

Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation

BENOIT FRYDMAN

*Centre Perelman de philosophie du droit
Université Libre de Bruxelles (ULB)*

Publication originale / Comment citer ce texte : B. FRYDMAN, « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation », in *responsabilités des entreprises et corégulation*, Th. Berns, P-F Docquir, B. Frydman, L. Hennebel et G. Lewkowicz, Bruylant « *Penser le droit* », 2007, pp. 1-50.

Édition du corpus complet des œuvres de Benoit Frydman
— <https://benoitfrydman.com/fr/chapter/2007-strategies-de-responsabilisation-des-entreprises-a-l-ere-de>

Benoit Frydman

ON ne compte plus aujourd'hui les déclarations sur la responsabilité sociale des entreprises. Si le vocabulaire se renouvelle et s'inscrit aujourd'hui dans le discours plus général sur « le développement durable », le message n'est pas neuf : il reprend des antennes bien connues sur les thèmes « l'entreprise citoyenne », « l'éthique des affaires », les devoirs des sociétés multinationales, etc. Ces appels sont motivés par le souci de moraliser le comportement des acteurs économiques, non seulement sur le plan des moyens, mais également sur le plan des fins. Quant aux moyens, il s'agit d'affirmer que, dans la recherche du profit, tous les coups ne sont pas permis et qu'il faut respecter, au-delà ou indépendamment des prescriptions légales et réglementaires, une sorte de code d'honneur ou de déontologie dans la conduite des affaires. Sur le plan des fins, on avance, plus ambitieusement encore, que l'entreprise aurait vocation non seulement à réaliser des profits, mais également à contribuer par son activité au bien-être collectif et à l'intérêt général, ou à tout le moins, devrait avoir le souci de ne pas leur nuire. La naïveté apparente de ces discours (certains diront leur hypocrisie) tient à ceci qu'ils adressent aux agents économiques, à l'intérieur du cadre de l'économie de marché, des demandes qui paraissent incompatibles avec sa logique même. Le modèle libéral et la théorie économique nous ont appris à concevoir idéalement les entrepreneurs sous les traits de l'*homo œconomicus*, c'est-à-dire d'un être égoïste et rationnel, qui ne se soucie que de lui-même et des moyens efficaces de réaliser un profit personnel maximal, sans courir de risques inutiles et en limitant autant que faire se peut sa responsabilité. Or, le discours sur la responsabilité sociale invite cet agent économique « pur » qu'est l'entreprise, à abandonner ces prémisses (qui sont en réalité des normes, des contraintes pesant sur la décision et l'action, des sortes de lois naturelles dont la violation est immédiatement sanctionnée par les marchés) et à poursuivre audacieusement des fins altruistes, en assumant des responsabilités d'autant plus larges qu'elles sont définies en termes vagues, autrement dit à se comporter de manière irréfléchie, déraisonnable et même dangereusement contraire à sa nature même. D'où l'impression de formuler des vœux pieux, de prêcher dans le désert en tenant au marché un langage que par définition celui-ci ne peut pas entendre. Les appels à la responsabilité sociale des entreprises supposent, semble-t-il, que l'on cesse de les considérer uniquement comme des agents économiques, qu'on leur prête une conscience, sinon une âme ; que, prenant au pied de la lettre le statut que le droit leur reconnaît, l'on considère enfin l'entreprise comme une personne morale, comme un véritable sujet, non seulement un sujet de droits et d'obligations, mais comme un sujet de la moralité, voire un sujet politique. Le métaphysicien aura tôt fait de constater là les effets d'une grossière erreur ontologique, d'une confusion des genres et des catégories, d'un anthropomorphisme pris au piège d'une vieille métaphore juridique. Mais peut-être faut-il aller plus loin que cette analyse *prima facie*, finalement rassurante parce

Stratégies de responsabilisation des entreprises à l...

qu'elle nous conforte dans des certitudes acquises de longue date et des catégories connues, et prendre la peine et le risque d'aller y regarder de plus près pour tenter de comprendre le sens des pratiques et des discours qui sont en train de se multiplier et de se répandre sous nos yeux.

Car ce qui frappe l'observateur non prévenu, c'est l'ampleur du phénomène, la diversité de ses manifestations et la richesse des dispositifs qui se présentent sous sa bannière. Non seulement voit-on fleurir sur les sites Internet de dizaines de milliers d'entreprises, des groupes puissants mais aussi d'entreprises plus modestes, des déclarations d'intention, chartes et autres codes de bonne conduite proclamant les engagements les plus variés dans le domaine des relations sociales, de la protection de l'environnement, de la promotion des droits de l'homme et même de l'engagement démocratique. Mais en outre, on assiste parallèlement à la prolifération d'initiatives originales de tous ordres qui incitent les entreprises à intégrer davantage de préoccupations éthiques, sociales et environnementales dans leur stratégie de développement, observent le comportement des entreprises au quotidien, les interrogent sur leurs intentions, contrôlent le respect de leurs engagements, évaluent leurs « performances » et poursuivent éventuellement la sanction et la réparation de leurs défaillances. Ces initiatives prennent les formes les plus diverses : fonds éthiques et indices boursiers de valeurs éthiques, labels sociaux et environnementaux, normes techniques de type ISO en matière d'environnement et de responsabilité sociale, multiplication et standardisation des rapports non financiers, procédures d'audits et de certification de ces rapports, clauses de respect des droits de l'homme insérées dans les procédures d'appel d'offres de marchés publics ou dans les contrats de sous-traitance, etc. Certaines initiatives émanent des pouvoirs publics, qu'il s'agisse d'organisations internationales comme l'ONU ou l'Union européenne, des Etats ou même de pouvoirs locaux ; d'autres sont portées par des acteurs non marchands, au premier rang desquels les organisations non gouvernementales, comme Greenpeace, Amnesty International, mais aussi des milliers d'anonymes disséminés à travers le monde, des fondations privées, des centres de recherche... Enfin, beaucoup d'initiatives aussi mobilisent directement les acteurs du marché, tels les organisations professionnelles, les secteurs d'activités, les clubs et les réseaux d'entreprises, ou encore les fonds d'investissement, les opérateurs boursiers, les analystes financiers et autres médias spécialisés dans l'information économique, sans oublier ceux qui font profession d'auditer les entreprises, de contrôler et de certifier leurs comptes.

L'objet de cet ouvrage est non seulement d'analyser ce faisceau de pratiques, mais de comprendre le sens et d'évaluer dans son ensemble la portée du phénomène de la responsabilité sociale des entreprises dans une triple dimension morale, juridique et politique. Faut-il voir

Benoit Frydman

dans la responsabilité sociale des entreprises un simple rideau idéologique destiné à dissimuler quelque peu les effets dévastateurs d'un capitalisme mondialisé rendu à l'état sauvage ? Peut-on y déceler la montée en puissance d'un mode de régulation caractéristique des sociétés postmodernes, qui seraient marquées par une certaine dissémination des mécanismes de pouvoir et de contrôle et par le déclin corrélatif de la réglementation étatique, de l'appareil administratif et du cortège de procédures et de sanctions qui l'accompagnent habituellement ? Faut-il analyser plus simplement le discours sur la responsabilité sociale comme une opération de marketing destinée à séduire les clients et les investisseurs ou à éviter l'adoption d'un régime juridique plus contraignant ? Ou s'agirait-il, à l'inverse, d'une manœuvre de circonstance, d'une stratégie provisoire adoptée par des acteurs pragmatiques, publics et privés, pour tenter de récupérer un tant soit peu d'emprise sur l'évolution des conditions économiques et sociales dans le monde, en imposant aux entreprises un statut et des responsabilités à la mesure de leur puissance et de leurs moyens d'action ? En d'autres termes, le principe de la responsabilité sociale ne viserait-il pas, comme certaines entreprises commencent à s'en plaindre, à transférer vers les entreprises elles-mêmes, spécialement les plus puissantes d'entre elles, la fonction de garant des droits de l'homme que les Etats et les organisations internationales n'ont pas toujours la volonté ou les moyens d'assumer ? Plus fondamentalement, le phénomène ne serait-il pas symptomatique d'une transition progressive et discrète du droit international classique vers un droit mondial qui ne serait plus, ni exclusivement ni même principalement, la chose des Etats ?

Pour en juger, il est indispensable de resituer le phénomène dans le contexte qui l'a vu naître, celui de la mondialisation, en mesurant l'importance du défi que l'état présent de la finance et de l'économie mondiale lance à l'ordre politique et juridique des Etats (A). Il faudra ensuite considérer le statut de l'entreprise dans l'ordre interne et dans l'ordre international, spécialement sous l'angle des droits de l'homme, et préciser la portée des engagements pris au titre de la responsabilité sociale et les mobiles qui poussent les entreprises à y souscrire volontairement (B). Puis, en élargissant la perspective, on considérera le réseau de surveillance et de contrôle qui se met progressivement en place au nom de la responsabilité sociale et les formes caractéristiques qu'il emprunte (C), avant d'envisager la récupération par le droit d'un phénomène qui avait été essentiellement conçu à l'origine en dehors de lui (D). Ainsi s'ébauche progressivement et virtuellement un système de corégulation, dont la logique et les formes s'écartent considérablement des conceptions juridiques auxquelles nous avions habitués tant le droit interne que le droit international (E).

*Stratégies de responsabilisation des entreprises à l...***A. Le défi de la mondialisation à l'ordre des Etats**

Le phénomène de la responsabilité sociale des entreprises ne peut être compris qu'en le replaçant dans le contexte de l'évolution du capitalisme contemporain et en mesurant l'importance du défi sans précédent que la mondialisation fait peser sur l'ordre politique et juridique des Etats, tant dans l'ordre interne que dans l'ordre international. L'entreprise constitue à l'évidence un acteur clé de la mondialisation. La mondialisation exprime d'ailleurs d'abord un point de vue microéconomique, à savoir une configuration dans laquelle les entreprises déterminent leur stratégie d'investissement, de production, de distribution et de vente directement à l'échelle de la planète. Placées dans une telle situation, les entreprises sont bien entendu conduites à privilégier les sites de production où les conditions sont les plus favorables, par exemple, parce qu'ils fournissent un réservoir de main-d'œuvre qualifiée à meilleur marché.

Parmi les facteurs qui pèsent sur le choix opportuniste qu'une perspective mondialisée offre et d'une certaine manière impose aux entreprises, l'environnement légal et réglementaire organisé sous la responsabilité de l'Etat d'accueil constitue une donnée non négligeable. Il est clair qu'un état de guerre, d'anarchie ou de désorganisation complète n'est guère favorable au développement des affaires. L'entreprise attendra de l'Etat d'accueil que celui-ci assure l'ordre, la sécurité et l'accès aux infrastructures de base nécessaires au commerce et à l'industrie. Elle sera attentive à la qualité des réseaux de communication et de transport ou à l'accès aux sources d'approvisionnement en matière première et en énergie, par exemple. Mais, si l'Etat et son ordre politique, juridique et administratif constituent ainsi une externalité positive dont les entreprises vont profiter pour le développement de leurs affaires, la réglementation et le contrôle par les Etats des activités qui se déroulent sur son territoire imposent simultanément aux entreprises des contraintes et des charges, qui sont considérées comme des coûts à prendre en considération dans les calculs de rentabilité et le choix des sites d'activité. En d'autres termes, la décision d'implanter un nouveau site d'activités aura égard non seulement au coût direct des facteurs de production mais également, et de manière substantielle, au coût indirect que représentent notamment la réglementation des conditions et des relations de travail dans le pays d'accueil, le montant des prélèvements sociaux et fiscaux à charge des entreprises ou encore les règles établies par l'Etat ou les collectivités locales en matière de permis d'exploitation, de contrôle de la pollution, de sécurité et de responsabilité en cas d'accidents ou de catastrophes industrielles, etc. De manière générale, l'ordre juridique de l'Etat d'accueil constitue, au même titre que l'état des infrastructures, des ressources naturelles et humaines ou de la situation politique, un facteur important pesant

Benoit Frydman

sur l'activité économique et le profit des entreprises, auquel les économistes accordent d'ailleurs de plus en plus d'attention.

Or, la mondialisation accroît la liberté de choix dont dispose l'entreprise de se soumettre à un ordre juridique plutôt qu'à un autre. Elle généralise ce que les juristes ont coutume d'appeler le « forum shopping », c'est-à-dire le choix par les acteurs eux-mêmes du régime juridique applicable à leurs opérations. Cette situation de « forum shopping » favorise, jusqu'à un certain point, l'environnement le moins disant sur le plan normatif. Il incite les entreprises à s'installer dans les endroits où la pression juridique sur les acteurs économiques est la moins forte, soit que les normes en vigueur soient peu contraignantes, soit que le respect de celles-ci ne soit pas effectivement contrôlé. A ce calcul d'opportunité est lié la crainte de ce que nous nommons chez nous les « délocalisations », qui anime les pays dits développés et affecte directement une partie substantielle de la population qui s'inquiète, non sans quelque motif, d'y perdre son emploi et le niveau de vie qu'elle avait réussi à conquérir.

Ce « droit à la carte » dont bénéficient les entreprises plus largement que par le passé ne demeure pas sans effets sur le contenu des différents ordres juridiques nationaux, qui se trouvent ainsi placés en situation de concurrence les uns à l'égard des autres. Par une sorte d'ironie de l'histoire, qui correspond cependant assez bien aux prédictions et aux souhaits de certaines théories néolibérales, l'ordre juridique de l'Etat, qui était notamment censé fonder, encadrer et surveiller les échanges marchands, entre à son tour dans le cercle de l'échange et tend à devenir lui-même un produit sur le marché désormais largement ouvert de l'implantation des entreprises. Les Etats, transformés en représentants de commerce, sont ainsi amenés non seulement à vanter la qualité et les avantages de leur modèle politique, économique et social, mais aussi à proposer et à mettre à la disposition des entreprises une sorte de « package réglementaire » suffisamment attrayant pour persuader les entreprises de s'installer dans le pays ou, si elles y sont déjà, de ne pas le quitter pour d'autres horizons plus prometteurs ou moins regardants. Ainsi ne se crée certes pas un droit mondial, mais bien un marché mondial des droits nationaux (ou de plus en plus souvent régionaux en raison de la création de grandes zones économique-juridiques, comme l'Union européenne). Ce libre marché met aujourd'hui en concurrence des ordres politiques et juridiques très disparates, ce qui favorise le déclenchement d'une « guerre des prix » entre les ordres juridiques et, en tout cas, conduit logiquement à une baisse tendancielle de la pression juridique exercée sur les entreprises. Les Etats sont incités à réduire d'eux-mêmes leurs exigences normatives pour conserver ou retrouver un environnement juridique attractif et concurrentiel, ce qui peut parfois donner lieu à la mise en place de véritables stratégies de dérégulation compétitive, sinon de dumping réglementaire. Indépendamment même de ces pra-

Stratégies de responsabilisation des entreprises à l...

tiques, l'inégalité flagrante des Etats et de la répartition des richesses met tout particulièrement sous pression les ordres juridiques les plus « développés », qui sont également les plus contraignants à l'égard des entreprises. Même s'il en va de la survie de leur modèle politique et social, les Etats ainsi mis sous pression n'ont que peu de moyens de s'opposer à une situation qu'ils ont eux-mêmes contribué à installer, à la fois par la suppression des barrières douanières à l'installation des entreprises et à la circulation des marchandises, des services et des capitaux, et aussi en laissant subsister et même se creuser des écarts de revenus et de niveaux de vie considérables entre les différentes régions du globe.

