

Les codes de conduite, sources du droit global ?

B. FRYDMAN & G. LEWKOWICZ

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

Publication originale / Comment citer ce texte : B. FRYDMAN, « Les codes de conduite, source du droit global ? », avec G. Lewkowicz, in I. Hachez et al. (ed.), *Les sources du droit revisitées: normativités concurrentes*, Bruxelles, Anthemis, 2012, p. 179- 210.

Édition du corpus complet des œuvres de Benoit Frydman — <https://benoitfrydman.com/fr/chapter/2012-les-codes-de-conduite-sources-du-droit-global>

B. Frydman & G. Lewkowicz

INTRODUCTION

LA doctrine récente en théorie et en philosophie du droit examine depuis plusieurs années les transformations du droit dans la mondialisation à partir de l'hypothèse de la formation d'un droit global¹. Cette hypothèse est examinée en fonction de cadres d'analyse propre aux différents courants théoriques qui alimentent le développement de la théorie du droit. Depuis plusieurs années, les travaux conduits au sein du Centre Perelman de philosophie du droit s'inscrivent dans cette hypothèse. Par l'expression « droit global », nous entendons le droit envisagé d'un point de vue global et non du point de vue d'un ordre juridique particulier, qu'il s'agisse du droit national, européen ou international². Nous avons étudié successivement plusieurs chantiers du droit contemporain qui relèvent de domaines très différents du droit, mais qui ont tous pour caractéristique d'être profondément affectés par la mondialisation. Ceux-ci comprennent notamment le droit de l'Internet et des univers virtuels³, la responsabilité sociale des entreprises⁴, les instruments juridiques et financiers de la lutte contre le réchauffement climatique, la formation d'un droit transnational des droits de l'homme⁵ ou encore la privatisation des conflits armés et des opérations de sécurité⁶.

Un des éléments remarquable mis en exergue au cours de l'étude de ces différents chantiers et des initiatives qui s'y développent sur le plan normatif est l'omniprésence des « codes de conduite » qui,

1. Voir inter alia G. TEUBNER (ed.), *Global Law Without a State*, Dartmouth, Aldershot, 1996 ; W. TWINNING, *General Jurisprudence : Understanding Law From a Global Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009 ; B. KINGSBURY, N. KRISCH, R.B. STEWART, « The Emergence of Global Administrative Law », *Law and Contemporary Problems*, vol.68, n°3, p.15 et sq. ; B. DE SOUSA SANTOS, *Vers un nouveau sens commun juridique : droit, science et politique dans la transition paradigmatique*, Paris, LGDJ, 2004.

2. Pour une vision d'ensemble, nous nous permettons de renvoyer à B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », *La science du droit dans la globalisation*, sous la direction de J.-Y. Cherot et B. Frydman, Bruxelles, Bruylant, 2012 (à paraître).

3. B. FRYDMAN, I. RORIVE, « Regulating Internet Content through Intermediaries in Europe and the USA », *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, vol.23, 2002, p.41 et sq. ; B. FRYDMAN, L. HENNEBEL, G. LEWKOWICZ, « Public strategies for Internet Co-Regulation in the United States, Europe and China », *Governance, Regulations and Powers on the Internet*, édité par E. Brousseau, M. Marzouki et C. Méadel, Cambridge, Cambridge University Press, 2012 (sous presse).

4. T. BERNIS, P.-F. DOCQUIR, B. FRYDMAN, L. HENNEBEL, G. LEWKOWICZ, *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

5. B. FRYDMAN, L. HENNEBEL, « Le contentieux transnational des droits de l'homme : une analyse stratégique », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 73, 2009, p.73 et sq.

6. G. LEWKOWICZ, « La protection des civils dans les nouvelles configurations conflictuelles : retour au droit des gens ou dépassement du droit international humanitaire », *La protection des personnes vulnérables en temps de conflit armé*, édité par J.-M. Sorel et C.-L. Popescu, Bruxelles, Bruylant, 2010, p.5 et sq.

Les codes de conduite, sources du droit global ?

véritablement, pullulent dans tous les domaines et à tous les niveaux. On observe ainsi le recours à des codes de conduite pour régler les modalités d'utilisation de l'Internet par les internautes ou celles du contrôle exercé sur l'usage de l'Internet par les fournisseurs de service. On observe également le recours à ces codes pour fixer les règles qui doivent être respectées par les travailleurs ou par les employeurs au sein d'un groupe ou d'un réseau d'entreprises, pour organiser au niveau international les règles fondamentales de la pêche, pour définir les bonnes pratiques dans le domaine de l'égalité hommes-femmes ou encore, plus récemment, pour fixer les conditions d'engagement des entreprises de sécurité privées sur le théâtre des hostilités ou des groupes armés dans les territoires occupés. L'efflorescence de ces codes de conduite, qui portent les noms et les titres les plus divers, n'est d'ailleurs pas limitée au champ global ou mondial. On les retrouve aussi à l'intérieur des Etats, voire au niveau local ou même à l'intérieur d'une entreprise, d'un club, voire d'une école ou d'une université.

Dans cette étude, nous avons toutefois décidé de limiter notre analyse, principalement, aux codes de conduite qui se développent à l'échelon global, c'est-à-dire à ceux qui, sans être nécessairement universels, ont été produits en dehors, à côté ou au-delà d'un ordre juridique particulier. Cette limitation répond d'abord au souci de réduire le champ d'investigation et d'analyse, déjà considérable, à ce que nous avons eu l'occasion d'étudier de près dans nos précédents travaux. En ce sens, cette contribution constitue une reprise réflexive, organisée autour de la question de la théorie des sources, de travaux plus analytiques que nous avons réalisés antérieurement. Cette limitation répond ensuite et surtout à notre conviction qu'en se situant à ce niveau, on comprend mieux la spécificité de cet instrument et surtout la logique très particulière – et d'une certaine manière étrangère à la pensée juridique classique – dont ces codes procèdent.

