales, les chartes occupent une place centrale au sein des réseaux de distribution ou de franchise, dont elles édictent « les règles du groupement »⁴³. Ainsi entendue, cette charte peut être considérée comme une forme atypique de contrat. En droit des affaires, la sanction sera généralement appliquée d'emblée contre le partenaire commercial qui n'aura pas respecté le code de conduite, par la suspension voire la rupture des relations commerciales. Le droit étatique agira dans un second temps, si le partenaire évincé conteste cette sanction. Le code sera en général qualifié d'usage, ou d'engagement unilatéral, une méconnaissance entraînant donc des conséquences sur le plan de la responsabilité contractuelle ou, le cas échéant, les tribunaux pourront également chercher à lui conférer un effet juridique en mobilisant les mécanismes de la responsabilité civile dite « délictuelle », ou le *tort* de la Common Law.

C'est ainsi qu'en ce qui a trait aux sanctions pour mauvaise application d'un code, le droit va permettre, selon les matières concernées, d'assurer une réelle effectivité aux instruments de la RSE. En retour, les outils de la RSE peuvent constituer des compléments utiles au droit.

B. La RSE, un complément utile au droit

Ce qui est plus surprenant et plus inattendu est que la RSE peut également être appréhendée comme un complément utile au droit. En premier lieu, selon une enquête réalisée par l'OCDE, la volonté de réduire le risque juridique que peuvent entraîner ses activités est la première raison invoquée par les entreprises qui se dotent d'un code de conduite⁴⁴. Cette connotation juridique se trouve accentuée par le fait que 68 % des codes d'entreprise étudiés par l'OCDE portent l'engagement de respecter la loi⁴⁵. Les codes peuvent donc avoir une fonction pédagogique en rappelant les dispositions réglementaires ou conventionnelles applicables. Cette fonction pédagogique est renforcée par le fait que 74 % des codes prévoient des mesures de formation du personnel.

Ainsi les codes permettent une connaissance des règles applicables, certainement plus efficace que leur publication dans les journaux officiels. Dès lors, « cette publicité contextuelle est atteinte par le relais des chartes d'entreprise, informant des obligations à respecter au sein de la structure. L'engagement porté par ces codes de respecter les législations est un vecteur d'obéissance à la loi, parce qu'elle est un vecteur de connaissance de la loi »⁴⁶.

⁴² Cass. Crim., 15 juin 1999, n° 98-83505.

⁴³ À propos de la Charte des Mousquetaires, voir Cass. Com., 4 juin 2002, 98-20314.

⁴⁴ Enquête réalisée en 1999 pour le Conference Board et citée par le rapport OCDE TD/TP/WP(99)56/FINAL, n° 43.

⁴⁵ Rapport TD/TP/WP(99)56/FINAL, n° 16 pour l'environnement; voir également au n° 26 la déclaration d'une entreprise qui « apporte son appui à l'élaboration de lois appropriées sur la concurrence ».

⁴⁶ P. Deumier, précitée, p. 14.

Outre cette fonction informative, la RSE est adaptée aux nouvelles structures des entreprises implantées de manière transnationale, là où on note une grande défaillance des droits étatiques aux prises avec le principe de territorialité concernant leur champ d'application. En effet, la RSE, plus globale et plus pragmatique, permet de saisir l'entreprise multinationale dans toutes ses ramifications ou ses réseaux internationaux et d'introduire une certaine juridicité dans ces dimensions transnationales⁴⁷. La RSE peut ainsi être le principal vecteur d'un renforcement des droits sociaux fondamentaux des travailleurs dans les entreprises en réseaux⁴⁸. Par ces différents aspects, la RSE peut contribuer à une meilleure responsabilisation des entreprises et, sinon à introduire une dose d'éthique dans les relations commerciales, du moins à responsabiliser ces acteurs. Cela peut permettre une prévention supplémentaire de certains dérapages, même si la place du droit doit bien sûr rester prépondérante.

Conclusion

À ce stade de l'analyse, nous devons nous demander comment articuler les rapports entre droit et instruments de la RSE dans l'avenir. Depuis une décennie, les nombreux rapports des autorités publiques, internationales, européennes ou nationales, montrent que les différents niveaux d'intervention législative sont de plus en plus préoccupés et tentent de « rationaliser » les manifestations de la RSE, notamment en proposant des recensements des codes existants ou en envisageant de les rattacher à de nouvelles formes de gouvernance alternatives à la « législation » émanant de l'État ou des institutions compétentes. À l'échelle internationale, par le biais de la politique commerciale et de la coopération au développement, par exemple, l'Union européenne s'implique directement dans des domaines tels que le comportement des marchés. Une approche européenne de la responsabilité sociale des entreprises doit donc être le reflet et faire partie intégrante du cadre plus large dans lequel s'inscrivent les diverses initiatives menées par les organisations internationales, telles que *Global Compact* des Nations Unies (2000), la Déclaration tripartite de l'OIT sur les Principes concernant les entreprises multinationales et la politique sociale (1997-2000) ou les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales (2000).