Certains Etats parmi les plus développés ont bien tenté de remettre en cause cet état de fait dans un environnement international dominé par le principe du libre échange. Ils ont invoqué la concurrence déloyale que représenterait, spécialement en matière sociale, un seuil normatif au-dessous d'un certain niveau minimum. C'est tout le sens du débat sur la « clause sociale » qui a agité le landernau international voici quelques années¹. Les Etats-Unis et la France, alliés pour l'occasion, avaient défendu, à la fin des négociations de l'Uruguay Round qui devaient conduire à la création de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), le principe d'une clause générale modalisant les accords multilatéraux de libre échange, qui aurait permis de refuser les avantages des traités, en particulier l'application de la clause de la nation la plus favorisée, aux Etats n'imposant pas de manière effective un seuil de protection et de réglementation sociale jugé suffisant. La discussion de cette clause occupa l'essentiel de la première réunion des ministres de l'OMC, à Singapour, en 1996. Le projet suscita l'opposition déterminée des pays en développement qui, soutenus en cela par le Royaume-Uni, dénoncèrent, non sans quelque apparence de raison, les arrière-pensées protectionnistes des promoteurs de la clause sociale. Sous prétexte de lutter contre le travail des enfants ou les conditions de travail et de salaires misérables dans les pays du Sud, le but réel de la manœuvre aurait été de prévenir ou de freiner la vague attendue des délocalisations des entreprises installées dans les pays les plus industrialisés vers certains pays émergents, comme l'Inde et la Chine notamment.

Aucun accord n'intervint sur le fond et l'on décida finalement de renvoyer l'affaire à l'Organisation Internationale du Travail (OIT). Celle-ci adopta en conséquence en 1998 une Déclaration solennelle tripartite sur les droits fondamentaux au travail (*Core Labour Standards*). Cette déclaration a pour objet de fixer les standards mondiaux

1. Sur le débat relatif à la clause sociale à l'OMC et son transfert vers l'OIT : V. LEARY, « The WTO and the Social Clause : Post-Singapore », 8, *European Journal for International Law*, 1997, p. 118 et F. MAUPAIN, « Mondialisation de l'économie et universalité de la protection des droits des travailleurs », in *Commerce mondial et protection des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 111 et s., spéc. p. 117 et s.

Benoit Frydman

minima dans le domaine du droit du travail. Elle énonce les règles d'un embryon de droit social mondial, une sorte de *jus cogens* du travail, sans avoir cependant par elle-même la portée d'un acte juridique obligatoire. Contrairement aux nombreuses conventions élaborées au sein de l'OIT, par rapport au contenu desquelles elle se situe d'ailleurs nettement en retrait, la Déclaration tripartite n'est pas un traité et n'a d'ailleurs pas été soumise à la signature et à la ratification des Etats membres de l'OIT. Son statut est à cet égard comparable à la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée en 1948 par l'Assemblée générale des Nations-Unies, et à de nombreuses proclamations semblables qui ont vu le jour depuis lors au sein de diverses organisations internationales dont l'OIT elle-même. La Déclaration est dite « tripartite » car elle a été approuvée à la fois par les représentants des Etats, des organisations représentatives de travailleurs et des organisations d'employeurs, qui siègent au sein de l'OIT, en raison de la composition et des règles de fonctionnement spécifiques à cette vénérable institution. La Déclaration n'impose pas d'obligation juridique proprement dite, mais elle pose en termes généraux quatre principes essentiels : l'interdiction du travail des enfants ; l'interdiction du travail forcé ; le principe de non-discrimination dans le milieu du travail et le droit de libre association et de négociation collective, c'est-à-dire, en clair, la liberté syndicale.

Ces quatre principes fondamentaux du droit du travail ont été intégrés l'année suivante dans une importante initiative lancée par le Secrétaire général de l'ONU, Kofi Annan, à l'occasion du nouveau millénaire : le Global Compact. Ce pacte global constitue une tentative originale dans la mesure où il s'adresse principalement et directement aux entreprises elles-mêmes et non pas aux Etats ou aux organisations internationales. L'ONU propose aux entreprises, aux associations d'entreprises et à d'autres acteurs sociaux (syndicats, ONG, académiques,...) de participer volontairement à un réseau civique mondial, qui a pour vocation de faire respecter et de promouvoir dix principes fondamentaux. Parmi ceux-ci, on trouve, outre les quatre droits fondamentaux du travail déjà évoqués, le respect et la condamnation des violations du droit international des droits de l'homme, plusieurs principes relatifs au développement durable en matière d'environnement (responsabilité environnementale, principe de précaution et diffusion des technologies propres) et enfin l'engagement à lutter contre la corruption. Ici encore, le Global Compact ne comporte aucune obligation de nature proprement juridique. Les engagements qu'il propose aux entreprises sont exprimés en termes très généraux, en référence à des textes symboliques, eux aussi dépourvus de toute valeur obligatoire, comme la Déclaration tripartite de l'OIT, la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Déclaration du sommet de la terre à Rio. Le Pacte fait surtout appel à la bonne volonté des entreprises et à leur sens des responsabilités. Il leur demande seulement de diffuser annuellement un rapport sur les progrès réalisés par l'entreprise dans

Stratégies de responsabilisation des entreprises à L...

les domaines couverts par le Pacte, mais cette recommandation n'est pas respectée par nombre d'acteurs².

L'initiative marque cependant un tournant, d'ailleurs clairement assumé, dans la politique de l'ONU à l'égard des entreprises. Comme l'expliquait Koffi Annan lui-même à la Chambre de commerce américaine en 1999 : « un changement fondamental est intervenu au cours de ces dernières années dans l'attitude des Nations Unies à l'égard du secteur privé. La confrontation cède le pas à la coopération et les polémiques aux partenariats. »³ Les entreprises semblent avoir répondu positivement à cette politique de la main tendue. Après un démarrage timide et un peu décevant, le Global Compact a séduit un nombre croissant d'entreprises (environ 2600 au début de l'année 2006), parmi lesquelles certaines des plus grosses sociétés multinationales du monde⁴. Au-delà de ce changement de stratégie, le Pacte global comporte en outre une dimension politique peut-être fondamentale : il élève les entreprises au rang de citoyennes du monde, membres à part entière de la communauté politique mondiale, et par cela il donne un véritable cadre politique au mouvement de la responsabilité sociale des entreprises et aux initiatives innombrables qui se développent en son nom. Le Pacte global constitue une sorte d'embryon de contrat social mondial et les entreprises se voient conférer, ce qui est sans précédent, la qualité de partie à ce contrat, avec toute la considération et les responsabilités qu'impliquent ce nouveau statut. Ainsi, en dépit ou peut-être même à cause de son statut de *gentlemen's agreement*, le Global Compact a-t-il la portée d'un acte fondateur, qui marque une rupture par rapport à la vision moderne de la communauté internationale, entendue principalement comme la communauté des Etats et qui, par-là même, a confiné jusqu'à présent les personnes privées et notamment les entreprises dans un rôle infiniment plus modeste, plus discret et probablement aussi plus confortable⁵.

2. Six cent douze compagnies sont en défaut de ce point de vue d'après le site officiel du Global Compact (<http://www.unglobalcompact.org>), consulté le 2 février 2006.

3. Traduction libre de l'anglais : « A fundamental shift has occurred in recent years in the attitude of the United Nations towards the private sector. Confrontation has taken a back seat to cooperation. Polemics have given way to partnerships. »

4. Citons, presque au hasard, certains groupes américains comme Dupont, Cisco, Hewlett-Packard, Coca-Cola ou Starbucks et un très grand nombre de groupes européens, par exemple : Air France, Carrefour, British Telecom, BMW, Bayer, Suez, Danone, Paribas, H&M, L'Oréal, Nestlé, Shell, SAP, Total, Unilever, et le géant pétrolier russe Yukos, parmi beaucoup d'autres.

5. Voy. sur cette question infra ch. 2.

Benoit Frydman

B. Le vocabulaire des droits de l'homme et la grammaire des affaires

1. Le statut de l'entreprise en droit international

L'émancipation relative des entreprises par rapport aux droits des Etats n'a pas été jusqu'à présent compensée par l'émergence d'un droit économique mondial dont les règles pourraient être imposées, le cas échéant par voie de contrainte ou de sanction, aux entreprises transnationales. Cette situation est due non seulement à l'absence d'accord politique planétaire sur les principes et les règles d'un tel droit, mais aussi à la logique même du droit international et à la composition de ce qu'il est convenu d'appeler la société ou la communauté internationale. Le droit international moderne a été essentiellement conçu, comme son nom l'indique d'ailleurs, comme un droit régissant les relations entre les Etats. Les Etats en ont été longtemps les seuls sujets et en demeurent les principaux protagonistes. Cette situation a cependant évolué depuis la fin du second conflit mondial, non seulement par la multiplication des organisations internationales, créées par les Etats eux-mêmes et dotées de la personnalité juridique internationale et de compétences propres, mais aussi par le développement du droit international des droits de l'homme. Les conventions internationales établies dans ce domaine, tels les Pactes de New York sur les droits civils et politiques et, dans une bien moindre mesure, sur les droits économiques sociaux et culturels, ont institué les individus en sujets dits « indirects » du droit international, en reconnaissant en eux des titulaires de droits fondamentaux internationalement garantis par les Etats. Dans certains cas, qui demeurent cependant assez exceptionnels, les individus se sont même vus accorder la possibilité de mettre en œuvre directement leurs droits à l'encontre des Etats, comme par exemple, dans le système du Conseil de l'Europe, en citant un Etat membre devant la Cour des droits de l'homme de Strasbourg pour se plaindre de la violation de leurs droits fondamentaux garantis par la Convention européenne de sauvegarde⁶.

De manière surprenante et même choquante, à tout le moins au premier abord, la jouissance et l'exercice des droits de l'homme n'ont pas été réservés en Europe aux seuls êtres humains, mais étendus plus largement à toutes les entités dotées de la personnalité juridique, en ce compris les personnes morales, qu'elles poursuivent un but lucratif ou non, et donc aussi les entreprises. C'est ainsi qu'il n'est pas rare de voir une entreprise se plaindre auprès de la Cour européenne des droits de l'homme de la violation de son droit au procès équitable, d'une atteinte à sa propriété, à sa liberté d'expression, voire même à

6. Pour une analyse approfondie de cette question, infra ch. 4.

Stratégies de responsabilisation des entreprises à l...

son honneur ou à sa réputation ou à d'autres dispositions encore de la Convention de sauvegarde⁷.

Toutefois, si les personnes physiques et morales sont ainsi reconnues « créancières » de droits de l'homme à l'égard des Etats, elles n'en sont pas les « débitrices », du moins jamais directement. En effet, dans le système conventionnel qui caractérise l'ordre juridique international, seuls les Etats signataires des traités relatifs à la protection des droits de l'homme sont engagés à en assurer le respect et peuvent être jugés responsables de leur violation. Il est vrai que la doctrine et la jurisprudence ont reconnu aux droits et libertés fondamentales un certain « effet horizontal »⁸. Cela signifie que les personnes privées doivent en principe respecter les droits et libertés des autres personnes privées et ne peuvent leur porter atteinte. Ainsi, une entreprise devra normalement respecter, dans certaines limites, la liberté d'expression de ses employés et ne pas porter atteinte à leur vie privée. Pourtant, quand bien même la Cour des droits de l'homme constaterait une telle violation horizontale, c'est non pas l'entreprise, mais l'Etat qui sera condamné pour avoir négligé de mettre en œuvre les mesures positives nécessaires pour empêcher l'atteinte aux droits de l'homme et assurer ainsi la bonne exécution de ses obligations internationales.

En résumé, l'entreprise est donc, en règle générale, dans l'état actuel des choses, un sujet actif, mais non passif du droit international en général et du droit international des droits de l'homme en particulier. Elle est, sur le plan international, titulaire de droits fondamentaux, ainsi que d'autres droits économiques garantissant par exemple la liberté du commerce ou la sécurité des investissements, qui produisent des effets directs et dont elle peut invoquer directement le bénéfice. Par contre, l'entreprise n'est pas la garante de ces droits et ne peut que difficilement se voir imputer une responsabilité quelconque lorsque ceux-ci sont ignorés ou même gravement bafoués. Il appartient aux Etats et à eux seuls d'imposer aux entreprises le respect de ces droits dans leur ordre interne, ce qui nous ramène au problème de la relative impuissance des ordres juridiques nationaux à l'égard des entreprises dans le contexte de la mondialisation.

Ce statut asymétrique se trouve en pratique encore aggravé par la situation quelque peu schizophrénique créée par la spécialisation thématique des organisations internationales. Comme le montre

7. Pour des exemples concrets de cette situation, voyez infra ch. 4, p.

8. Voyez notamment l'article bien documenté de S. RATNER, « Corporations and Human Rights : A Theory of Legal Responsibility », 111 *Yale Law Journal*, 2001, pp. 443-545, spéc. p. 475 et s., passant en revue les tendances favorables aux devoirs (duties) des entreprises en droit international. En outre, on portera une attention particulière au développement de la jurisprudence fédérale américaine, dans le cadre de l'*American Tort Claims Act*, qui tend à affirmer, du moins dans son principe, la responsabilité directe, comme auteur ou complice, de l'entreprise pour certaines violations graves du droit international et des droits de l'homme (voir plus loin dans le présent chapitre).

Benoit Frydman

bien l'exemple du débat sur la clause sociale, les différentes préoccupations politiques qui animent la société internationale sont partagées et presque cloisonnées entre différentes organisations indépendantes : l'OMC se préoccupe de la promotion du libre échange et de l'organisation du commerce international, tandis que l'OIT se consacre exclusivement aux questions du travail, les questions d'environnement, de santé ou de culture étant prises en charge par d'autres organisations encore. La conséquence bien connue de ce cloisonnement sur le plan du droit économique international est que le principe du libre échange est affirmé avec force et son application efficacement surveillée par des dispositifs contraignants et des sanctions dissuasives, tandis que d'autres règles qui pourtant répondent à des besoins essentiels au développement ou à la survie de l'humanité, notamment en matière de santé publique, de protection de l'environnement, de développement des services publics, etc., sont envisagées avec suspicion et interprétées restrictivement comme des exceptions au principe du libre-échange et potentiellement comme des infractions à celui-ci. Tenues en lisière du droit économique mondial, ces préoccupations ne trouvent alors souvent pour s'affirmer dans l'ordre international qu'une formulation en termes de droits fondamentaux subjectifs (droit au travail et à la sécurité sociale, droit à l'éducation, droit à un environnement sain...) dont la portée est d'autant plus relative que le contenu en apparaît flou et le débiteur incertain. Quant aux entreprises, elles n'hésitent pas à se prévaloir des principes du libre-échange pour conquérir de nouveaux marchés et développer des activités nouvelles, tout en laissant aux Etats, qui n'en ont pas les moyens ni toujours la volonté, la compétence et le soin d'assurer le respect des droits fondamentaux, éventuellement fragilisés ou mis en cause par le développement économique.