Mais qu'est-ce au juste qu'un code de conduite ? Les juristes sont des gens précis, qui aiment bien définir au préalable les objets dont ils traitent. Or, si l'on considère les définitions courantes des codes de conduite en général, on ne peut manquer d'être frappé par leur flou et leur imprécision. On définit ainsi parfois le code de conduite comme un ensemble de règles pour guider le comportement et les décisions dans une situation donnée. Le lecteur constatera immédiatement le caractère extrêmement général de cette définition qui est d'ailleurs plus large que la notion de « source du droit » elle-même et qui est susceptible d'englober toutes les règles de droit et ainsi que, d'ailleurs, les règles non juridiques, en particulier éthiques. Il convient d'être d'emblée attentif à cet aspect « attrape-tout » de la notion, qui donne la mesure de l'étendue de ses usages et de ses ambitions. De cette définition, nous ne pouvons tirer aucune information précise, sinon peut-être qu'il s'agit, non pas d'une règle isolée, mais d'un ensemble

de règles, ce que traduit la notion de « code ». On sera toutefois attentif au fait que le terme « code » n'est pas entendu ici dans le sens juridique et technique que nous lui connaissons et qui dénote un ensemble structuré de règles traitant de manière systématique d'une matière donnée. Le terme appartient plutôt à un autre registre, que nous retrouvons d'ailleurs dans l'expression « code d'honneur », et qui renvoie plutôt à une certaine manière de se comporter, propre à un groupe social ou à une classe, dont les membres se reconnaissent entre eux par l'adhésion et la pratique de ce code et qui relève donc de l'éthique, voire de l'étiquette, plutôt que du droit au sens strict.

On retrouve d'ailleurs cette connotation dans d'autres définitions du code de conduite qui circulent très largement et qui caractérisent ceux-ci comme un ensemble conventionnel de principes et d'attentes, qui sont considérées comme liant toute personne membre d'un groupe particulier. On pensera ici aussi bien au code de conduite sur un terrain de golf qu'à un code de déontologie professionnelle ou de bonnes pratiques. Ces règles éthiques ou engagements moraux qui constituent la matière des codes de conduite sont d'ailleurs souvent présentés comme non obligatoires, au sens de juridiquement exigibles ou assorties de sanctions. Les codes de conduite insistent en ce sens sur leur caractère « volontaire », ce qui ne signifie pas pour autant que ceux qui y adhèrent agissent toujours spontanément et non sous la pression ou pour accéder à des avantages ou bénéfices réservés aux membres du « club ».

Au vu de cette brève analyse, on ne s'étonnera pas que la doctrine juridique et la théorie du droit considèrent généralement que les codes de conduite ne constituent pas une source autonome du droit⁷. Ces codes sont relégués au rang de la « soft law » dont ils constituent, d'ailleurs, l'une des manifestations les plus fréquentes et les plus visibles.

7. Parmi les nombreuses publications sur le sujet et avec des appréciations diverses sur la pertinence de ces codes, voir inter alia T. TILQUIN, V. SIMONART, *Traité des sociétés*, Diegem, Kluwer, 1996, vol. 1, p.189-191 ; E. DECAUX, « La forme et la force obligatoire des codes de bonne conduite », *Annuaire français de droit international*, vol. XXIX, 1983, p.81 et sq. ; P. SANDERS, « Codes of conduct and sources of law », *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p.281 et sq. ; G. FARJAT, « Réflexions sur les Codes de conduite privée », *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, op.cit., p.47 et sq. ; G. FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée », *Les transformations de la régulation juridique*, édité par J. Clam, et G. Martin, Paris, LGDJ, 1998, p.151 et sq. ; F. OSMAN, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, juil.-sept., 1995, p. 509 et sq. ; H.T. NGUYEN, « Les codes de conduite : un bilan », *Revue Générale de Droit International Public*, vol.96, n°1, 1992, p.45-59 ; M. VIRALLY, « Les codes de conduite : Pourquoi faire ? », *Transferts de technologie : Sociétés transnationales et nouvel ordre international*, édité par J. Touscoz, Paris, PUF, 1978, p.210 et sq.

Les codes de conduite, sources du droit global ?

Confrontés à ce phénomène massif de multiplication des codes de conduite, considéré comme extérieur au droit, selon la théorie et les critères classiques des normes juridiques, mais qui évolue pourtant en interaction sinon en concurrence avec lui, nous examinerons dans cette contribution le problème des rapports entre codes de conduite et sources du droit. Ce problème se décline en deux questions distinctes, mais complémentaires, que nous traiterons dans les pages qui suivent. Premièrement, les codes de conduite constituent-ils ou seraient-ils susceptibles de constituer une source formelle du droit et, dans l'affirmative, laquelle ? S'agit-il d'une source spécifique, sui generis, ou peut-on finalement la ramener à des sources connues comme la convention, l'usage ou d'autres solutions encore ? Deuxièmement, dans quelle mesure les codes de conduite nous invitent-ils à repenser la théorie des sources, à éventuellement modifier ou compléter notre compréhension de ce concept, voire, et c'est vers cette option plus radicale que nous inclinons, à remettre en cause la pertinence de la notion de « sources du droit », sa capacité à rendre compte d'un phénomène normatif, qui s'inscrit dans une logique qui nous paraît fondamentalement différente de l'approche du droit par les sources.

Afin de traiter le plus complètement possible ces deux questions, nous reviendrons brièvement, dans un premier temps, sur la notion de « source du droit » afin de mettre en relief l'origine de cette notion et les traits déterminants du concept qui en conditionnent le caractère opératoire (I). Nous confronterons ensuite le concept à une analyse empirique des codes de conduite dans leur multiplicité et leur diversité (II) et examinerons comment le droit positif et les sources autorisées du droit, en particulier la jurisprudence, en font usage ou les reprennent éventuellement à leur compte (III). Nous montrerons enfin comment, au-delà de cette prise en charge ponctuelle, les codes de conduite et leur mise en œuvre invitent à une réflexion sur la pertinence de la théorie des sources et sur la manière dont la logique des codes débordent la logique des sources, voir même peut-être, la logique juridique tout court (IV).