Bien que ces initiatives ne soient pas juridiquement contraignantes, elles sont appuyées, dans le cas des principes directeurs de l'OCDE, par la volonté des gouvernements de promouvoir leur respect par les entreprises. La Commission européenne s'est engagée à soutenir activement les principes directeurs de l'OCDE. Le respect du noyau dur des normes de l'OIT (liberté d'association, abolition du travail forcé, non-discrimination et élimination du

⁴⁷ Voir C. Neau-Leduc, précitée, p. 956.

⁴⁸ Pour reprendre la formule d'I. Desbarats, « RSE et nouvelles formes organisationnelles des entreprises : quels enjeux? », *Journal des sociétés*, n°69, Dossier « La RSE », octobre 2009, p. 15-22.

travail des enfants) est un volet crucial de la responsabilité sociale des entreprises; il conviendrait de renforcer leur surveillance et leur respect.

Dans le cadre des initiatives européennes en matière de RSE, la Commission a lancé en 2001 une consultation publique sur la gouvernance d'entreprise en Europe. Dans son livre vert *Promouvoir un cadre européen sur la responsabilité sociale des entreprises*, la Direction générale de l'emploi et des affaires sociales a publié l'ensemble des réponses données à cette consultation. En juillet 2002, la Commission adoptait une communication intitulée *Responsabilité sociale des entreprises : une contribution des entreprises au développement durable*, et lançait un Forum européen sur la responsabilité sociale des entreprises. La dernière communication de la Commission, datée de mars 2006⁴⁹, souligne que la RSE doit rester un phénomène avant tout volontaire. La Commission, après s'être saisie de la question, affiche une position visiblement en retrait⁵⁰. C'est maintenant la Direction générale de l'entreprise qui est en charge du dossier RSE. Plus globalement, les efforts en matière de RSE s'inscrivent dans la recherche de nouvelles formes de régulation au niveau européen au sein desquelles les organisations syndicales et patronales ont un rôle particulier à jouer.

Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne impose à la Commission de consulter les partenaires sociaux lors de la préparation de propositions dans le domaine de la politique sociale⁵¹. À certaines conditions, ils peuvent conclure des accords contraignants qui sont ensuite convertis en dispositions de droit communautaire. Les partenaires sociaux doivent être davantage encouragés à faire usage des compétences que leur confère le traité pour conclure des accords volontaires⁵². Cela correspond à une volonté de mieux adapter la réglementation communautaire en ouvrant notamment des possibilités d'autorégulation ou de co-régulation. Ainsi les institutions européennes ont-elles adopté un accord inter institutionnel, en décembre 2003, définissant ces deux notions et s'affranchissant quelque peu des traités⁵³.

⁴⁹ *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*, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, 22 mars 2006, COM (2006) 136 final.

⁵⁰ En ce sens, voir S. de La Rosa, « Encadrement international et européen de la RSE », dans E. Mazuyer, *Regards croisés sur le phénomène de la RSE*, précitée, p. 138 et suivs.

⁵¹ Articles 154 et 155 TFUE.

⁵² Livre blanc de la Commission européenne du 25 juillet 2001 sur la gouvernance européenne COM (2001) 428 final, p. 18.

⁵³ La *co-régulation* est ainsi « le mécanisme par lequel un acte législatif communautaire confère la réalisation des objectifs définis par l'autorité législative aux parties concernées reconnues dans le domaine (notamment les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations) ». *L'autorégulation* est quant à elle « la possibilité pour les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations, d'adopter entre eux et pour eux-mêmes des lignes directrices communes au niveau européen (notamment codes de conduite ou accords sectoriels) », voir l'Accord institutionnel du 31 décembre 2003, *Mieux légiférer*, 2003/C 321/01.

Notons que ces nouvelles formes de légifération sont également ouvertes à d'autres institutions que les partenaires sociaux⁵⁴, soit à tous les représentants de ce qu'il est convenu d'appeler la « société civile ». La société civile regroupe entre autres les organisations syndicales et patronales (les « partenaires sociaux »), les organisations non gouvernementales, les associations professionnelles, les organisations caritatives, les organisations de base, les organisations qui engagent la participation des citoyens à la vie locale et municipale, ainsi qu'une contribution bien définie des églises et communautés religieuses⁵⁵. La Commission a souligné, notamment dans son livre blanc sur la gouvernance⁵⁶, l'importance de la contribution d'organisations européennes représentatives dans le cadre du dialogue dit « civil »⁵⁷ et sa volonté de promouvoir, d'encourager et de soutenir ces pratiques de consultation et de négociation⁵⁸. C'est dans ce cadre de recherche de nouvelles formes de régulation, de gouvernance et de participation de nouveaux acteurs que s'inscrivent les efforts réalisés en matière de RSE et notamment la mise en place de codes de conduite visant cette responsabilité sociale.