Ce statut d'immunité de fait dont jouissent pour l'instant les entreprises dans l'ordre international est profondément insatisfaisant et de plus en plus souvent dénoncé par la doctrine⁹. Il est parfois remis en cause par les juges nationaux. Ainsi, le juge fédéral américain a affirmé, à tout le moins en termes de principe, la possibilité d'engager, dans le cadre de l'Alien Tort Claims Act¹⁰, la responsabilité au moins civile des entreprises comme auteurs ou complices de la violation de certaines règles fondamentales du droit des gens, notamment dans les situations de génocide, de crimes de guerre, mais aussi de travail forcé¹¹. Parallèlement, la sous-commission chargée de la promotion

9. En ce sens, voy. notamment P. SIMONS, « Corporate Voluntarism and Human Rights », 59, *Relations industrielles / Industrial Relations*, 2004, pp. 101-139 et M. DELMAS-MARTY, « Désordre mondial et droits de l'homme », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. 1, p. 635 et s.

10. Voy. à propos de cette législation, infra ch. 5, p.

11. Voy. notamment la Cour d'appel fédérale du 9ème circuit dans l'arrêt du 18 septembre 2002 dans l'affaire Doe I v. Unocal, 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002), citant avec approbation les opinions concurrentes du juge Edwards de la Cour d'appel fédérale

Stratégies de responsabilisation des entreprises à l...

et de la protection des droits de l'homme au sein de l'ONU a adopté en 2003 des Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises. Ce texte ambitieux affirme sans ambages que, « si les Etats ont la responsabilité première de promouvoir, respecter, faire respecter et protéger les droits de l'homme et de veiller à leur réalisation, les sociétés transnationales et autres entreprises, en tant qu'organes de la société, ont, elles aussi, la responsabilité de promouvoir et de garantir les droits de l'homme énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme. »¹² Et le texte de prévoir des responsabilités étendues à charge des entreprises dans les domaines des droits sociaux fondamentaux, de l'environnement et des droits de l'homme en général, assorties d'obligations de surveillance (notamment des sous-traitants et des partenaires commerciaux), de soumission à des contrôles indépendants et de réparation des violations. Il est cependant peu probable, que ce texte, par ailleurs très mal accueilli au sein des milieux d'affaires, ait plus de succès que les précédentes tentatives contraignantes de l'ONU à l'égard des multinationales et réunisse les conditions nécessaires pour s'imposer de manière obligatoire. A défaut de consensus des Etats et compte tenu de la logique même du droit des gens, il est donc peu probable que le statut juridique international de l'entreprise évolue rapidement vers un régime de responsabilité contraignant et praticable.

2. Le développement des codes de conduite

Dans ce contexte peu satisfaisant et peu contraignant, le mouvement de la responsabilité sociale des entreprises encourage les entreprises à affirmer et à assumer volontairement, indépendamment de toute obligation juridique, une responsabilité au moins morale en matière sociale, de protection de l'environnement ou de respect et de promotion des droits de l'homme en général¹³. Le principe et le contenu de ces « engagements » sont généralement formulés par les entreprises elles-mêmes dans des codes de conduite, qui sont le plus souvent rendus publics et notamment diffusés sur le site Internet des entreprises concernées.

du 2ème circuit selon qui : « there are a handful of crimes to which the law of nations attributes individual liability » (Tel-Oren vs Libyan Arab Republic, 726 F.2d 774 (D.C. Cir. 1984)).

12. Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises, adoptées par la sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme (de la Commission des droits de l'homme, du Conseil économique et social de l'ONU) le 13 août 2003, préambule (souligné par nous).

13. Selon la définition de la Commission européenne, « la responsabilité sociale des entreprises est un concept qui désigne l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes » (Livre vert *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*).

Benoit Frydman

La notion de « responsabilité sociale des entreprises » n'est certainement pas nouvelle et elle est débattue, en particulier dans le monde anglo-saxon, depuis plus d'un siècle. De même, les codes de conduite sont apparus déjà dans les années septante, d'abord à l'initiative d'organisations internationales comme l'OCDE et l'OIT. Ces organisations, à la suite de certains scandales ou pour faire pièce aux revendications d'un « nouvel ordre économique international », ont établi à l'intention des entreprises multinationales des règles de conduite (guidelines) sur la manière de mener leurs affaires et notamment de se comporter dans les Etats d'accueil, avec les autorités ou avec la population. D'autres principes de conduite ont été élaborés dans un cadre privé, parfois au sein des milieux d'affaires eux-mêmes, comme les Sullivan Principles¹⁴, proposés aux entreprises actives en Afrique du Sud à l'époque de l'apartheid. Dès 1984, Levi Strauss & Co adopta son propre code de conduite et plusieurs autres compagnies lui emboîtèrent le pas. Depuis lors, les codes de conduite n'ont fait que se multiplier, qu'il s'agisse de codes établis par des organisations internationales, par des ONG ou encore par des réseaux d'entreprises et des associations sectorielles. En particulier, la pratique des codes de conduite d'entreprise tend à s'étendre très largement et même à se généraliser non seulement à l'ensemble des grands groupes, mais souvent aussi à des entreprises de taille plus modeste.

Le contenu de ces codes de conduite est, l'on s'en doute, extrêmement variable, tant sur la forme que sur le fond, de même quant au degré de précision et aux procédures de mise en œuvre des principes qui y sont proclamés. Il paraît difficile d'en dégager des règles communes, mais il est possible d'en répertorier les dispositions en différentes grandes catégories qui correspondent à autant de zones d'intervention possibles de l'entreprise (voir diagramme). La première zone correspond à l'espace interne aux entreprises et concerne par conséquent au premier chef les conditions de travail et de vie au sein de celles-ci. On pourra y trouver des dispositions relatives à l'organisation du travail et de la production ; des normes relatives à la santé, à la sécurité, à l'hygiène ; la reconnaissance de certains droits sociaux, qu'il s'agisse des droits fondamentaux du travail ou d'autres libertés comme, par exemple, le respect de la vie privée ou de la dignité des travailleurs ; ou encore les engagements de l'entreprise en matière de politique salariale, de participation, d'assurance sociale ou de reclassement en cas de restructuration ou de fermeture. Une deuxième zone correspond non plus à l'intérieur de l'entreprise mais à son environnement immédiat, c'est-à-dire aux populations et à l'environnement qui sont affectés positivement ou négativement par ses activités. C'est dans cette catégorie que l'on rangera la politique environnementale de l'entreprise, ses engagements en matière de limitation de la pollution ou de retraitement des déchets, son attitude

14. Voy. *infra* ch. 5, p. ...

Stratégies de responsabilisation des entreprises à l...

responsable en ce qui concerne l'exploitation des matières premières, l'affectation des sols, la santé et la sécurité de la population, la propreté des eaux, etc. On considérera également, en particulier pour les activités d'extraction minière ou l'exploitation de champs pétrolifères, l'attitude de l'entreprise envers la population locale, le respect des droits et des intérêts des personnes et des communautés, les relations de l'entreprise avec les forces de sécurité locale, « associées » d'une manière ou d'une autre à l'entreprise (notamment en cas d'intimidation ou d'exaction, de déplacement forcé de population, d'utilisation de main-d'œuvre forcée,...). Dans cette rubrique, on peut ranger aussi l'engagement de l'entreprise au développement économique de la zone où elle exerce son activité, la codification des relations avec ses fournisseurs et sous-traitants locaux (qui joue en pratique, comme on le verra, un rôle très important) ou encore les œuvres sociales de l'entreprise, comme la construction d'une école ou d'un dispensaire ou encore le soutien à des activités locales ou à des initiatives dans le domaine de la coopération au développement. Enfin, la troisième zone correspond à l'environnement politique au sens large et aux relations de l'entreprise avec les pouvoirs publics, voire avec la communauté internationale. C'est dans cette catégorie que l'on rangera les déclarations extrêmement générales de certains codes de conduite de respect et de promotion des droits de l'homme et de la démocratie dans le monde. Parfois aussi de telles dispositions prendront un tour plus concret et impliqueront l'engagement de ne pas collaborer avec certains régimes jugés criminels ou mis hors la loi par la communauté internationale, de ne pas collaborer directement ou indirectement au commerce des armes et des stupéfiants ou encore de résister aux pratiques de corruption qui sont monnaie courante, si l'on ose dire, dans certaines régions.

Ce diagramme de la responsabilité sociale montre un élargissement théoriquement indéfini de la perspective de l'entreprise, des intérêts qu'elle est censée prendre en compte et des responsabilités qu'elle estime pouvoir ou devoir assumer. Il correspond en quelque sorte à une vision élargie de l'intérêt social, qui intègre l'intérêt des travailleurs, mais aussi des autres parties prenantes ou porteuses d'enjeux (stakeholders) et s'étend même à l'intérêt général, sinon à l'intérêt universel de l'humanité. Or, cette conception généreuse contraste, de manière paradoxale, avec le retour en force, sous l'influence du modèle capitalistique anglo-saxon et de la pression des marchés, d'une conception du gouvernement d'entreprise (corporate governance) principalement sinon exclusivement focalisée sur la maximisation (souvent à court terme) de la valeur pour l'actionnaire (shareholder value). N'est-il pas suspect de constater la concomitance d'une politique managériale contrainte de rémunérer toujours davantage le capital, avec un discours moral affirmant l'engagement volontaire de l'entreprise au service d'intérêts beaucoup plus larges ? Cette coïncidence invite à considérer le discours en vogue sur la responsabilité

Benoit Frydman

sociale des entreprises avec circonspection sinon avec méfiance. Les bonnes paroles contenues dans les codes de conduite ne serviraient-elles pas à dissimuler avec un peu de poudre aux yeux le retour d'un capitalisme pur et dur, pur dans la recherche du profit et dur à l'égard des travailleurs et des intérêts qu'il écrase pour parvenir à ses fins ? On peut en tout cas légitimement s'interroger sur les motivations qui poussent les entreprises à engager des politiques de développement durable ou de responsabilité sociale.

Certains rappellent à cet égard, sur les pas de Max Weber, les liens entre l'éthique protestante et le capitalisme moderne¹⁵. Historiquement, la notion de responsabilité sociale, mais aussi certaines pratiques dans le domaine de la conduite des affaires ou de l'investissement responsable s'inscrivent dans une démarche morale et plus encore religieuse, qui établit un lien pratiquement direct entre le respect d'une certaine éthique et la réussite dans les affaires. Plus largement, le comportement de certaines entreprises socialement responsables n'est pas sans évoquer certaines pratiques caritatives, compassionnelles ou paternalistes bien connues au XIX^e siècle, à l'âge d'or du libéralisme triomphant. La mondialisation marquerait ainsi une sorte de retour à la situation qui prévalait dans nos pays au moment de la révolution industrielle avant la mise en place du droit social.

Cependant, les motivations des entreprises à s'engager et à poursuivre une politique de responsabilité sociale sont généralement analysées aujourd'hui sous l'angle de l'intérêt bien compris. Si l'entreprise s'engage dans et poursuit une politique de responsabilité, c'est qu'elle pense avoir quelque chose à y gagner. Mais quoi ? D'après un premier point de vue, développé notamment dans le Livre vert de la Commission européenne sur le sujet¹⁶, la responsabilité sociale participe d'une politique de développement durable de l'entreprise, qui augmenterait à moyen et à long terme les profits réalisés par celle-ci. En prenant en compte les intérêts légitimes de toutes les parties prenantes, la politique socialement responsable contribuerait à créer durablement de la valeur. Il serait par conséquent économiquement rationnel de se montrer socialement responsable. Cette thèse tente de réconcilier le mouvement en faveur de la responsabilité sociale avec les thèses des économistes libéraux qui affirment, comme Milton Friedman, notamment, dans un article célèbre publié dans le *New York Times* en 1970, que la seule responsabilité sociale de l'entreprise est de faire du profit¹⁷. La thèse de la Commission est cependant

15. M. WEBER, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme* (1904), Flammarion, Paris, 2002, trad. I. Kalinowski.

16. Voir supra note 13.

17. Cette thèse tente de réconcilier le mouvement en faveur de la responsabilité sociale avec les thèses des économistes libéraux qui affirment, comme Milton Friedman dans un article célèbre publié dans le *New York Times* en 1970, que la responsabilité sociale

Stratégies de responsabilisation des entreprises à l...

contestée par plusieurs analystes, qui mettent au contraire l'accent sur l'importance des coûts et les risques suscités par le développement d'une telle politique¹⁸.

D'autres observateurs font également remarquer que le marché a besoin de règles pour fonctionner correctement et que le vide normatif créé par la mondialisation appelle naturellement le développement de pratiques d'autorégulation, quand ce ne serait que pour éviter ou retarder l'adoption d'un cadre normatif plus contraignant. L'adoption de codes de conduite relèverait dans ce cas d'une manœuvre tactique destinée à convaincre « le monde », c'est-à-dire en pratique ceux qui réclament un statut plus contraignant pour les entreprises transnationales et les Etats qui auraient éventuellement le pouvoir de le leur imposer, qu'il n'est pas utile ou efficace de légiférer en la matière, car les entreprises elles-mêmes ont pris en charge la codification de leurs conduites.

Plus prosaïquement, d'autres encore font remarquer que « les droits de l'homme font vendre ». Ceux-ci voient dans la responsabilité sociale des entreprises et le phénomène des codes de conduite davantage une opération de marketing qu'une véritable prise de responsabilité. En engageant une politique de responsabilité sociale, l'entreprise ne ferait en réalité que répondre à une attente de ses clients dans l'espoir d'augmenter ses parts de marché. Selon une enquête réalisée par l'ONU pour le millénaire, deux personnes interrogées sur trois déclaraient attendre des sociétés qu'elles contribuent à des objectifs sociétaux plus larges que leur rôle historique de faire du profit, de payer des impôts, d'employer des gens et d'obéir au droit¹⁹. De tels souhaits semblent d'ailleurs commencer à influencer effectivement les comportements des consommateurs. On assiste ainsi peut-être aux prémices d'une politisation de la consommation²⁰, c'est-à-dire d'une situation de marché où les consommateurs ne déterminent plus uniquement leur choix en fonction du prix et de la qualité intrinsèque des produits, mais également en tenant compte des conditions dans lesquelles l'entreprise réalise ses activités, sa politique sociale, le respect de l'environnement, les conditions qu'elle consent aux producteurs qui lui fournissent les matières premières, ce qui implique que le

de l'entreprise est de faire du profit (« The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits », *New York Times Magazine*, Sept. 13, 1970). Voy. aussi le livre de M. FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, University of Chicago Press, 1962.