CHAPITRE I. – LE PARADIGME DE LA SOURCE

La notion de « sources du droit » est un concept clé de la théorie du droit et un instrument essentiel de la méthode et de la pratique des juristes. Il s'agit d'un concept moderne, qui a été importé des sciences naturelles par la critique biblique avant de s'étendre et de s'imposer au 19^{ème} siècle à l'ensemble des sciences dites de l'esprit, en particulier l'histoire, la philologie et bien sûr le droit.

Le sens de ce terme imagé est très simple et immédiatement perceptible. La source indique l'origine et prescrit déjà une méthode qui constitue tout un programme : il s'agit de remonter à la source, de

se mettre en quête de l'origine. Le concept de source est de ce point de vue intrinsèquement lié à une conception historique de la connaissance, qui s'impose précisément au 19^{ème} siècle et vient remplacer la conception systématique, ou géométrique, qui avait prévalu à l'âge classique⁸. L'histoire ou la tradition ne s'oppose plus au rationnel, comme le croyaient les classiques. Elle devient au contraire la voie nécessaire de son cheminement et de son accomplissement. Le terme « histoire » change d'ailleurs complètement de sens. Il ne désigne plus, comme encore au 18^{ème} siècle, la collecte systématique des données brutes de l'expérience (comme dans l'« histoire naturelle » par exemple), mais le passé en tant qu'il détermine et explique le présent⁹. Cette irruption de l'histoire bouleverse les programmes de recherches de toutes les disciplines. Ainsi, les grands tableaux taxinomiques de Linné laissent-ils la place aux schémas de l'évolution des espèces de Lamarck et Darwin ; à la grammaire de Port-Royal succède l'étude de l'étymologie, de la désinence et l'Europe savante se passionne pour le sanscrit, source des langues indo-européennes. En droit, les systèmes de droit naturel cèdent le pas, sous l'impulsion de l'école historique, à l'investigation des sources du droit positif.

Désormais, pour identifier la règle, en comprendre le sens, la portée et déterminer sa force obligatoire, il faudra nécessairement remonter à sa source. Les sources formelles du droit désignent à la fois l'origine historique de la règle, le fondement politique de son autorité et le support linguistique de sa formulation. Les sources sont devenues le paradigme clé du droit. La solution de n'importe quelle question juridique passe désormais nécessairement par l'investigation, l'analyse et le référencement des sources, qui constituent l'essentiel de la méthode juridique à laquelle nous formons encore aujourd'hui nos étudiants dès la première année des études de droit.

Il est ainsi devenu tout simplement impossible de penser le droit sans ses sources, qui rendent de multiples services et remplissent deux fonctions principales. D'une part, la théorie des sources établit un principe de clôture. Elle permet, en principe, de décider si telle règle est ou non juridique et si elle appartient ou non à tel ordre juridique déterminé. Comme l'écrit Austin dans son ouvrage séminal *The Province of Jurisprudence Determined*, « chaque règle juridique véritable dérive d'une source déterminée ou émane d'un auteur déterminé »¹⁰. Et par conséquent le droit sera intégralement décrit et connu

8. Pour une analyse approfondie de cette question, voir B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 3^{ème} éd., 2011, spécialement ch. 6 « Le modèle philologique : l'interprétation comme science exacte », en particulier § 175.

9. Voir R. KOSELLECK, « Le concept d'histoire » in R. KOSELLECK, *L'expérience de l'histoire*, Paris, Gallimard-Seuil, 1997, p.16 et sq.

10. « [...] every law properly so called flows from a determinate source, or emanates from a determinate author ». J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, London, John Murray, 1832, p.138 (souligné dans le texte).

Les codes de conduite, sources du droit global ?

par l'inventaire exhaustif de ses sources¹¹. D'où le problème central de la théorie du droit et les interminables querelles et controverses pour déterminer quels textes peuvent prétendre au statut de « source du droit ». Les Français discutent ainsi depuis plus de cent ans de savoir si la jurisprudence et la doctrine constituent ou non des sources formelles¹².

La deuxième fonction clé des sources du droit, qui est d'ailleurs, plus qu'une fonction, l'essence même de la notion, est d'établir un rapport intrinsèque, nécessaire et déterminant entre la règle de droit et son origine, à savoir son auteur, l'autorité qui la formule, l'impose et lui donne son sens et sa force obligatoire. Poser la question de la règle en termes de sources, c'est installer un « fléchage » qui réfère la règle au texte qui l'énonce et ce texte lui-même à l'autorité, sous la responsabilité duquel il a été publié. La mention obligatoire de la source comme référence dans le texte ou en note de bas de page traduit d'ailleurs, dans la matérialité du texte même, ce lien et cette exigence. La source constitue pour la règle une sorte d'AOC, une appellation d'origine contrôlée, ou, pour reprendre l'expression ironique de Ronald Dworkin, son « pedigree »¹³, c'est-à-dire un certificat d'origine, qui détermine pour l'essentiel la valeur de cette règle. Plus concrètement, il est indispensable de connaître la source d'une règle juridique pour établir sa force obligatoire et spécialement sa position dans la hiérarchie des normes, laquelle est, comme on sait, fonction de la position de l'institution émettrice dans l'organigramme de l'ordre juridique en question. La source circonscrit de la même façon le champ d'application de la règle en fonction de la compétence de son auteur. Dans la théorie classique, la source détermine même jusqu'au sens de la règle, laquelle est identifiée à la volonté historique de son auteur, recherchée, par delà la formule linguistique de la règle, dans les travaux qui en ont précédé l'adoption. A tous points de vue, la source indexe la règle à son auteur.