En fait, la RSE apparaît très adaptée aux secteurs laissés vierges de toute intervention législative ou réglementaire, où le droit n'existe pas, semble inadapté, limité ou trop rigide, à l'instar des rapports internationaux ou mondialisés. Complémentaire, tout en devant rester assujettie au droit posé par l'État, la RSE est un instrument utile au système juridique⁵⁹. Mais la RSE reste un phénomène relevant avant tout de la pratique, et si le droit se montre trop présent, s'il intervient trop, tous les bénéfices d'une pratique volontaire et spontanée risquent de disparaître en entraînant la perte de la nature même

⁵⁴ Pour une analyse de la perte de monopole potentielle des partenaires sociaux dans certaines hypothèses, voir Vigneau (C.), « Partenaires sociaux et nouveaux modes de régulation : la fin des privilèges? », *Droit Social*, 2004, p. 883-890

⁵⁵ Pour une définition plus précise de la société civile organisée, voir l'avis du Comité économique et social sur « le rôle et la contribution de la société civile organisée dans la construction européenne », JO C 329 du 17 novembre 1999, p. 30.

⁵⁶ Livre blanc sur la gouvernance européenne Com (2001) 428 final, 25 juillet 2001; ou également Communication « Vers une culture renforcée de consultation et de dialogue – Principes généraux et normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission avec les parties intéressées » Com (2002) 704 final, 11 décembre 2002.

⁵⁷ Le CESE a proposé des critères d'éligibilité pour participer au dialogue civil : pour être éligible, une organisation européenne doit « avoir une existence permanente au niveau communautaire; procurer un accès direct à l'expertise de ses membres et fournir dès lors une consultation rapide et constructive; se faire l'écho des préoccupations générales relatives aux intérêts de la société européenne; comporter des organes reconnus au niveau des États membres en tant que représentants d'intérêts particuliers; avoir des organisations membres dans la plupart des États membres de l'Union européenne; garantir la responsabilité de ses membres; être habilitée à exercer des fonctions de représentation et à agir au niveau européen; être indépendante et disposer d'un mandat propre, sans être liée par des instructions émanant d'organes extérieurs; être transparente, notamment sur le plan financier et sur le plan de ses structures de prise de décision »; voir l'avis sur le thème « Gouvernance européenne – un Livre blanc », 20 mars 2002; CES 357/2002.

⁵⁸ Voir également la Communication de la Commission du 12 août 2004, « Partenariat pour le changement dans une Europe élargie – Renforcer la contribution du dialogue social européen », Com (2004) 557 final, notamment p. 8.

⁵⁹ Pour un résumé des rapports entre la réglementation et la RSE, voir I. Desbarats, « Réglementations publiques et RSE : des interactions complexes », *Droit ouvrier*, juillet 2006, p. 331-341.

de la RSE. Cela dit, force est de constater que, compte tenu de tous les éléments que nous avons pu relever, c'est, à l'inverse, plutôt la RSE qui semble ne pas résister à la force d'attraction du droit⁶⁰.

Résumé

La Responsabilité Sociale de l'Entreprise (RSE) est un phénomène à la mode qui naît en marge du système juridique. Comment le droit et les pratiques de la RSE interagissent-ils? Devant la multiplication des instruments de la RSE, le droit a du mal à les appréhender alors qu'il favorise l'application effective des codes de conduite. Pourtant, les motivations des démarches de RSE sont d'abord liées à la volonté de diminuer le risque juridique, avant celle de conférer une bonne image à l'entreprise. Le statut juridique des codes est variable et les juridictions participent à une « mise en ordre » de ces normes de régulation des relations d'entreprise. Ces actes censés protéger les droits sociaux fondamentaux des salariés deviennent parfois de nouveaux outils juridiques de subordination à l'éthique de l'entreprise. Est-il alors souhaitable de proposer un encadrement par le droit de ce phénomène social purement spontané et volontaire?

Mots clés: régulation sociale, système juridique, éthique de l'entreprise, codes de conduite, normes spontanées, *soft law*

Abstract

Corporate social responsibility (CSR) is a popular phenomenon that originates at the margins of the legal system. How do CSR practices interact with the law? With the propagation of CSR instruments, the law struggles to prescribe these procedures while favouring an effective application of codes of conduct. Nevertheless, the motivations behind CSR practices stem primarily from a desire to reduce legal risk rather than from a wish to convey a good corporate image. The legal status of the codes is variable, and the jurisdictions participate in the implementation of these regulatory norms of corporate relations. While these acts are intended to protect the fundamental social rights of workers, they sometimes become new legal tools used to make workers subordinate to the corporate ethic. Is it desirable, then, to propose a legal framework for this purely spontaneous and voluntary social phenomenon?

Key words: social regulation, legal system, corporate ethic, codes of conduct, spontaneous norms, *soft law*

Emmanuelle Mazuyer
Chargée de recherche CNRS
CERCRID / ERDS – UMR 5137
Université de Lyon
07 Lyon Cedex
France
Courriel : emmanuelle.mazuyer@neuf.fr

⁶⁰ Voir C. Neau-Leduc, précitée, p. 954.