18. Le magazine *The Economist* a ainsi pris position et publié de nombreux articles critiques mettant en cause non seulement le principe mais l'efficacité en termes de profit des politiques de responsabilité sociale.

19. *The millenium poll on corporate social responsibility*, Septembre 1999.

20. En ce sens notamment, Ulrich Beck : « [...] le consommateur politique découvre son pouvoir. Le consommateur, ce géant endormi, sort de son sommeil et transforme l'acte d'achat en un vote sur le rôle politique des grands groupes à l'échelle mondiale pour les battre avec leurs propres armes : l'argent et le refus d'achat » (*Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Champs-Flammarion, p. 162).

Benoit Frydman

consommateur est éventuellement prêt à payer un surprix pour acquérir un produit réalisé dans des conditions correctes. Les analystes observent une croissance sensible du commerce dit équitable qui, longtemps cantonné à des circuits non marchands périphériques et confidentiels, gagne aujourd'hui les grandes surfaces et intéresse un nombre croissant de producteurs et de distributeurs. Il faut cependant relativiser cet engouement dans la mesure où le commerce équitable, même s'il est en pleine expansion, ne représente encore qu'une part tout à fait marginale²¹. Il reste que cette conscience naissante des consommateurs, qui se manifeste surtout dans les pays riches et développés, incite les entreprises à soigner davantage leur image et leur réputation et à conserver ainsi à leur marque (qui représente parfois leur actif le plus précieux) une valeur aussi positive que possible.

Il semble bien en effet qu'une première génération de codes de conduite ait été animée surtout par le souci du marketing et rédigée unilatéralement à l'initiative des départements de communication, parfois à la va-vite, sans aucune étude ni consultation préalable. Sur le plan du contenu, une étude de l'OCDE²² réalisée en 2000 sur deux cent quarante-six codes de conduite d'entreprise révélait que 10 % seulement des codes de conduite se réfèrent aux droits fondamentaux du travail, tels qu'ils ont été formulés par l'OIT, beaucoup d'entreprises refusant obstinément de reconnaître à leurs travailleurs le principe de la liberté syndicale. En outre, selon la même étude, 80 % de ces codes de conduite ne prévoyaient aucune procédure de suivi ou de mise en œuvre ; de même que 60 % de ces codes ne prévoient aucune conséquence en cas de violation de ses dispositions. Ces chiffres assurément semblent donner raison aux sceptiques qui ne voient dans l'affirmation de la responsabilité sociale des entreprises qu'un « coup de pub » vide de sens ou pire une entreprise idéologique de grande ampleur destinée à donner bonne conscience à bon compte aux capitalistes, aux consommateurs, voire aux pouvoirs publics des pays riches.

Il faut cependant se garder d'une analyse trop étroite du phénomène, qui se bornerait à constater que les motivations de l'entreprise restent essentiellement tournées vers la conquête des marchés et la réalisation de profits (ce qui est l'évidence). Il faut au contraire élargir la perspective et ne pas sous-estimer la contribution positive que d'autres acteurs que l'entreprise elle-même, publics ou privés, marchands ou non marchands peuvent apporter dans la responsabilisation des entreprises. On gagne en outre à analyser le phénomène

21. Les chiffres généralement avancés sont de 1/10.000ème du volume du commerce mondial. Ce chiffre monterait à 1/1.000ème pour les transactions des pays européens avec les pays en développement. Les organisations qui soutiennent le commerce équitable insistent cependant sur la notoriété et la croissance exponentielle du commerce équitable.

22. *Corporate Responsibility : Private Initiatives and Public Goals*, OECD Report, 2001.

Stratégies de responsabilisation des entreprises à l...

dans une perspective dynamique, susceptible d'évoluer de simples déclarations d'intentions gratuites sans grandes conséquences vers quelque chose de plus consistant et de plus contraignant dont il reste à comprendre les mécanismes et à évaluer les effets.

C. Les dispositifs de contrôle de l'entreprise

1. Les acteurs du contrôle

Si l'on veut se faire une idée juste du mouvement de la responsabilité sociale des entreprises, il vaut sans doute mieux éviter de considérer l'entreprise comme une monade isolée, dont on s'attacherait à déterminer le niveau intrinsèque de moralité. De fait, on est rarement moral tout seul. En d'autres termes, l'éthique qui prescrit la conduite d'un acteur n'est pas uniquement déterminée par l'image qu'il se fait de lui-même ou de son devoir, mais très largement par l'image qu'il veut donner de lui aux autres ou qu'il leur donne effectivement. Ce souci de notre réputation, c'est-à-dire de nous-mêmes dans le regard et le discours des autres, dirige notre comportement quotidien sans doute plus que les règles du droit ou les maximes objectives de la moralité²³. L'entreprise n'échappe pas plus que les autres à cette forme de contrôle social. Elle y est même davantage sensible dans la mesure où ses résultats sont largement fonction de son image de marque. Voilà pourquoi l'entreprise se montre à l'écoute des attentes de ses clients, mais aussi des investisseurs ou des autres acteurs qui sont en mesure de lui profiter ou de lui nuire. Or le même souci des attentes d'autrui qui conduit l'entreprise à souscrire des engagements en matière de responsabilité sociale peut également l'inciter à aligner son comportement sur ses déclarations. Tel est en particulier le cas lorsque ce comportement est connu ou susceptible d'être découvert par ceux à l'égard desquels l'entreprise entend ménager sa réputation.

L'entreprise contemporaine se trouve prise chaque jour davantage dans un réseau de surveillance et de contrôle qui scrute ses moindres faits et gestes²⁴. Elle se surveille d'abord elle-même, le management de l'entreprise et les organes internes d'administration étant soucieux d'en savoir toujours plus sur ce qui se passe à l'intérieur de la société, ne serait-ce que pour s'en assurer le contrôle, préserver ou accroître leur pouvoir et améliorer au maximum les performances. L'entreprise se trouve immédiatement après sous la surveillance de ses actionnaires et donc, pour les sociétés cotées, des marchés

23. Ce point sera développé plus particulièrement dans le chapitre suivant.

24. Voyez sur ce thème : B. DECHARNEUX, P.-F. SMETS, E. DE KEULENEER et A. ÉRALY, *L'entreprise surveillée. L'éthique, la responsabilité sociale, le marché, la concurrence, les nouveaux acteurs*, Bruylant, Bruxelles, 2003.

Benoit Frydman

financiers. Elle est aussi surveillée de l'intérieur par ses travailleurs, concernés au premier chef par les résultats de l'entreprise et sa politique sociale. Les travailleurs disposent, dans certains pays du moins, de moyens non négligeables de s'informer, notamment au niveau des organes paritaires et de concertation sociale. L'entreprise est encore sous la surveillance de ses concurrents, de ses cocontractants, de ses partenaires et des groupes dont elle affecte les intérêts. L'entreprise est également sous la surveillance des ONG qui se soucient d'environnement, de santé, de lutte contre la pauvreté, de la protection des droits de l'homme et de la dignité, des progrès de la démocratie, et qui sont promptes à dénoncer par la voie des médias les abus et les scandales, voire prêtes à organiser des actions spectaculaires de mobilisation pour mettre fin à une pratique jugée inacceptable ou pour peser sur le chiffre d'affaires ou la réputation d'une firme. L'entreprise se trouve de même en quelque sorte sous la surveillance de ses clients, en particulier ceux de plus en plus nombreux qui préfèrent, comme on l'a vu, acheter les produits fabriqués et distribués par des personnes respectables dans des conditions équitables et qui peuvent se montrer enclins à se détourner d'une marque ternie par des pratiques douteuses ou décriées. L'entreprise demeure enfin, bien que dans une moindre mesure que par le passé, sous la surveillance des pouvoirs publics, notamment de son État d'origine, qui peut dans une certaine mesure lui demander des comptes sur ses activités à l'étranger, ainsi que des autorités du lieu où elle exerce ses activités. Les uns et les autres, s'ils n'ont pas toujours les moyens de lui dicter son comportement, se montrent néanmoins soucieux de s'informer de la manière dont elle conduit ses affaires.

Toutes ces parties prenantes sont gourmandes d'information et tous ceux qui sont extérieurs au « gouvernement » de l'entreprise revendiquent d'abord une meilleure publication par l'entreprise, qu'ils perçoivent comme une masse opaque, des informations la concernant du point de vue tant de la quantité que de la qualité (précision, fiabilité...) des données. Cette exigence de « transparence » adressée aux dirigeants des entreprises est largement comparable aux revendications formulées à l'époque des Lumières à l'égard des États et de leurs institutions. Les gouvernements de l'Ancien régime fonctionnaient tout à fait officiellement sous le sceau du secret. Ce sont les révolutions libérales, qui ont imposé aux pouvoirs législatif, réglementaire et judiciaire la publicité de leurs décisions et parfois de leurs délibérations et ont conditionné la validité de leurs actes au respect de ces formalités. Ces règles nous apparaissent aujourd'hui si naturelles que nous avons perdu le sentiment de leur importance²⁵. Une revendication similaire

25. Par exemple, la publication au Journal Officiel des lois, des règlements et des nominations. La publicité des débats au Parlement, le caractère public des audiences et des décisions de justice, etc. Sur l'importance de la publicité dans la genèse de la société civile et de la démocratie modernes, on se référera à l'ouvrage classique de J. HABERMAS, *L'espace public*, Paris, Payot, 1992. Sur l'exigence de publicité dans la

Stratégies de responsabilisation des entreprises à l...

de la société civile monte aujourd'hui en puissance en direction des entreprises. L'entreprise se trouve en permanence mise en demeure de se dire, de se raconter, de justifier sa politique, de dévoiler ses projets et de confesser ses torts.

De manière intéressante, les entreprises et leurs dirigeants sont tentés, même en l'absence de contraintes juridiques, de réserver à ces demandes une suite favorable, tout en essayant à tout prix de présenter au public leur meilleur profil. Les entreprises et leurs dirigeants sont en effet particulièrement sensibles aux demandes en provenance de deux marchés qui conditionnent directement leurs activités et leurs résultats. Il s'agit, d'une part, du marché sur lequel ils offrent leurs produits et leurs services, et, d'autre part, des marchés financiers où ils se fournissent en capitaux. Ces deux marchés déterminent les deux grands champs d'action où se déploient les dispositifs externes liés à la responsabilité sociale des entreprises. La demande de responsabilité sociale en provenance du marché des produits et services inclut notamment ce qu'il est convenu d'appeler le commerce équitable. La demande en provenance des bailleurs de fonds s'appelle l'investissement socialement responsable.

Qui sont donc plus précisément ces clients et ces investisseurs si soucieux de s'informer des pratiques sociales, éthiques et environnementales des entreprises ? Quant aux clients, il s'agit bien sûr des consommateurs que l'entreprise veut séduire (commerce B to C), mais aussi d'autres entreprises (commerce B to B), en particulier celles qui, déjà engagées elles-mêmes dans une politique de responsabilité sociale, se montrent attentives et se sont parfois engagées à vérifier le respect par leurs fournisseurs des dispositions de leurs propres codes de conduite. C'est ainsi, par exemple, qu'il n'est pas rare aujourd'hui de voir une grande entreprise demander à un cabinet d'avocats international ou local, avant de lui confier éventuellement la défense de ses intérêts, de lui communiquer son code de conduite (s'il en a un) ou de l'informer entre autres choses des mesures que ce cabinet a adoptées pour assurer, par exemple, une certaine parité entre les hommes et les femmes dans le recrutement des associés.

Quant aux investisseurs, il s'agit non seulement des petits épargnants (l'équivalent des consommateurs sur le marché des capitaux), mais aussi et surtout des intermédiaires financiers, notamment ceux qui proposent à leurs clients des produits éthiques. On pense bien entendu ici aux fonds éthiques, établis pour certains de longue date dans la mouvance du capitalisme protestant. Ces fonds sélectionnent les valeurs qu'ils incorporent dans leurs portefeuilles suivant des critères très variables. Certains se bornent à exclure les titres d'entreprises qui se livrent à certaines activités réprouvées comme la fabrication

société civile contemporaine : B. FRYDMAN (éd.), *La société civile et ses droits*, coll. « Penser le droit », Bruylant, Bruxelles, 2005.

Benoit Frydman

et la vente d'alcool, de tabac ou d'armes (screening négatif). D'autres choisissent avec circonspection les entreprises qui répondent aux exigences du fonds en matière éthique, sociale, environnementale ou autre (screening positif) et soutiennent ainsi par leurs investissements celles parmi les entreprises qui sont le plus en pointe dans le domaine de la responsabilité sociale au sens large. Dans leur diversité, les fonds éthiques représentent actuellement environ 5 % de la capitalisation boursière d'une place comme celle de New York, ce qui est loin d'être négligeable. Mais les choses ne s'arrêtent pas là, car les investisseurs institutionnels classiques, comme les fonds de pension, souscrivent désormais à leur tour à certains critères éthiques et pèsent ainsi du poids des fonds gigantesques dont ils ont la gestion sur la politique des entreprises où ils détiennent des participations substantielles. C'est ainsi que le célèbre fonds américain Calpers, qui gère les fonds de retraite des agents publics californiens, a décidé de ne plus investir dans les entreprises ayant des activités dans certains pays qui ne respectent pas les droits sociaux fondamentaux posés dans la Déclaration de l'OIT. Les grandes banques d'affaires internationales se sont en outre accordées sur certaines normes de conduite en matière d'investissement notamment dans le domaine des industries extractives²⁶. Ces banques et le secteur financier dans son ensemble constituent en réalité un maillon stratégique dans la chaîne de la responsabilité sociale dans la mesure où, si l'on parvient à les convaincre d'adhérer et de mettre en place des normes sérieuses en la matière, on dispose d'un levier considérable sur la plupart des entreprises qui sont dépendantes, pour leur développement, du marché des capitaux.

En outre, ces investisseurs sélectifs usent de plus en plus des droits de vote attachés à leurs titres pour peser sur les politiques de l'entreprise et l'encourager sur les chemins de la responsabilité sociale. Une stratégie spécifique, appliquée par certaines organisations de la société civile, consiste à cet égard à acquérir des actions de sociétés dont elles souhaitent surveiller l'activité et infléchir la politique éthique, sociale ou environnementale. Cette forme d'entrisme, appelée activisme actionnarial, est aujourd'hui couramment pratiquée, en particulier dans les pays anglo-saxons. Elle permet aux activistes d'obtenir des informations supplémentaires et d'avoir accès à l'assemblée générale de la société, d'y interroger publiquement le management sur la politique de l'entreprise ou sur tel ou tel problème particulier et de proposer, le cas échéant, des résolutions qui visent à faire évoluer la direction de l'entreprise, notamment d'intégrer certaines préoccupations éthiques, sociales et environnementales dans le processus de décision. Isolé, l'actionnaire activiste ne pèserait sans doute pas lourd, mais il tentera d'utiliser la publicité et la notoriété de la compagnie pour intéresser les médias et par répercussion les

26. X. DIEUX et F. VINCKE, « La responsabilité sociale des entreprises, leurre ou promesse ? », *Revue de droit des affaires internationales – International Business Law*, 2005, pp. 13-34, spéc. p. 25 et s.