Cette double fonction de clôture et de rapport à l'autorité est mise à mal dans le cas des codes de conduite. Telle est en tous cas la conclusion à laquelle aboutit un examen attentif d'un échantillon

11. A. Compagnon signale le même phénomène dans les études littéraires du 19^{ème} siècle. Il note ainsi que « l'inventaire des sources vaut en définitive pour une explication causale nécessaire et suffisante ». A. COMPAGNON, *La troisième République des lettres*, Paris, Seuil, 1983, p. 192.

12. On se souviendra que François Gény tranchait par la négative après un long examen. Voir F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, Paris, Chevalier-Marescq, 1899. Le débat sur ce point reste largement ouvert et débattu. Voir inter alia J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Armand Colin, 2^{ème} éd., 1984, p.160 et sq. ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, Paris, PUF, 11^{ème} éd., 1979, t. 1, n°22 et sq. Sur la doctrine plus spécifiquement, voir P. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004.

13. Voir surtout R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p.17 et sq.

B. Frydman & G. Lewkowicz

représentatif des codes de conduite dans l'extrême diversité qui les caractérisent.

CHAPITRE II. – LES CODES DE CONDUITE DANS LA PRATIQUE DU DROIT

Nous le mentionnions précédemment, la notion de code de conduite a une définition extrêmement large qui ne permet pas – et c'est d'ailleurs une de ses qualités remarquables – de définir clairement ses limites. Sans doute, tous les codes de conduite sont-ils des documents écrits définissant des normes de comportement. Ceci ne constitue toutefois pas une définition suffisamment précise pour distinguer les codes de conduites d'autres instruments – et le juriste sait qu'il y en a beaucoup – qui présentent les mêmes caractéristiques. En réalité, la meilleure manière d'identifier un code de conduite n'est sans doute pas de vérifier si l'instrument soumis à l'étude répond au code de conduite éternel dont on aurait défini les caractéristiques essentielles in abstracto. Il convient plutôt d'adopter une approche pragmatique qui consiste à se fier à la pratique langagière des acteurs qui qualifient de « codes de conduite » des instruments de formes et aux contenus très divers. Cette approche prudente, presque ethnographique, est d'ailleurs celle qui est largement suivie par les multiples travaux qui portent sur ces codes. Ils relèvent du travail d'inventaire, de cartographie (mapping) ou de compilation¹⁴ et beaucoup moins du travail doctrinal plus classique de définition et de qualification.

En suivant cette voie d'analyse prudente, le premier constat auquel aboutit nécessairement le chercheur est la grande diversité des auteurs et des destinataires des codes de conduite.

On trouve ainsi des codes de conduite proposés par des organisations internationales. L'OCDE a, par exemple, mis en place un code de conduite appelé « principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales »¹⁵. Ces principes directeurs s'adressent en réalité aux gouvernements des pays membres de l'organisation qui s'engagent à recommander le respect de ces principes auprès des entreprises exerçant leurs activités sur leur territoire ou à partir de celui-ci. Ces principes invitent notamment les entreprises à « respecter les droits de l'homme », à « encourager la formation de capital humain » ou encore à « contribuer à l'abolition effective du travail des enfants ». Ils prévoient également la mise en place de lieux de

14. Voir, inter alia, R. MARES, *Business and Human Rights: A compilation of documents*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004.

15. Le texte de ce code de conduite est disponible en ligne à l'adresse suivante <http://www.oecd.org/dataoecd/56/39/1922470.pdf>.

Les codes de conduite, sources du droit global ?

médiation, appelés « Points de contacts nationaux », au sein de chaque Etat participant à cette initiative¹⁶.

L'Union européenne peut également servir de cadre à l'adoption de codes de conduite, dont les souscripteurs et les destinataires sont les Etats membres et qui visent à régler les comportements de ces Etats eux-mêmes, notamment dans leurs relations les uns avec les autres. L'agence européenne de l'armement a ainsi édicté plusieurs codes de conduite, dont un code sur les « acquisitions de défense », qui visent à libéraliser le commerce des armements en Europe, qui n'est pas contraignant et dont l'adhésion est proposée aux Etats membres sur une base volontaire¹⁷.

Les organisations internationales peuvent en outre adopter des codes de conduite pour s'adresser directement aux personnes privées sans passer par l'intermédiaire de leurs Etats membres. Ainsi, les Nations Unies ont développé l'initiative du « Pacte mondial » sous l'égide de l'ancien Secrétaire général Kofi Annan¹⁸. Le Pacte mondial est un code de conduite proposé aux entreprises et, plus généralement, à toute personne privée. Par son adoption, les entreprises s'engagent à respecter dix principes fondamentaux inspirés par plusieurs grands textes du droit international, dont aucun – notons le au passage – n'a de portée juridique contraignante, tels la Déclaration universelle des droits de l'homme et la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement. Le Pacte dispose en outre que les entreprises doivent « veiller à ce que leurs propres compagnies ne se rendent pas complices de violations des droits de l'homme ». Depuis 2003, il est par ailleurs demandé aux entreprises qui ont adhéré au Pacte de participer au mécanisme de la « communication sur le progrès » qui prévoit la publication annuelle d'un rapport faisant état des progrès accomplis dans la mise en œuvre des principes du Pacte¹⁹.

16. Voir l'analyse dans L. HENNEBEL, G. LEWKOWICZ, « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises », Responsabilités des entreprises et corégulation, op.cit., spécialement p.160-164.

17. EUROPEAN DEFENSE AGENCY, Steering Board Decision No. 2005/09 on an Inter-governmental Regime to Encourage Competition in the European Defence Equipment Market, Brussels, 21 novembre 2005 ainsi que EUROPEAN DEFENSE AGENCY, The Code of Conduct on Defence Procurement of the EU Member States Participating in the European Defence Agency, 21 November 2005, disponible en ligne à l'adresse suivante http://www.eda.europa.eu/Libraries/Documents/CoC_1.sflb.ashx. Voir sur ce point A. GEORGIOPOULOS, « The European Defence Agency's Code of Conduct for Armament Acquisitions: A Case of Paramnesia ? », Public Procurement Law Review, vol.15, n°2, p.51 et sq.