Stratégies de responsabilisation des entreprises à l...

marchés ou encore convaincre ou faire pression sur les autres actionnaires pour qu'ils soutiennent par leur vote le combat de l'association. Greenpeace a ainsi acquis 500.000 actions de la Shell, pour un montant de 250.000 euros, afin d'acquérir le droit de proposer des résolutions aux autres actionnaires, notamment dans le but d'obtenir de la société la décision qu'elle investisse dans une gigantesque usine destinée à produire des panneaux solaires²⁷.

Ce qui frappe dans ce rapide survol des acteurs intéressés à la surveillance des entreprises, c'est le processus de contamination et de prolifération de la responsabilité sociale qui caractérise la dynamique du phénomène et détermine son développement. L'entreprise qui souscrit un code de conduite est mise en situation de se transformer à son tour en promoteur de la responsabilité sociale en imposant ou en incitant des engagements similaires non seulement à ses filiales, aux autres sociétés de son groupe ou de son réseau, mais aussi aux entreprises dans lesquelles elle investit ou prête des capitaux, ainsi qu'à ses fournisseurs, voire même parfois à ses clients. Cet effet boule de neige ou nouvelle application de la théorie des dominos explique pourquoi, malgré son caractère volontaire et informel, la responsabilité sociale tend à se diffuser et à partir d'un certain seuil, qui semble aujourd'hui atteint ou proche, à se généraliser auprès de l'ensemble des acteurs économiques, même si certains, à cause de leur marque, de leur notoriété ou du secteur où ils sont actifs, sont plus exposés que d'autres au regard et au jugement du public. Il faut également faire la part d'une logique d'imitation : on peut parler jusqu'à certain point d'un effet de mode, qui conduit les entreprises à adopter un code de conduite ou à affirmer une responsabilité sociale parce que c'est « ce qu'il faut faire », ce qu'il est convenable d'afficher au regard de ses partenaires, de ses concurrents et plus généralement de toutes les personnes avec lesquelles l'entreprise est en relation. On ne doit pas mésestimer l'importance d'un tel mimétisme dès lors qu'il participe pleinement de cette logique de contrôle social dont nous avons dit qu'elle est au centre de l'éthique en général et de l'éthique des affaires en particulier.

2. Les instruments du contrôle

Les deux champs d'action principaux de la responsabilité sociale que sont le marché des produits et services et le marché des capitaux donnent lieu à la création d'instruments spécifiques, mais qui remplissent des fonctions comparables. Ils visent en substance à la diffusion, à la lisibilité, à l'évaluation et à la certification des infor-

27. Le projet de Greenpeace s'appuie sur un rapport établi à sa demande par la firme d'audit KPMG, qui prédit à terme un retour sur investissement de 15 %, et des initiatives comparables ont été prises à l'égard d'autres groupes pétroliers comme BP.

Benoit Frydman

mations relatives aux pratiques des entreprises dans les différents domaines qui relèvent de la responsabilité sociale au sens large. On doit toutefois constater une organisation plus avancée au niveau des marchés financiers qui peuvent étendre et adapter à la responsabilité sociale les procédures de traitement et d'évaluation qui ont fait leur preuve dans le domaine de l'information financière et comptable.

Le premier objectif des dispositifs de contrôle qui s'organisent consiste à obtenir des entreprises qu'elles publient, de manière régulière, un maximum d'informations pertinentes permettant d'apprécier l'exercice de leurs responsabilités sociales. De ce point de vue, la publication d'un code de conduite, par lequel l'entreprise s'engage à ou formule l'intention de respecter tel ou tel principe ou norme environnementale, sociale ou éthique, constitue une étape initiale, une sorte de « droit d'entrée » dans le club des entreprises responsables, mais n'est pas suffisante pour combler les attentes des marchés. Ceux-ci se montrent en effet soucieux de connaître, au-delà des intentions, les performances réelles des entreprises dans ces domaines, les progrès réalisés et les mesures concrètes mises en œuvre pour avancer dans la réalisation des objectifs (souvent ambitieux) annoncés dans les codes de conduite. Ces informations sont délivrées par les entreprises dans des rapports dits non financiers, qui viennent compléter, sur un rythme trimestriel ou annuel, la publication des comptes, des résultats et des autres informations financières. La pratique de ces rapports non financiers est aujourd'hui quasi générale en tout les cas en ce qui concerne les sociétés cotées²⁸.

Cette information non financière se révèle toutefois particulièrement difficile à gérer. D'abord, en raison de la masse gigantesque de rapports publiés (certains sites Internet recensent plusieurs millions de rapports !) et donc d'informations produites ; ensuite, en raison de la variété des modes de publication et de communication et du style de ces rapports qui s'étendent souvent longuement et complaisamment sur des informations vagues, disparates, présentées selon des logiques variables et changeantes. Cette masse énorme de données confuses et sujettes à caution crée naturellement un espace pour l'intervention d'intermédiaires, dont la fonction consistera à rendre ces informations utilisables pour leurs destinataires. Ces intermédiaires sont d'ores et déjà à pied d'œuvre et l'on peut porter à leur actif plusieurs réalisations et initiatives d'importance. Une première étape, préalable au traitement de l'information proprement dit, consistera à inciter les entreprises à standardiser leurs publications non financières. Le Global Reporting Initiative (GRI)²⁹ constitue à cet égard l'initiative la plus remarquable. Fruit de la collaboration entre des représentants

28. 80 % des entreprises cotées à l'indice FTSE de Londres publient ainsi régulièrement des rapports non financiers.

29. Voy. infra ch. 5, p. ...

Stratégies de responsabilisation des entreprises à l...

de l'entreprise, des spécialistes de la comptabilité, des investisseurs, de la société civile et des chercheurs, cette initiative, gérée désormais par un organisme privé, qui propose des normes de rapportage en matière de développement durable, connaît un succès croissant et tend à s'imposer comme standard tant auprès du secteur privé que d'organismes publics nationaux et internationaux. Il est probable qu'à terme de telles normes techniques se généraliseront au titre de standards internationaux, à l'égal de ce qui se produit dans le domaine voisin des normes comptables. La standardisation des rapports non financiers est en outre complétée par la formalisation et la standardisation des engagements et des normes volontairement souscrites par les entreprises, qui sont favorisées par la rédaction publique ou privée de codes types, de standards uniformes ou encore de normes techniques de type ISO, qui permettent d'identifier et de généraliser les bonnes pratiques.

La standardisation des engagements et des rapports non financiers facilite, dans une étape ultérieure, la certification de ces informations. A l'instar de ce qui est établi depuis longtemps pour ce qui concerne les comptes des entreprises et les rapports financiers, le marché et/ou la réglementation exigent de plus en plus souvent que l'information non financière soit déclarée fidèle, exacte et complète par le moyen d'une procédure d'audit externe à l'entreprise. Cette activité d'audit représente un marché lucratif (puisque les auditeurs sont payés par les entreprises), en plein développement et à terme considérable, que se disputent les firmes d'audit et certaines ONG. Les professionnels de l'audit, dont la certification est le core business, n'ont pas toujours la compétence ou l'expérience nécessaire pour apprécier certaines données techniques en matière d'environnement par exemple ou dans le domaine des droits de l'homme, et instruits par certaines expériences récentes, peuvent craindre d'engager imprudemment leur réputation et leur responsabilité par une certification un peu rapide ou légère. Quant aux ONG, si leur culture les avait davantage habituées à surveiller les entreprises avec les moyens du bord, de manière sauvage, souvent à l'insu ou contre la volonté de celles-ci, on constate une plus grande professionnalisation et une systématisation du « monitoring externe », ainsi que la multiplication des partenariats entre certaines entreprises et des associations auxquelles est confié le soin de vérifier sur le terrain les performances et les pratiques des entreprises dans les domaines qui intéressent leur objet. Une certaine spécialisation des tâches s'effectuera peut-être entre la certification des rapports, qui est davantage de la compétence des firmes d'audit, et la surveillance des mesures d'application sur le terrain, qui relève plutôt d'une mission d'inspection pouvant être remplie soit par des organisations non gouvernementales présentes sur le terrain, soit le cas échéant par des fonctionnaires publics nationaux ou internationaux³⁰.

30. Les normes ONU précitées sur les responsabilités des entreprises transnationales en matière de droits de l'homme prévoient ainsi de manière explicite, en leur article

Benoit Frydman

La standardisation de l'information non financière présente en outre le mérite important de favoriser la comparaison des engagements et des performances des entreprises et par voie de conséquence le classement de celles-ci par référence aux objectifs de la responsabilité sociale ou du développement durable. Elle autorise la mise au point d'indicateurs et ouvre la voie au rating, c'est-à-dire à la notation des entreprises, ce qui permet ensuite d'opérer la sélection des « meilleures », notamment en vue de leur inclusion dans un fonds éthique, de la distribution de prix d'excellence (dont les entreprises se montrent particulièrement friandes), ou encore d'une évaluation dans le temps de l'amélioration ou de la dégradation des performances. On peut bien entendu émettre les réserves habituelles quant au caractère artificiel ou subjectif du chiffrage de ces données non financières, mais il n'en demeure pas moins que cette pratique qui se généralise (bien au-delà du développement durable) augmente spectaculairement la lisibilité des informations et favorise la mise en concurrence des entreprises, qui rivalisent dès lors pour améliorer leurs résultats³¹.

On en arrive ainsi au stade suivant de la labellisation des produits et des services. Les labels ont un impact décisif, sur le plan de l'information, dans la mesure où ils permettent idéalement à leurs destinataires d'identifier clairement les produits qui répondent effectivement à leurs attentes. La situation actuelle contraint cependant à tempérer quelque peu les optimismes. En effet, la multiplication des labels « bio », « éco », sociaux ou éthiques brouille les cartes et ajoute souvent à la confusion qu'ils sont censés dissiper. Les enquêtes montrent que les clients reconnaissent mal ces labels³², dont le degré de sérieux et d'exigence varie considérablement, allant de la simple opération de marketing sans contenu montée par une entreprise pro domo à de véritables initiatives indépendantes, fondées sur un réel contrôle. Il en va de même dans le champ de l'investissement responsable, quant aux critères des fonds éthiques ou des indices qui admettent des valeurs en fonction de critères qui leur sont propres. Il n'en reste pas moins que certains labels comme Max Havelaar pour le commerce équitable s'imposent progressivement et jouissent d'une notoriété et d'un indice de confiance croissant auprès du public intéressé.

Ces labels exercent à leur tour une action en retour sur les étapes précédentes dans la chaîne du traitement de l'information, dans la

16, des « contrôles et vérifications périodiques, par des mécanismes des Nations Unies ou d'autres mécanismes nationaux et internationaux existants ou à créer, portant sur l'application des Normes. » Elles précisent que ce contrôle « prend en compte l'apport des parties intéressées (y compris des organisations non gouvernementales), ainsi que par conséquent, les plaintes déposées pour violation des Normes. »

31. Voyez à cet égard le succès et les effets des classements qui mesurent les performances respectives, souvent non marchandes et non financières, des Universités.

32. Voy. l'enquête réalisée sur ce thème par le magazine *Test Achats* (n°486, avril 2005).

Stratégies de responsabilisation des entreprises à l...

mesure où l'octroi d'un label sera souvent conditionné par le respect d'un ensemble de contraintes parmi lesquelles figureront normalement l'adhésion à la charte du label ou à un code de conduite, mais aussi le plus souvent des engagements complémentaires en matière de rapportage, certification et la soumission volontaire à des procédures de contrôle ou d'audit. Ainsi, on peut constater que si les initiatives de la société civile, entendue au sens large, en matière de contrôle et de surveillance des entreprises pullulent de manière d'abord anarchique, la sélection par la demande des instruments les plus lisibles ou les plus utiles et le caractère complémentaire de ceux-ci peuvent conduire à la mise en place de dispositifs dont la cohérence s'ébauche progressivement sur le tas et qui tendent potentiellement à « faire système »³³.

D. De la responsabilité sociale à la responsabilité juridique : l'intervention des pouvoirs publics et du juge

Dans ce concert un peu cacophonique où la société civile tente de composer, en même temps qu'elle la joue, la partition d'une nouvelle morale concrète à l'usage des acteurs économiques, assortie de ses propres dispositifs de validation, les pouvoirs publics trouvent-ils encore leur place ? Sans doute, mais à la condition de bien intégrer le nouveau cadre dans lequel s'inscrivent leurs actions et de renoncer, au moins provisoirement, à l'ambition souveraine de jouer les chefs d'orchestre³⁴. Les pouvoirs publics à tous les échelons, nationaux, locaux et internationaux, ne se privent pas d'ailleurs d'intervenir et multiplient ces derniers temps les initiatives sur le terrain de la responsabilité sociale et du développement durable. Mais ces interventions se veulent modestes ; elles prennent le plus souvent, pour ne pas dire toujours, des formes ponctuelles, qui contribuent à la dynamique d'ensemble, en tentant de lui imprimer des coups de pouce efficaces.

1. Les initiatives des autorités publiques

Les autorités publiques sont d'abord susceptibles d'intervenir dans le domaine de la responsabilité sociale en tant qu'acteurs sur le marché. Elles sont, en effet, à la fois de gros clients des entreprises et des investisseurs. C'est ainsi que les pouvoirs publics, en ce compris les pouvoirs locaux comme les communes ou les régions, peuvent promouvoir le développement durable, les droits sociaux ou les droits de l'homme en insérant dans les cahiers des charges des marchés

33. Sur la notion de système de corégulation, voy. infra ch. 5, p. ...

34. Dans le même sens, mais avec une portée plus générale : U. BECK, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, coll. « Champs-Flammarion », Flammarion, Paris, 2003, p. 29 et s.