18. Le texte du Pacte est disponible sur le site des Nations-Unies à l'adresse suivante <http://www.un.org/fr/globalcompact/>.

19. Voir sur ce sujet T. BERNS, L. BLESIN, « Le devenir contractuel du "Global Compact" », Repenser le contrat, sous la direction de G. Lewkowicz et M. Xifaras, Paris, Dalloz, 2009, p.245 et sq.

B. Frydman & G. Lewkowicz

Les Etats peuvent prendre, à titre individuel, l'initiative de codes de conduite pour tenter de régler des questions qui surgissent dans le cadre de la mondialisation. On peut en citer comme exemple l'Apparel Industry Partnership Agreement qui établit un code de conduite pour les fabricants d'articles de sport, en ce qui concerne les conditions de travail pratiquées par leurs sous-traitants dans des usines situées à l'extérieur des États-Unis²⁰. L'initiative de ce code revenait à l'administration Clinton qui y voyait le moyen adéquat, en réponse à l'important mouvement d'opinion initié par les étudiants au sein des Universités et relayé par les médias, pour lutter contre le développement des « sweatshops » à l'étranger. Ce code de conduite a été volontairement souscrit, d'une part, par de grandes entreprises du secteur, comme Nike Inc., et, d'autre part, par des organisations de consommateurs et militants pour le respect des droits sociaux fondamentaux dans le monde et la responsabilité sociale des entreprises. Mais le code lui-même avait été rédigé sous la houlette du secrétariat au travail et conclu à la Maison Blanche, sous le patronage du Président des États-Unis. Le Code avait toutefois été très critiqué en raison de la faiblesse de ses exigences, allant jusqu'à admettre dans ses dispositions la mise au travail des enfants à partir de 14 ans, en conformité avec la loi locale, mais non avec les règles de l'OIT.

Au rang des projets avortés, plusieurs Etats ont par ailleurs envisagé de mettre en place des codes de conduite obligatoires pour les sociétés nationales ayant des activités d'une certaine importance à l'étranger²¹. C'est notamment le cas en Australie où un projet de loi connu sous le nom de « Australian Corporate Code of Conduct Bill » est en discussion depuis les années 2000²². Ce projet de loi vise toute société australienne ainsi que ses filiales lorsqu'elles emploient plus de 100 personnes en-dehors de l'Australie. Il établit un code de conduite à destination de ces sociétés comportant diverses obligations en matière sociale, environnementale et de respect des droits de l'homme. Il établit également une obligation de reporting pour ces sociétés. Il crée enfin un droit d'action au civil devant la Cour fédérale australienne pour toute personne, physique ou morale, qui aurait subi un préjudice en raison de la violation du code de conduite établi par le projet de loi. Ce projet avorté, comme tous les autres du même type, met en exergue une certaine limite dans l'usage des codes de conduite par les Etats, en particulier des codes de conduite obligatoires. Mis en place et imposé par le législateur, un code de conduite finit par ressembler

20. Le texte de l'Apparel Industry Partnership's Agreement est disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://actrav.italo.org/actrav-english/telearn/global/ilo/guide/apparell.htm>.

21. Sur ces initiatives, voir inter alia J.A. ZERK, *Multinationals and Corporate Social Responsibility: Limitations and Opportunities in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p.160 et s.

22. Le texte du projet de loi est disponible en ligne à l'adresse suivante <http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/Bills1.nsf/framelodgmentattachments/745E60AA89A5DB1FCA256F720024ACCB>.

Les codes de conduite, sources du droit global ?

à s'y méprendre à la loi, perd de ce fait ses caractéristiques propres et prend immédiatement aux yeux des tiers le visage peu rassurant d'une législation de type impériale de nature à produire des effets extraterritoriaux considérables.

Dans d'autres situations assez nombreuses, l'Etat est conduit non pas à établir lui-même un code de conduite, mais à entériner ou à s'accommoder d'un code de conduite existant, mis au point par des instances privées, représentatives ou non, nationales ou non, ou bien encore à déléguer voire à déléguer à une agence externe, publique ou privée, la mission de l'établir. C'est ainsi qu'en réaction à l'affaire Enron et surtout à l'adoption de la loi américaine Sarbanes-Oxley²³, un « plan d'action » de la Commission européenne invitait les États membres à « désigner » un code de conduite de référence applicable aux sociétés cotées en bourse et fonctionnant sur le principe désormais fameux « *comply or explain* »²⁴. On se rappelle qu'en Belgique, cette initiative avait conduit un groupe informel, dit « groupe du Zoute » a édicté un code de gouvernance d'entreprise, dit « Code Lip-pens », et qui se présente, sous l'égide de la Commission bancaire et financière et d'une Commission corporate governance belge, comme le code de conduite de référence en la matière²⁵. Au terme de plusieurs années de discussions sans issues tant à la Chambre qu'au Sénat²⁶, le Gouvernement a finalement décidé de désigner formellement ce code d'initiative privée comme le code de référence belge²⁷. Cette affaire donne en filigrane une idée de la concurrence que peuvent se livrer la loi et les codes de conduite pour le contrôle de certaines matières.

A côté des organisations internationales et des Etats ou des agences et autorités de régulation, on trouve également un nombre très important de codes de conduite produits par des entreprises, seules ou en collaboration. L'entreprise « *Fruit of the Loom* » a ainsi mis en

23. Sarbanes-Oxley Act, nov. 8, 2002 (revised nov. 14, 2002), H.R. 3763, 1-66.

24. Commission des communautés européennes, « Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne – Un plan pour avancer », Bruxelles, COM (2003) 284 final, 21 mai 2003.

25. Voir le site de la Commission corporate governance disponible à l'adresse suivante <http://www.corporategovernancecommittee.be/fr/home/>.

26. Dans ce débat, nous nous permettons de renvoyer le lecteur à nos auditions à la chambre sur le sujet : Exposé du professeur B. Frydman, Gouvernance d'entreprise (corporate governance) – Auditions, Rapport fait au nom de la Commission chargée des problèmes de droit commercial et économique par M. Dylan Casaer, Doc. Parl., Chambre, 2004-2005, n° 1824/001, p.126 et sq. ; Exposé du professeur B. Frydman et de M. G. Lewkowicz, Gouvernance d'entreprise (corporate governance) – Auditions II, Rapport fait au nom de la Commission chargée des problèmes de droit commercial et économique par M. Pierre Lano, Doc. Parl., Chambre, 2006-2007, n° 1824/002, p.53 et sq.

27. Voir Arrêté royal du 6 juin 2010 portant désignation du Code de gouvernement d'entreprise à respecter par les sociétés cotées, M.B., 28 juin 2010. L'article 1^{er} de l'arrêté précité dispose que « le Code belge de gouvernance d'entreprise 2009, comme inclus en annexe, est le seul code applicable au sens de l'article 96, § 2, du Code des sociétés ».

B. Frydman & G. Lewkowicz

place un code de conduite²⁸ établissant les règles de comportement essentielles qui doivent être respectés au sein de l'ensemble des établissements de la société dans le monde. Ce code de conduite impose notamment aux employés de « Fruit of the Loom » de ne pas recourir au travail forcé ou à des pratiques discriminatoires en matière d'engagement, de politique salariale, de promotion ou de licenciement. Le code de conduite de « Fruit of the Loom » ne s'adresse pas seulement aux employés de son entreprise. La société l'impose également à l'ensemble de ses partenaires commerciaux ou industriels par l'intermédiaire d'une clause standard dans ses contrats. Produit par une seule entreprise, ce code de conduite a donc vocation à s'appliquer au sein de l'ensemble de la chaîne de production et de commercialisation de la société textile.

Les codes de conduite d'entreprise sont innombrables. De tels codes peuvent toutefois être adoptés également au niveau de l'ensemble d'un secteur comme c'est le cas dans le secteur du jouet ou dans le secteur forestier²⁹. Ainsi, la Fédération Internationale des Industries du Jouet³⁰ qui regroupe la plupart des entreprises actives dans ce secteur a adopté un code de conduite unique pour l'ensemble de ses membres. Ce code vise à garantir que les usines de fabrication de jouets fonctionnent dans la légalité et dans de parfaites conditions d'hygiène et de sécurité. Au nombre des règles prévues par le code, il faut souligner notamment l'interdiction du recours au travail des enfants, au travail forcé ou au travail en milieu carcéral, le refus de la discrimination fondée sur le sexe, l'origine ethnique, la religion, l'appartenance à une organisation ou à une association et le respect par les sites de production de la législation relative à la protection de l'environnement.

En matière de production de codes de conduite, les organisations non gouvernementales ne sont pas en reste. Selon les objectifs qu'elles poursuivent, celles-ci ont également développé des codes à l'intention des entreprises ou d'autres acteurs. Ainsi, l'organisation non gouvernementale « Clean Clothes Campaign » a développé en 1998, en réaction aux violations systématiques des droits de l'homme et des principes fondamentaux du droit du travail, toujours dans le secteur décidément « surcodifié » des articles de sport, un « Code de Conduite pour le Commerce et l'Industrie de la Confection et des

28. Le code de conduite est disponible en ligne à l'adresse suivante <http://www.fruitoftheloom.eu/imprint2010/en/thefruitcode>.

29. Sur le secteur forestier, voir E. MEIDINGER, « The administrative Law of Global Private-Public Regulation: The Case of Forestry », *European Journal of International Law*, vol.17, 2006, p.47-87.

30. Le code de conduite est disponible en ligne à l'adresse suivante <http://www.toy-icti.org/info/code.htm>.

Les codes de conduite, sources du droit global ?

Articles de Sport »³¹. Ce code de conduite prévoit un ensemble de règles minimales – telles que l'interdiction du travail des enfants ou du travail forcé – que doivent respecter dans leurs activités les entreprises signataires.

De manière plus surprenante, le réseau d'organisations non gouvernementales « Transparency International » a mis en place un code de conduite à l'attention des Etats en matière de lutte contre la corruption dans le cadre de l'attribution de marchés publics. Ce code de conduite, appelé « pacte d'intégrité », prévoit des règles de procédure pour l'organisation des marchés publics que les Etats s'engagent à mettre en œuvre sous le contrôle de Transparency International³².

Plus récemment, l'organisation non gouvernementale « Geneva Call » a développé un code de conduite pour l'interdiction du recours aux mines anti-personnelles à l'intention des groupes armés. Ce code de conduite, appelé « acte d'engagement », propose à ses signataires de s'abstenir d'user de mines anti-personnelles, de diffuser le contenu de leurs engagements auprès tant de leurs commandants que de leurs combattants, de sanctionner les contrevenants et d'accepter des visites sur site des experts de l'organisation « Geneva Call »³³. Par le biais de ce type d'initiatives, on voit que les codes de conduite peuvent intervenir au cœur même des matières qui, tels que les conflits armés, font partie des compétences régaliennes de l'Etat³⁴.

Bien que ceci soit plus rare, les particuliers peuvent également être à l'origine de certains codes de conduite. Ainsi, à l'époque du régime d'Apartheid en Afrique du Sud, le révérend afro-américain Léon Sullivan avait publié un code de conduite connu sous le nom de « Sullivan Principles ». Rédigé en 1977, ce code définit les principes qu'une entreprise doit poursuivre, à l'intérieur comme à l'extérieur du lieu de travail, lorsqu'elle développe des activités à l'étranger. Dans sa version de 1977, ce code prévoyait sept principes essentiels tels l'absence de ségrégation sur le lieu de travail, l'obligation d'améliorer la qualité de vie des employés de couleur pour tout ce qui concerne la santé, le transport, le logement ou la scolarité des enfants. En 1999, 6 ans après la fin du régime d'Apartheid, le révérend Sullivan a mis à

31. Le code de conduite est disponible en ligne à l'adresse suivante <http://www.cleanclothes.org/resources/ccc/corporate-accountability/the-ccc-model-code>.