Benoit Frydman

publics des clauses qui obligent les entreprises soumissionnaires à prendre et à respecter certains engagements, non seulement pour la réalisation du marché en cause, mais plus largement dans l'ensemble de leurs opérations locales, nationales ou à l'étranger. Il s'agit là d'un moyen de pression qui peut inciter certaines entreprises, partenaires réguliers des pouvoirs publics, à montrer patte blanche. En outre, les pouvoirs publics sont également des investisseurs qui peuvent prendre en compte des critères éthiques. En particulier, les institutions financières internationales, comme le FMI, la Banque mondiale ou les Banques régionales de développement comme la BERD gèrent des capitaux considérables et interviennent comme partenaires financiers indispensables dans de nombreuses opérations. Une pression croissante s'exerce ainsi sur la Banque mondiale, notamment pour que celle-ci conditionne ses interventions au respect des droits de l'homme dans les opérations publiques ou privées qui sollicitent son concours³⁵. Au niveau interne également, des voix s'élèvent pour que des organismes, comme l'Office du ducroire en Belgique, qui assure les crédits finançant des opérations commerciales d'entreprises belges à l'exportation, soient davantage attentifs aux implications des projets qu'ils soutiennent sur l'environnement et les droits de l'homme³⁶. Enfin, les pouvoirs publics contrôlent directement en totalité ou en partie les entreprises publiques et mixtes, dont on peut attendre qu'elles montrent l'exemple en matière de responsabilité sociale et de développement durable.

Mais les pouvoirs publics sont également en situation d'intervenir en tant qu'autorité réglementaire ou régulatrice des entreprises et des marchés. Les initiatives prises jusqu'à présent en la matière n'ont pas été jusqu'à contrôler de manière effective et contraignante les opérations menées par les entreprises nationales à l'étranger sous le chapitre du respect des droits sociaux, environnementaux, ou des droits de l'homme en général. Si le Parlement européen a été animé de quelques velléités en ce sens³⁷, ces démarches n'ont guère été suivies d'effet, la Commission préférant en rester à une approche purement volontaire dans le chef des entreprises³⁸. Un tel contrôle des opéra-

35. Lire notamment l'article de L. BOISSON DE CHAZOURNES « Issues of Social Development : Integrating Human Rights into the Activities of the World Bank », in *Commerce mondial et droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 47 et s.

36. Un débat a été soulevé sur ce point au Parlement à l'occasion des discussions sur la réforme des statuts de l'Office du ducroire, qui évolue vers la privatisation.

37. Résolution votée en mai 2002 pour contraindre les entreprises à publier leurs résultats sociaux et environnementaux annuellement, rendre les administrateurs personnellement responsables des pratiques en la matière et affirmer la compétence européenne de contrôler l'activité des sociétés européennes dans les pays en développement. Voir référence exacte

38. Sur l'attitude de la Commission européenne, voyez sa récente communication au Parlement, au Conseil et au Comité économique et social européen : « 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 » de mars 2006.

Stratégies de responsabilisation des entreprises à l...

tions des entreprises nationales à l'étranger est d'ailleurs susceptible de poser des difficultés d'ordre politique et juridique dans la logique du système international, dans la mesure où il revient en réalité à prétendre exercer une juridiction extraterritoriale dans des domaines qui relèvent classiquement des lois de police et donc normalement des autorités locales, c'est-à-dire de l'Etat d'accueil. Une telle prétention est susceptible de poser des problèmes diplomatiques et expose les Etats occidentaux qui en prendraient l'initiative à l'accusation d'impérialisme déguisé, en tentant ainsi d'imposer leurs propres valeurs et règles, par le biais de « leurs » entreprises à des régions du monde sous le contrôle d'autres Etats dits souverains. En outre, dans le contexte de dérégulation compétitive que nous avons décrit, un tel contrôle peut décourager certaines entreprises, en particulier certains groupes transnationaux, de placer ou conserver leur siège dans les Etats ou les zones qui imposeraient un tel contrôle élargi.

Les Etats et les autorités publiques en général, en ce compris certaines organisations internationales très actives dans ces matières, privilégient dès lors des interventions plus discrètes qui contribuent au développement et à l'efficacité des dispositifs de contrôle des entreprises mis en place à l'initiative des marchés et plus largement de la société civile. On peut relever des interventions publiques à tous les stades des dispositifs de publication et de traitement de l'information qui ont été décrits précédemment. C'est ainsi que la loi française sur les nouvelles régulations économiques et d'autres législations comparables, notamment aux Pays-Bas et en Angleterre, imposent désormais la publication par les entreprises cotées de rapports non financiers³⁹. Il est ainsi exigé des entreprises qu'elles indiquent clairement si elles développent une politique de responsabilité sociale et de développement durable et, dans l'affirmative, d'en exposer le contenu et les modalités. Cette contrainte réglementaire, qui vient conforter une pratique déjà très largement implantée, est néanmoins de nature à produire des effets juridiques non négligeables, dans la mesure où l'entreprise qui néglige de fournir les informations requises ou qui fournit des informations inexactes, peut s'exposer à des sanctions, notamment pénales, prévues de longue date par les lois sur la publication des comptes des entreprises. D'autres initiatives, comme les Sentencing guidelines aux Etats-Unis⁴⁰, sans contraindre les entreprises à la publication d'informations non financières, les incitent néanmoins à agir de la sorte, en préconisant notamment d'adoucir les sanctions éventuelles qui frappent une entreprise lorsque celle-ci avait préalablement souscrit des engagements et joué la transparence en matière de corporate governance ou de corporate social responsibility.

39. Voy. infra ch. 5, p.

40. Voy. infra, ch. 5, p.

Benoit Frydman

Ces obligations élargies et juridiquement sanctionnées en matière de rapportage encouragent également le mouvement de standardisation, de certification et plus largement de professionnalisation du traitement de l'information non financière. Les Etats interviennent en outre dans la lisibilité de l'information notamment en créant ou en soutenant des labels. La Belgique a pris ainsi une initiative originale en créant un label social belge, qui est un label public, mais géré par une association privée sans but lucratif⁴¹. Les pouvoirs publics régionaux et internationaux contribuent également au développement d'indicateurs permettant de mesurer de manière fiable des effets de la RSE⁴². Les organisations internationales mettent en outre leur « logo » et donc leur réputation et leur notoriété au service de certaines initiatives en matière sociale, environnementale ou de droits de l'homme. C'est le cas de l'UNICEF et aussi, dans une certaine mesure et dans certaines limites, de l'ONU elle-même à la faveur du Global Compact⁴³. Le fait pour les entreprises qui adhèrent à ce pacte de voir leur nom repris sur le site officiel de l'ONU et de pouvoir se prévaloir d'un partenariat avec l'organisation universelle constitue à l'évidence une perspective alléchante pour les entreprises qui souhaitent doré ou redorer leur blason et donc un incitant d'autant plus puissant à l'adhésion que les contraintes, expressément non juridiques, du Pacte sont très faibles. Sans aller jusqu'à créer des labels publics ou à servir eux-mêmes de labels, les pouvoirs publics peuvent encore soutenir les initiatives de ce type et les contrôler par exemple en soumettant les labels privés à un agrément ou en instituant une autorité indépendante de contrôle⁴⁴.

Une autre technique encore d'intervention des pouvoirs publics consiste à mieux armer juridiquement les parties prenantes actives dans le domaine de la responsabilité sociale en les munissant de nouveaux droits ou de moyens d'action supplémentaires. Le droit accordé depuis quelque temps déjà aux associations qui ont pour objet la défense de l'environnement et des droits de l'homme d'agir en justice pour la sauvegarde de leur objet social, participe incontestablement de cette logique « d'empowerment » et a montré à plusieurs reprises son efficacité⁴⁵. D'autres mesures sont également envisageables. Ainsi, en

41. Voy. infra, ch. 5, p. ...

42. La Commission européenne a par exemple lancé un projet pilote conjointement avec l'OIT « pour l'élaboration d'indicateurs sur le commerce et le travail décent dans les pays en développement » (Communication précitée de la Commission sur la RSE en mars 2006, p. 8).

43. Sur les conditions d'utilisation du nom et du logo du Global Compact, ainsi que du logo de l'ONU, voy. sur le site du Global Compact le document « Policy On the Use of the Global Compact Name and Logos » du 9 mars 2005, mis à jour le 13 février 2006.

44. Voyez par exemple l'initiative du ministre français des PME, du commerce, de l'artisanat et de la consommation, qui envisage l'instauration d'une procédure d'agrément des entreprises en matière de commerce équitable (« La France va se doter d'une norme pour le commerce équitable » in *Le Monde*, 2 mai 2005).

45. On peut citer à cet égard, dans le domaine voisin de la corégulation de l'Internet et plus spécifiquement de la lutte contre les discours racistes et de haine sur le réseau, le

Stratégies de responsabilisation des entreprises à l...

matière de gouvernement d'entreprise (corporate governance), le plan d'action de l'Union européenne prévoit dans un futur proche de munir les actionnaires minoritaires d'un droit d'investigation spéciale, lequel pourrait bien entendu être mis à profit par ceux qui pratiquent l'activisme actionnarial pour obtenir davantage d'informations de la part des sociétés quant à leurs pratiques et leurs opérations⁴⁶. Une autre mesure particulièrement intéressante a été insérée dans la directive européenne sur les pratiques du commerce, qui stipule que l'entreprise qui publie un code de conduite et qui ne respecte pas celui-ci commet, dans certaines conditions, un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale, qui peut être sanctionné par les moyens juridiques classiques (soit l'action en cessation et l'action en responsabilité)⁴⁷. Cette disposition est particulièrement ingénieuse dans la mesure où, sans imposer aux entreprises d'obligations légales supplémentaires, mais en les prenant au mot, elle transforme la nature juridique des codes de conduite, de simples déclarations d'intention à des actes unilatéraux obligatoires pour l'entreprise, créant de véritables droits dans le chef des consommateurs. Nous avons d'ailleurs récemment proposé qu'une disposition analogue sanctionne, par la responsabilité conjointe des administrateurs, la violation des codes de corporate governance souscrits par les entreprises⁴⁸.

rôle décisif joué par deux associations françaises loi de 1901, l'UEJF et le MRAP, dans la célèbre affaire qui les a opposées au géant Yahoo ! devant les juridictions françaises et américaines, non sans un certain succès.

46. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne » du 21 mai 2003, COM. (2003) 284, qui développe un plan d'action de la Commission en matière de gouvernance d'entreprise. Ce plan prévoit notamment, à l'horizon 2006-2008, d'introduire en droit des sociétés « un droit d'investigation spéciale, en vertu duquel les actionnaires représentant une fraction donnée du capital-actions auraient le droit de demander à une autorité judiciaire ou administrative d'autoriser une investigation spéciale dans les affaires de la société » (p. 19).

47. Directive 25/29 CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, *Journal officiel de l'Union européenne*, L. 149/22, 11 juin 2005, dont l'article 6.2 prévoit : « Une pratique commerciale est également réputée trompeuse lorsque [...] elle implique b) le non-respect par le professionnel d'obligations contenues dans un code de conduite par lequel il s'est engagé à être lié dès lors que i) ces engagements ne sont pas de simples aspirations, mais sont fermes et vérifiables et ii) que le professionnel indique, dans le cadre d'une pratique commerciale, qu'il est lié par le code ».

48. Voyez mon exposé devant la Commission chargée des problèmes de droit commercial et économique de la Chambre des représentants le 26 avril 2005 dans le cadre des auditions sur les propositions de résolutions du 5 octobre 2004 et du 16 mars 2005 relatives au Code de gouvernance d'entreprise (D.P., Ch., S.O. 2004-2005, n°51 1824/001, p. 130).

Benoit Frydman

2. L'intervention des juges

Mais les parties civiles n'ont pas toujours attendu de telles réformes législatives ou réglementaires et se sont, en plusieurs occasions, adressées directement aux cours et tribunaux pour tenter de faire sanctionner les entreprises qui violent les dispositions, a priori dénuées de portée juridique, formulées dans leurs codes de conduite. L'affaire Nike constitue à cet égard un précédent particulièrement intéressant. La marque à la virgule ne fabrique pas elle-même, on le sait, ses célèbres chaussures, mais s'adresse à des sous-traitants principalement en Chine, au Vietnam et en Indonésie. En 1993, dans le cadre d'une politique de responsabilité sociale, Nike fit signer à ses sous-traitants à travers le monde un « memorandum of understanding », sorte de gentlemen's agreement contenant des dispositions ambitieuses sur le plan social : interdiction du travail des enfants, respect des règles locales en matière de salaire minimum, mais aussi horaire hebdomadaire maximum, vacances et assurance sociale obligatoire, conditions de travail décentes, etc. Certains doutes persistants ayant été émis quant au respect effectif de ces engagements sur le terrain, la firme d'accessoires de sport fit appel à Andrew Young, ex-ambassadeur des États-Unis aux Nations Unies, et confia à sa firme d'audit une mission indépendante d'évaluation, qui se conclut par un rapport certifiant l'absence d'indices d'abus généralisé ou de mauvais traitements des travailleurs. Ce rapport fut toutefois contredit par plusieurs autres informations provenant de diverses sources plus ou moins autorisées, faisant état de conditions de travail désastreuses : la grande majorité des travailleurs souffrait de problèmes respiratoires sérieux, certains sous-traitants recourraient massivement à des enfants de moins de seize ans et imposaient des journées de travail harassantes de onze à douze heures, avec heures supplémentaires obligatoires et sans respecter les salaires minima légaux. Sur la foi du rapport Young, Nike contre-attaqua cependant en rejetant les critiques et en vantant les dispositions de son code de conduite. Cette campagne valut à la firme d'être assignée par un activiste californien, M. Kasky, pour publicité mensongère de nature à induire le public en erreur sur la nature du produit vendu (misrepresentation). A l'issue d'une bataille juridique qui monta jusqu'à la Cour suprême de Californie, Kasky vit reconnaître, en 2003, par une décision serrée, la recevabilité de son action et obtint le droit de prouver les manquements allégués de Nike⁴⁹. Cette décision est particulièrement intéressante dans la mesure où, pour la première fois à notre connaissance, la justice reconnaissait que les conditions sociales dans lesquelles un produit est fabriqué peuvent constituer un élément essentiel du contrat de vente, ce qui revient à reconnaître juridiquement les préoccupations des consommateurs qui s'expriment dans le cadre du commerce équitable. L'affaire se solda finalement par une transaction aux termes de laquelle Nike,

49. Nike Inc. v. Kasky, 539 U.S. 654 (2003).

Stratégies de responsabilisation des entreprises à l...

sans reconnaître expressément sa responsabilité, s'engageait à verser la somme de 1,5 million de dollars à l'association Fair Labour pour financer des campagnes de surveillance indépendante. Au-delà de ce règlement amiable, l'affaire dont les médias s'emparèrent écorna sérieusement la réputation « cool » de Nike et pesa de manière importante et assez durable sur ses résultats.