32. Voir BOEHM, F., OLAYA, J., « Corruption in Public Contracting Auctions: The Role of Transparency in Bidding Processes », *Annals of Public and Cooperative Economics*, vol. 77, 2006, pp. 431 et sq., spécialement p. 443-447.

33. Voir Acte d'engagement auprès de l'appel de Genève pour l'adhésion à une interdiction totale des mines antipersonnel et à une coopération dans l'action contre les mines, disponible en ligne à l'adresse suivante <http://www.genevacall.org/resources/testi-reference-materials/testi-deed/gc-deed-of-commitment-fra.pdf>.

34. Sur cette question, voir G. LEWKOWICZ, « La protection des civils dans les nouvelles configurations conflictuelles : retour au droit des gens ou dépassement du droit international humanitaire », op.cit., p. 5 et sq.

B. Frydman & G. Lewkowicz

jour ses principes, en collaboration avec l'ancien secrétaire générale des Nations Unies Kofi Annan, pour fonder les « Global Sullivan Principles »³⁵. Ceux-ci prévoient des obligations plus générales en matière de respect des droits de l'homme et engagent également leurs signataires à promouvoir l'application des principes auprès de leurs partenaires industriels et commerciaux³⁶.

Enfin, si comme on le voit, les codes de conduite peuvent être proposés par tous les types d'acteurs possibles ou imaginables, il faut encore évoquer que ces différents acteurs ne se contentent pas de formuler des codes de conduite chacun de leur côté et pour leur compte, mais que l'observation de la pratique montre une tendance forte au développement de codes multipartites (multistakeholders), qui sont le fruit d'une négociation ou d'une prétendue négociation entre des parties aux statuts très différents. Relève, par exemple, de cette catégorie le Global Network Initiative, adopté en 2008, dont l'objet déclaré est de fixer des principes pour « protéger et faire avancer la liberté d'expression et le droit à la vie privée dans le domaine des technologies de l'information et de la communication »³⁷. Ce code de conduite constitue, en réalité, une tentative de réponse des trois géants de l'Internet (Google, Microsoft et Yahoo !) face aux critiques et aux attaques, y compris judiciaires, auxquelles ils sont confrontés, notamment aux Etats-Unis, en raison de leur politique de collaboration avec le gouvernement chinois qui pratique la censure et la chasse aux opinions dissidentes. Mais le code lui-même se présente comme un instrument multipartite dont sont partenaires, outre les trois géants, des ONGs (dont Human Rights Watch et Human Rights China), ainsi que des centres de recherches universitaires tels que le Berkman Centre de Harvard Law School et l'Information School de Berkeley³⁸.

Ces quelques échantillons étudiés à l'occasion de ce rapide tour d'horizon donnent une petite idée de l'infinie diversité des codes de conduite, tels qu'ils se développent aujourd'hui par milliers et de manière littéralement anarchique à l'échelle globale. Si ces exemples ne nous permettent pas de préciser la définition du code de conduite,

35. Voir L. HENNEBEL, G. LEWKOWICZ, « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises », *op.cit.*, p.167.

36. L'article 8 des Global Sullivan Principles dispose « Promote the application of these principles by those with whom we do business ». Le texte des Principles est disponible en ligne à l'adresse suivante <http://www.thesullivanfoundation.org/gsp/principles/gsp/default.asp>.

37. Le texte du code de conduite est disponible en ligne à l'adresse suivante <http://www.globalnetworkinitiative.org/principles/index.php>.

38. Pour une étude approfondie de ce code de conduite, voir inter alia C.M. MACLAY, « Protecting Privacy and Expression Online: Can the Global Network Initiative Embrace the Character of the Net ? », *Access Controlled: The Shaping of Power, Rights, and Rule in Cyberspace*, édité par R. Deibert, J.G. Palfrey, R. Rohozinski et J. Zittrain, Cambridge, M.I.T. Press, 2010, p.87 et sq.

Les codes de conduite, sources du droit global ?

nous pouvons en tirer plusieurs enseignements intéressants, du point de vue de la problématique des sources du droit. Nous disions en effet que la théorie des sources jouait une double fonction pour la représentation du droit : une fonction d'autorité et une fonction de clôture du système juridique. Or, tout porte à considérer que, par l'infinie diversité de leurs auteurs, les codes de conduite transgressent la fonction d'autorité consubstantielle à la notion moderne de source du droit. Ils transgressent également la logique de clôture du système juridique en répondant à une dynamique expansive de contamination.

Concernant tout d'abord le lien intime et nécessaire qui unit la source du droit à l'institution qui la promulgue, il faut constater que n'importe qui peut être l'auteur ou être à l'origine d'un code de conduite. Certains codes sont édictés par un ou plusieurs Etats ou une organisation internationale, d'autres par des entreprises, des associations d'entreprises ou des organismes représentant un secteur d'activités, d'autres encore par des organisations non gouvernementales et des associations sans but lucratif, voire même par de simples particuliers, toutes ces personnes agissant soit isolément et de leur propre initiative, soit de concert à la faveur de codes dits multipartites. Le code de conduite est un instrument qui, à l'image du contrat, est disponible pour tous les acteurs, lesquels d'ailleurs ne s'en privent pas, ce qui provoque cette situation de « pannomie » qui a de quoi effrayer tout juriste normalement constitué.