Cette affaire, dans laquelle une entreprise se voit rattrapée judiciairement par une politique volontaire de responsabilité sociale conçue initialement en dehors ou en-deçà du droit, n'est pas isolée, mais semble ouvrir une voie dans laquelle les militants des ONG, mais aussi les travailleurs ne vont pas hésiter à s'engouffrer. Ainsi, une action en justice collective (class action) a été récemment introduite, à nouveau devant les juridictions californiennes, pour le compte de travailleurs employés par des sous-traitants du géant américain du textile et du jouet Wal-Mart, établis en Chine, en Indonésie, au Bangladesh, au Swaziland et au Nicaragua⁵⁰. Les plaignants invoquent des conditions de travail désastreuses, en particulier des salaires en dessous des minima légaux locaux, des heures supplémentaires obligatoires non payées, ainsi que des coups et mauvais traitements par leurs surveillants. Ils reprochent à Wal-Mart de n'avoir pas contrôlé les conditions de travail chez ses sous-traitants, en violation des dispositions du code de conduite⁵¹ imposé par la multinationale à ceux-ci. Sur le plan juridique, les travailleurs exploités dans ces « sweatshops » prétendent être les tiers bénéficiaires de l'accord conclu entre leurs employeurs et Wal-Mart, qu'ils analysent comme incluant une forme de stipulation pour autrui et donc créant des obligations directes dans le chef de la multinationale au profit des personnes employées par ses sous-traitants. Enfin, des travailleurs californiens, employés par des concurrents de Wal-Mart, se sont joints à l'action. Ils reprochent à la firme ce qu'ils qualifient de pratiques commerciales déloyales, lesquelles auraient contribué à une baisse de leurs salaires. On ne connaît pas encore le sort qui sera réservé à cette action judiciaire.

Ainsi, les codes de conduite, conçus à l'origine comme des « gentlemen's agreements », des instruments dépourvus de portée juridique obligatoire et relevant tout au plus de la « soft law » risquent d'être rattrapés par le droit par le biais de diverses dispositions empruntées au droit des obligations et au droit commercial. Les entreprises et surtout leurs conseils juridiques semblent d'ailleurs aujourd'hui avoir pris la mesure des risques que ces déclarations de bonne intention font courir à leurs clients et incitent ceux-ci à plus de prudence et de circonspection dans les « engagements » qu'ils souscrivent au titre de leur responsabilité morale ou sociale.

50. Jane Doe I et al. vs Wal-Mart et al., complaint filed in the Superior Court of the State of California (County of Los Angeles, Central District), September 2005.

51. « Wal-Mart's Standards for Suppliers Agreement ».

Benoit Frydman

On voit donc que, même en l'absence de statut juridique clair, les acteurs de la société civile n'hésitent pas à saisir les tribunaux en cas de violation par l'entreprise de sa responsabilité sociale et que les tribunaux ne leur réservent pas nécessairement un mauvais accueil. C'est vrai non seulement en cas de violation par l'entreprise des engagements unilatéraux ou conventionnels qu'elle aurait imprudemment contractés, mais également, indépendamment de tout acte volontaire et en dépit du statut décevant de l'entreprise en droit international, lorsqu'il est reproché à l'entreprise une violation directe ou indirecte des droits de l'homme. Les forums judiciaires nationaux semblent pouvoir offrir dans certains cas, à vrai dire de plus en plus nombreux, à ceux qui luttent pour le respect des droits de l'homme par l'entreprise, non seulement un lieu d'écoute accueillant et une tribune médiatique, mais également peut-être des moyens juridiques de nature à dissuader les entreprises de violer les droits de l'homme dans le monde ou à tout le moins de réparer leurs manquements.

L'affaire Total-Unocal au Myanmar (ex-Birmanie) illustre de manière spectaculaire le rôle d'adjuvant ou de catalyseur que certaines juridictions nationales pourraient être amenées à assumer dans le grand imbroglio de la responsabilité des entreprises. Il s'agit d'une affaire particulièrement grave mettant en cause le géant énergétique français et son homologue californien Unocal. Ces deux entreprises se sont associées avec une firme birmane, contrôlée par la junte militaire au pouvoir, en vue de la construction du gazoduc Yadana, destiné à relier les immenses gisements de gaz naturel découverts dans la Mer d'Andaman à la Thaïlande, en traversant le territoire du Myanmar sur une longueur d'environ 65 km. Le contrat d'association confiait au partenaire birman, c'est-à-dire en clair aux militaires, le soin d'assurer la sécurité de l'opération. Celle-ci tourna à la catastrophe humanitaire, les soldats de la junte se livrant au viol et au meurtre sur les populations locales, utilisant celles-ci comme travailleurs forcés ou pour explorer des champs de mines. En l'absence de tout recours possible, on s'en doute, auprès des pouvoirs locaux, des réfugiés birmans, soutenus par des ONG, ont attaqué les firmes Total et Unocal devant les juridictions américaine, française et belge. En Belgique, une constitution de partie civile, qui se fondait sur la loi de compétence universelle, fut finalement déclarée irrecevable par la Cour de cassation, au prix d'un nouvel épisode de la « guerre des juges » avec la Cour d'arbitrage⁵², la Cour de cassation⁵³ estimant, en contradiction avec un arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle⁵⁴, que les demandeurs d'asile birmans n'avaient pas qualité pour agir. En

52. Sur cette question : J. VAN COMPERNOLLE et M. VERDUSSEN, « La guerre des juges aura-t-elle lieu ? A propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage », *J.T.*, 2000, pp. 297-304.

53. Cass. 29 juin 2005 accueillant la requête en dessaisissement formée par le procureur général près la Cour.

54. Cour d'arbitrage n°68/2005 du 13 avril 2005.

Stratégies de responsabilisation des entreprises à l...

France également, une instruction a été ouverte contre Total à la suite d'une plainte avec constitution de partie civile déposée par plusieurs Birmans pour séquestration et plusieurs témoins ont été entendus par le juge. Total intervint volontairement à la procédure et tenta, avec le soutien du parquet, de mettre fin à la procédure, mais la Cour d'appel de Versailles autorisa la poursuite de l'instruction⁵⁵. Une transaction est intervenue en novembre 2005 au terme de laquelle les plaignants birmans ont accepté de se désister de leur plainte moyennant le paiement par Total d'une somme de 10.000 euros par plaignant et la constitution par la société pétrolière d'un fonds destiné soit à indemniser de futurs plaignants soit à contribuer aux œuvres sociales de Total dans la région. Si une telle transaction ne met pas techniquement fin à l'instruction ni n'empêche d'éventuelles poursuites, on ignore à l'heure actuelle le sort réservé à l'instruction en cours.

Mais c'est aux Etats-Unis que l'affaire a connu les développements judiciaires les plus intéressants dans le cadre d'une action dirigée contre Unocal, le partenaire américain dans l'opération Yadana. L'action, introduite ici aussi par des victimes birmanes, soutenues par un mouvement associatif, se fondait sur l'Alien Tort Claims Act, une législation très ancienne qui est de plus en plus souvent activée par des ressortissants étrangers pour tenter d'obtenir des réparations civiles (dommages-intérêts) à l'encontre de personnes ayant perpétré des violations des droits de l'homme en dehors du territoire des États-Unis, mais qui disposent d'actifs sur le sol américain⁵⁶. Une chambre de la Cour d'appel fédérale de Californie décida que les juridictions américaines étaient en l'espèce compétentes pour examiner le bien-fondé des accusations largement étayées contre Unocal et que les plaignants disposaient d'une cause d'action valable⁵⁷. La Cour estime notamment que si les violations du droit international concernent normalement les Etats, certains crimes particulièrement graves sont susceptibles d'engager la responsabilité d'acteurs privés, notamment les entreprises, soit directement soit à titre de complices. Tel est le cas notamment du génocide, des crimes de guerre, mais aussi des pratiques de travail forcé reprochées en l'espèce aux « partenaires » birmans des sociétés Total et Unocal. L'affaire se solda cependant ici aussi par un règlement amiable intervenant la veille du jour où la Cour d'appel « en banc » (c'est-à-dire toutes chambres réunies) devait revoir la décision défavorable à Unocal.

Actuellement, un grand nombre de recours sont pendants, dans le monde et notamment aux Etats-Unis, contre des entreprises accusées de violer les droits de l'homme ou de complicité. Toutefois, jusqu'à présent, aucune action n'a véritablement abouti, même si plusieurs

55. Arrêt n°36 du 11 janvier 2005 (inédit).

56. Sur l'A.T.C.A., voy. infra ch. 5, p. ...

57. Doe I v. Unocal Corp., 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002).

Benoit Frydman

se sont soldées par des transactions. Il est donc hasardeux de prédire l'évolution de la jurisprudence, qui inquiète cependant autant les entreprises, qui se sentent menacées, que certains États, qui craignent les conséquences notamment diplomatiques de cette forme d'ingérence judiciaire⁵⁸. Mais il est d'ores et déjà permis de constater que les victimes et les activistes de la société civile ont trouvé le chemin des tribunaux, qu'ils y sont accueillis et qu'ils savent s'y faire entendre. Dès lors, quelles que soient les limites actuelles et les incertitudes du droit international quant à la responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme, on peut raisonnablement escompter que tôt ou tard, et vraisemblablement dans une période rapprochée, il se trouvera des juges pour condamner les entreprises qui commettent des violations caractérisées ou qui s'en rendent complices notamment en collaborant étroitement avec des régimes odieux.

E. Penser la corégulation

Ainsi, le phénomène de la responsabilité sociale des entreprises, qui avait été conçu volontairement en dehors du droit, comme un engagement de nature d'abord morale, se voit finalement rattrapé par celui-ci, à l'intervention parfois de règles classiques, comme les principes de la responsabilité ou du droit des contrats, ou de dispositifs plus innovants. Mais comment peut-on penser sur le plan juridique et évaluer ces mécanismes nouveaux, éparpillés et proliférants qui s'attachent à la responsabilisation des entreprises ? Une chose est certaine, le phénomène est impensable si l'on s'en tient aux concepts classiques de la souveraineté des États, de l'ordre juridique et de la pyramide des normes. Comme bon nombre de domaines qui touchent à la régulation globale dans la configuration contemporaine, la responsabilité sociale des entreprises traverse allègrement non seulement les frontières des États et des ordres juridiques, mais également les frontières conceptuelles, en mobilisant pêle-mêle des notions empruntées à diverses branches du droit et à des systèmes différents, et en les mélangeant, dans une sorte de bric-à-brac, à des institutions nouvelles, « *sui generis* » comme disent les juristes, ainsi qu'à des phénomènes que l'on croyait jusqu'à présent étrangers au droit. En cela, elle propose une énigme intéressante aux philosophes et aux théoriciens du droit et elle conduit chacun à adapter ou à réviser l'image qu'il se fait du droit.

Pour essayer de penser la dimension proprement juridique de la responsabilité sociale des entreprises, il faut sans doute s'affranchir des (mauvaises) habitudes que les juristes, en particulier continen-

58. Voyez notamment en Belgique les conséquences diplomatiques liées aux plaintes déposées contre certains dirigeants américains et israéliens dans le cadre de la mise en œuvre de la loi de compétence universelle et qui ont finalement conduit à la réduction drastique des compétences des juridictions belges en la matière.

Stratégies de responsabilisation des entreprises à l...

interdisent de considérer le droit autrement que sous la forme d'un système de normes, cohérent et ordonné⁵⁹, en même temps qu'elles les obligent à ne voir du droit digne de ce nom qu'élaboré et sanctionné à l'intervention des Etats⁶⁰. Les dispositifs de contrôle liés à la responsabilité sociale ont ceci de stimulant qu'ils bousculent sans ménagement ces dogmes de la pensée juridique moderne et qu'ils nous imposent, si l'on veut bien repartir des phénomènes et des pratiques telles qu'elles s'observent sur le terrain, de reconsidérer le droit à nouveaux frais et d'y poser un regard sinon entièrement neuf du moins stimulé par l'étonnement. Pour comprendre la dynamique de la responsabilité sociale, il faut renoncer, au moins provisoirement, à la perspective du « tout » ou à celle du « fondement », pour s'attacher plus modestement à étudier les différents éléments qui entrent en jeu (déclarations internationales ; incitations économiques ; éléments de droit financier et boursier et de droit des sociétés ou pratiques du commerce, règles de la responsabilité, du droit des contrats, de la procédure judiciaire, etc.) et considérer comment des éléments aussi hétéroclites, mais disponibles, sont agencés par les acteurs au gré des circonstances, en fonction d'objectifs pratiques, dans des constructions improbables, plus ou moins efficaces ou solides, qui s'apparentent à du bricolage intellectuel, au sens certes non péjoratif que Claude Lévi-Strauss donne à ce terme dans *La pensée sauvage*⁶¹.

Comme un bricoleur, qui prend ce qu'il a sous la main pour aménager une installation ou se fabriquer un outil qui lui permettra, espère-t-il, d'effectuer une réparation de fortune, les acteurs de la responsabilité sociale des entreprises font flèche de tout bois et se montrent moins regardants que les professeurs de droit sur le certificat d'origine des normes qu'ils incorporent à leurs échafaudages. Dans ce grand bricolage, les notions juridiques familières perdent, dans une certaine mesure, le sens et la portée qui leur est normalement conférée par la place qu'ils occupent au sein d'un ordre juridique déterminé. Les lois, les règlements, les procédures, les cours et tribunaux des différents fors deviennent autant d'éléments, de briques qui s'incorporent à la construction globale, y occupent des positions et assurent des fonctions parfois très éloignées des raisons pour lesquelles ils semblaient au départ avoir été conçus. Ainsi, même si on ne souhaite pas renoncer à une description systématique du droit, doit-on s'habituer à ne plus considérer celui-ci comme un ensemble prédéterminé, mais plutôt, à la manière des jeux de construction, comme une boîte contenant des éléments divers et qui se prêtent à de multiples agencements au

59. B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, coll. « Penser le droit », Bruylant, Bruxelles, 2005, spéc. ch. 5 « Le modèle géométrique », p. 225 et s.

60. Hans Kelsen exprime cette thèse de manière claire et radicale en affirmant l'identité du droit et de l'Etat, ainsi que l'unité du droit étatique et du droit international (*Théorie pure du droit*, L.G.D.J.-Bruylant, Paris-Bruxelles, spéc. p. 281 et s. et p. 318 et s.).

61. Cl. LEVI-STRAUSS, *La pensée sauvage*, coll. « Agora », Plon, Paris, 1962, p. 30 et s.

Benoit Frydman

gré du génie et de la fantaisie de leurs utilisateurs. D'autant que, dans le grand jeu global, on n'hésite plus à mélanger les boîtes et à placer dans la même construction des éléments qui ressortissent à plusieurs ordres juridiques différents. Ces ordres dont on ne pouvait autrefois, dans les querelles du monisme ou du dualisme, penser les relations qu'en termes d'extériorité ou d'intériorité, de coordination et de subordination, les voilà débordés par des constructions qui n'hésitent pas à puiser dans leurs matériaux sans pour autant en suivre le plan d'ensemble ni se soumettre aux instructions de montage. Certaines organisations internationales ou régionales et certains Etats ont d'ailleurs assez clairement compris les nouvelles règles du jeu et restructurent leurs activités normatives, comme on vient de le voir, en mettant à la disposition des acteurs de nouvelles briques qui permettront des réalisations toujours plus audacieuses et imprévisibles.

Ce phénomène modulaire n'est pas propre au domaine de la responsabilité sociale, mais se rencontre dans la plupart des questions qui touchent à la régulation globale comme le droit de l'environnement (on pense notamment aux mécanismes liés au système des droits de pollution négociables), le droit commercial et financier international, les dispositifs de lutte contre la corruption et le blanchiment ou encore le droit des réseaux globaux de communication⁶². C'est dans ce dernier domaine, et en particulier dans la régulation du réseau Internet, que s'est progressivement imposé le terme de « corégulation » pour désigner un nouveau modèle normatif. Utilisé d'abord par la législation australienne et le Conseil d'Etat français, le terme « corégulation » a été largement repris notamment par l'Union européenne, qui en a désormais étendu l'usage, ainsi que la doctrine, pour lui conférer une portée générale⁶³. Le mot « corégulation » risque cependant d'induire le lecteur francophone en erreur. Il ne faut pas ici s'imaginer trop vite une instance formelle de concertation ou un lieu d'élaboration de la norme qui associerait, selon une composition représentative fixée au préalable, les autorités publiques et des acteurs privés représentant les divers groupes d'intérêts concernés. Si de telles initiatives existent et se multiplient effectivement, la corégulation n'implique pas nécessairement l'institution d'instances de concertation entre les différents acteurs concernés. Elle englobe aussi de manière beaucoup plus large des situations dans lesquelles, on l'a vu, différentes normes ou d'autres mécanismes, publics ou privés, s'agencent, se complètent (ou le cas échéant se contrecarrent), de manière concertée ou non, volontairement ou fortuitement, en sorte de produire des effets de régulation.

62. Pour une approche de la corégulation dans les domaines du droit de l'environnement (permis de polluer négociables) et du droit de l'internet (contrôle des contenus), voy. B. FRYDMAN, « Coregulation : A Possible Legal Model for Global Governance », in *About Globalisation* (Bart DE SCHUTTER éd.), Institute for European Studies, VUB Brussels University Press, 2004, p. 227 et s.

63. Voyez sur ce point L. SENDEN, « Soft Law, Self-regulation and Co-regulation in European Law. Where do they meet ? », *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 9.1., 2005, <http://www.ejcl.org>.

Stratégies de responsabilisation des entreprises à l...

Dans un sens plus étroit et technique, la corégulation désigne aussi plus spécifiquement une stratégie normative des pouvoirs publics, alternative à la réglementation classique, qui vise à susciter, conforter, coordonner ou compléter des régulations extérieures, généralement d'ordre privé.

La corégulation propose une représentation possible du droit global qui rompt avec la vision moderne du droit comme système ordonné de règles en même temps qu'elle subvertit la logique du droit international comme droit établi par le consensus des Etats souverains. La corégulation implique un jeu normatif beaucoup plus ouvert, non seulement quant aux joueurs admis à participer, mais aussi quant aux « coups » possibles. Dans l'environnement global, le droit ne désigne plus seulement, comme dans le modèle de la souveraineté, un cadre de référence qui détermine ce qui est permis ou interdit (sous peine de sanction), à l'intérieur duquel les interactions sociales sont censées se dérouler. Le droit devient lui-même un enjeu de luttes et un moyen d'action pour les joueurs, qui ne se contentent plus seulement de jouer des coups conformes ou non aux règles, mais tentent également de créer ou de modifier les règles à leur avantage ou pour faire progresser les objectifs dont ils poursuivent la réalisation⁶⁴.

Dans le cours de cette partie, chacun développe bien entendu sa propre stratégie, avec les cartes qu'il a en main. Les entreprises profitent de la mondialisation, comme on l'a vu, pour échapper aux règles qui leur déplaisent (opting out) ou choisir celles qui leur conviennent (forum shopping) ou bien elles prennent à leur propre compte l'élaboration des normes par le moyen de codes de conduite qu'elles établissent seules ou en liaison avec d'autres partenaires (autorégulation). Les organisations de la société civile poursuivent un autre agenda : elles ambitionnent d'imposer de manière universelle, au-delà ou en dépit des frontières des Etats, la traduction dans le droit et l'application dans les faits de certaines valeurs fondamentales de justice sociale, de protection de l'environnement et de respect des droits de l'homme et de la dignité humaine. Elles tentent, par des pratiques proches du lobbying, de favoriser l'émergence d'un droit global qu'elles appellent de leurs vœux, en même temps qu'elles assurent une mission de surveillance et de dénonciation auprès de l'opinion publique des violations (qu'elles soient commises par les Etats, les entreprises ou d'autres organisations), en utilisant à cette fin toutes les ressources disponibles de l'expertise, des médias et des forums judiciaires nationaux. Quant aux Etats, ils disposent eux aussi de plusieurs options sur le plan normatif. Soit, ils se satisfont des règles du jeu de la mondialisation néolibérale et adaptent leur ordre juridique aux exigences du marché global des droits nationaux. Soit,

64. Sur la différence entre jouer un coup et modifier une règle, voir bien évidemment la théorie des jeux de langage développée par L. Wittgenstein dans ses *Investigations philosophiques* (Gallimard, Paris, 1961).

Benoit Frydman

ils essaient de peser sur le droit mondial, ce qui suppose nécessairement qu'ils sortent de l'enclavement normatif auquel les réduit leur ancrage territorial. Il leur faut donc absolument réussir à donner une portée extraterritoriale à leurs normes, ce qu'ils peuvent tenter unilatéralement, avec les risques que cela comporte, ou en alliance avec d'autres États, dans le cadre des regroupements régionaux ou selon les voies classiques du droit international. Ils peuvent également, comme on l'a vu, par une logique d'empowerment ou de transfert de responsabilités, tenter de faire supporter par ou de partager avec des acteurs privés, qu'il s'agisse des entreprises ou d'ONG, la charge et le coût de la régulation globale de certains problèmes clés. Mais, si chacun poursuit une stratégie particulière au service d'intérêts qui lui sont propres, tous les joueurs sont d'une certaine manière (et c'est précisément l'un des aspects de la mondialisation) engagés dans la même partie, de sorte qu'ils se trouveront probablement à terme conduits à s'accorder sur certaines règles, si l'on convient à la suite d'une observation simple mais profonde de Wittgenstein, que suivre une règle, c'est nécessairement suivre la même règle⁶⁵.

Quelle sera l'issue de la partie qui est engagée ? Il est sans doute trop tôt pour s'avancer à le prédire, d'autant que les jeux s'annoncent très ouverts. Il semble cependant probable que la pression qui commence à s'exercer sur les entreprises conduira celles-ci à devoir assumer des responsabilités plus importantes et mieux en rapport avec l'ampleur de leurs moyens et de leurs champs d'actions. Des alliances objectives, informelles et peut-être temporaires, s'esquissent dans ce but entre les réseaux de la société civile globale, certaines organisations internationales et certains États. Appuyées sur le capital de confiance dont elles jouissent dans l'opinion, les organisations civiles peuvent réussir à conjuguer le dynamisme militant et l'expertise scientifique avec l'autorité symbolique d'un parrainage par une organisation internationale ou l'intervention des juges nationaux pour faire effectivement pression sur le comportement des entreprises les plus exposées à l'attention du public. Quant à ces entreprises, il est possible que les engagements « moraux » qu'elles souscrivent volontairement ou les « partenariats » dans lesquels elles s'engagent les conduisent beaucoup plus loin que ce qu'elles souhaitent ou avaient prévu au départ. Plus précisément, il est envisageable que soient transférés volens nolens, vers certaines entreprises qui se trouvent dans une position clé, la charge et le coût, au moins partiels, de contrôler le respect par d'autres acteurs de certains droits fondamentaux. Tel est le cas pour les entreprises qui font produire des produits ou des services « de marque » par des sous-traitants établis dans des pays pauvres. Tel est également le cas du secteur financier (privé et public), particuliè-

65. L. WITTGENSTEIN, *Investigations philosophiques*, par. 199. Voy. aussi par. 225 : « l'emploi du mot "règle" et l'emploi du mot "même" sont étroitement liés (comme le sont l'emploi de "proposition" et l'emploi de "vrai.") » On rapprochera cette observation de la règle d'or de la jurisprudence : « treat like cases alike ».

Stratégies de responsabilisation des entreprises à l...

rement exposé aux pressions, en raison de l'effet de levier que confère la responsabilisation de ces acteurs à l'égard des entreprises dont ils détiennent les parts et financent les projets.

Resterait à interroger la légitimité de ces « règles ». Une chose est sûre : elles sont élaborées en dehors de tout processus démocratique, par des acteurs qui en définitive ne s'autorisent que d'eux-mêmes. Cette situation est plus déplorable que surprenante dès qu'il n'existe pas – est-il encore besoin de le rappeler ? – d'institutions démocratiques au niveau mondial. Comme l'écrit Habermas, les combats pour les droits de l'homme s'effectuent dans un contexte de « sous institutionnalisation du droit cosmopolitique »⁶⁶. Les dispositifs de corégulation se laissent au mieux appréhender dans le cadre des théories sur la gouvernance globale, dont ils constituent en quelque sorte le volet juridique⁶⁷. Encore faut-il se garder d'assimiler trop rapidement les dispositifs mobiles, informels et instables de la corégulation à un modèle politique ou à un cadre institutionnel déterminé. Les mécanismes de corégulation ont au contraire la propriété de se développer dans un environnement caractérisé par l'absence, la faiblesse ou l'inaction des institutions politiques. La corégulation manifesterait dès lors un certain découplage entre le droit et les institutions politiques, totalement impensable dans le cadre conceptuel de la souveraineté et que se refusent encore à envisager tous ceux qui n'aperçoivent la possibilité d'un droit cosmopolitique digne de ce nom que dans le cadre d'un Etat mondial, dont on n'aperçoit pas la possibilité même à moyen ou à long terme. Enfin, selon un autre point de vue encore, le mouvement de la responsabilité sociale des entreprises pourrait s'analyser comme une manœuvre impérialiste de l'Occident qui tenterait désormais, pour contourner le blocage des institutions internationales qu'il a créées et longtemps gardées sous contrôle, d'imposer au monde ses valeurs, par le moyen de ses capitaux et de ses idéologues (les « droits-de-l'hommes »).

D'un point de vue pragmatique, il est sans doute plus urgent de mesurer sur le terrain les effets concrets de la corégulation en général et de la responsabilité sociale des entreprises en particulier sur le comportement des entreprises et sur la situation des populations exposées aux risques de la mondialisation. Il est encore trop tôt et on manque désespérément de données pour effectuer une évaluation et donner une réponse sérieuse à ces questions et nous en sommes donc pour l'instant réduits aux conjectures et aux prédictions hasardeuses. Beaucoup se montrent, probablement à juste titre, critiques ou sceptiques sur les capacités réelles de ces dispositifs « mous » et « flous

66. J. HABERMAS, *Après l'Etat nation : une nouvelle constellation politique*, Fayard, Paris, 2000.

67. En ce sens, voir mon article précité : « Coregulation : A Possible Legal Model for Global Governance », in *About Globalisation* (Bart DE SCHUTTER éd.), Institute for European Studies, VUB Brussels University Press, 2004.

Benoit Frydman

»⁶⁸ à contraindre réellement ou à influencer de façon significative le comportement des entreprises, en particulier à éviter les abus et à améliorer le sort des travailleurs qu'elles emploient et des populations locales qu'elles affectent. Il semble, en effet, incontestable que les dispositifs volontaristes de la responsabilité sociale n'opèrent pas et de très loin avec la même efficacité et les mêmes résultats qu'un régime légal de forte protection sociale comme celui qui prévaut dans des États comme la Belgique ou la France. Tel n'est pas non plus a priori leur objectif. Le mouvement de la responsabilité sociale, tel du moins qu'il est relayé par la société civile et par certaines organisations internationales, a pour ambition de pallier l'impuissance actuelle de l'ordre juridique international à proposer et plus encore à imposer les principes et les règles d'un droit social universel et à veiller à ce qu'ils s'appliquent effectivement à l'ensemble de la planète. Si comparaison était raison, c'est aux effets des dispositifs du droit social international, aux grandes déclarations internationales sur les droits économiques et sociaux, ainsi qu'au système conventionnel et institutionnel de l'Organisation Internationale du Travail qu'il conviendrait d'en mesurer l'impact. Encore cet exercice apparaît-il un peu vain dans la mesure où les outils de la responsabilité sociale, du moins dans le meilleur des cas, ne visent pas à remplacer les conventions internationales, mais plutôt à assurer une exécution plus étendue et plus concrète de leurs dispositions sur le terrain. Les acteurs les plus dynamiques de la société civile que sont les organisations non gouvernementales sont désormais de grands habitués des forums internationaux et ont été à l'initiative de plusieurs textes importants. Elles ont appris à cette occasion à mesurer à leur juste valeur l'importance et les limites des déclarations et des traités internationaux, ce qui a conduit ces acteurs pragmatiques, plus rodés à l'action qu'à la diplomatie, à imaginer d'autres moyens, plus modestes mais aussi plus tangibles, de faire progresser la cause des droits de l'homme et du développement durable. Cette culture pragmatique les incite aujourd'hui à porter davantage le regard vers les entreprises qui, comme elles, sont des associations privées, présentes sur le terrain, et qui en outre sont directement à la source des problèmes et disposent donc aussi sans doute de moyens pour y remédier. C'est pourquoi, si certains qualifient la responsabilité sociale des entreprises de « sinistre plaisanterie », d'autres y voient, dans l'état actuel du monde, une alternative au blocage et aux limites de la société internationale qui, faute de mieux ou en attendant mieux, ne peut être négligée, mais mérite au contraire d'être prise au sérieux et requiert d'être explorée plus avant.

La responsabilité sociale des entreprises, comme les autres domaines de la corégulation, est un univers en formation et encore peu exploré qui mène ceux qui s'y aventurent à en explorer toujours plus

68. L'expression anglaise « soft law » a été souvent rendu en français par les expressions péjoratives (que le vocable anglais ne comporte pas) de « droit flou » ou « droit mou ».

Stratégies de responsabilisation des entreprises à l...

loin les recoins et en découvrir chaque jour de nouveaux aspects. Pour le théoricien qui réfléchit sur les modèles juridiques, les domaines de la corégulation ressemblent à ces géométries non euclidiennes, aux propriétés infiniment variables, que ne se lassent pas d'étudier les mathématiciens. Ils donnent au juriste formé dans le moule de l'ordre juridique la même impression de liberté qu'au géomètre qui découvre soudain que les axiomes d'Euclide ne sont pas les structures constitutives de tout espace possible, mais seulement des conventions qui définissent les propriétés d'un espace déterminé et connu, d'où l'on peut s'échapper pour créer de nouveaux mondes. C'est à la découverte de l'un de ces nouveaux mondes et à l'exploration de ces aspects encore peu connus et mal identifiés que nous vous convions dans ce livre.