Concernant ensuite la fonction de clôture de la théorie des sources, il ressort clairement de notre petite escapade dans le monde fabuleux des codes de conduite qu'elle n'est pas prise en charge par ceux-ci compte tenu de l'immense diversité des destinataires. Les codes de conduite peuvent viser tant des Etats, que des entreprises, des organisations non gouvernementales ou de simples particuliers, ou simultanément tout ou partie de ceux-ci. Les codes de conduite résultent de ou contribuent à produire un « effet de club » et, dans de nombreux cas, l'observation de la pratique révèle que le club en question peut être très fermé et les conditions pour en devenir membres plus ou moins strictly définies. Par contre, d'autres codes de conduite sont beaucoup plus vagues et la liste de leurs souscripteurs ou partenaires fait apparaître une hétérogénéité et une indifférenciation, pour ne pas dire une confusion, entre des acteurs aux statuts très différents (publics ou privés, marchands ou non marchands, petits et grands), qui tranche spectaculairement avec les pratiques habituelles au niveau international. Selon une pratique finalement relativement récente, on peut ainsi inviter à adhérer à un code non seulement les fournisseurs de service Internet, mais également tous ceux qui sont intéressés à la protection de la liberté d'expression et du droit à la vie privée sur le réseau. On peut encore, dans le cas du Pacte mondial, inviter à participer à un code non seulement les entreprises multinationales qui

B. Frydman & G. Lewkowicz

semblent visées au premier chef, mais également des associations, des experts ou même des autorités publiques régionales ou locales.

Cette observation relativement aux destinataires est d'autant plus importante que les codes de conduite ont souvent (mais pas toujours) un champ d'application défini principalement *ratione personae* plutôt que *ratione loci*. C'est évidemment le cas pour les codes à vocation globale sur lesquels nous concentrons plus particulièrement notre analyse. Ceux-ci présentent ce qui peut apparaître comme un avantage dans le contexte de la mondialisation, à savoir, celui de pouvoir viser des comportements et des pratiques à n'importe quel endroit de la planète, à l'intérieur même de n'importe quel Etat ou de n'importe quel groupe ou organisation³⁹. Cette indétermination et surtout le caractère expansif du champ d'application de ces codes est encore accru par d'autres moyens, tels que la clause, très fréquente en pratique, rencontrée dans le cas du code de Fruit of the Loom, qui impose à l'adhérent d'un code de conduite d'imposer à son tour les dispositions de celui-ci à ceux avec qui il noue des relations. Ce type de disposition est de nature à créer un « effet boule de neige », dont l'étude des courbes exponentielles nous indique les potentialités. La doctrine n'a d'ailleurs pas hésité à qualifier de « législateurs globaux » les sociétés leaders de marché lorsqu'elles décident ainsi d'étendre la portée de leur code de conduite à un nombre considérable de sociétés actives en différents endroits du globe⁴⁰. On est donc bien éloigné, pour ne pas dire à l'opposé, de la fonction de « clôture » remplie par les sources formelles du droit.

CHAPITRE III. – LES CODES DANS LE PRISME DES SOURCES

Si les codes de conduite semblent peu aptes et d'ailleurs peu enclins à assurer les fonctions généralement dévolues aux sources formelles du droit, leur développement et leur emprise sont désormais trop manifestes pour qu'ils demeurent plus longtemps ignorés ou méprisés par le droit positif. Il n'est plus tenable d'y voir simplement l'autre du droit ou une manifestation de « non-droit ». Les codes de conduite font partie de cette réalité dont le droit prétend rendre compte dans son intégralité et ils constituent en outre un concurrent sérieux qui sti-

39. La loi nationale s'essaie également à cette extra-territorialisation, comme par exemple avec les long-arm statutes américains ou plus près de nous les lois de compétence universelle, mais avec des fortunes diverses et en s'exposant aux accusations d'impérialisme. Quant à la norme internationale, elle peut avoir une vocation universelle, mais demeure largement tributaire, comme on sait, des Etats qui en sont les intermédiaires obligés à toutes les étapes de la négociation, de l'adoption et de l'exécution, voire de la sanction.

40. L.C. BACKER, « Economic Globalization and the Rise of Efficient Systems of Global Private Lawmaking: Wal-Mart as Global Legislator », *Connecticut Law Review*, vol.39, n°4, 2007, p.1 et sq.

Les codes de conduite, sources du droit global ?

mule la vocation moderne du droit à surplomber l'ensemble du champ normatif et à décider en dernier ressort, en leur prêtant ou non la force de son exigibilité, de la valeur et de la validité de toutes les normes sociales, quelle qu'en soit la nature. Il appartient dès lors au droit de définir les modalités de la prise en compte des codes de conduite et pour ce faire de les qualifier, ce qu'il fait logiquement par le moyen de la théorie des sources. Il ressort ainsi de l'étude de la pratique, principalement de la jurisprudence mais aussi de la réglementation administrative et parfois de la législation, que les dispositions des codes de conduite sont parfois juridiquement sanctionnées, soit au titre de la convention ou d'un autre acte juridique de volonté (Section I), soit au titre de l'usage (Section II), soit encore, indépendamment de la théorie des sources, comme un fait auquel le droit attribue des conséquences juridiques (Section III).

Section I. – LE CARACTERE CONVENTIONNEL DES CODES DE CONDUITE

Fondamentalement, qu'ils impliquent ou non, dans le chef de leurs destinataires, des engagements juridiques, des obligations formelles, des promesses, des limitations ou des interdictions, les codes de conduite constituent d'abord et avant tout de simples « propositions » auxquelles les destinataires potentiels peuvent choisir librement d'adhérer ou non. Ceci explique que les juristes ont naturellement tendance à analyser ces codes de conduite comme des actes juridiques qui tirent leur force obligatoire de l'autonomie de la volonté et du principe de la convention-loi, quelle que soit par ailleurs la forme exacte de cet engagement : acte unilatéral, contrat, stipulation pour autrui. Dans plusieurs affaires contentieuses, les parties ont fait valoir devant le juge des arguments tirés du caractère conventionnel des codes de conduite afin de leur attribuer des effets de droit. Dans d'autres cas, l'identification du code de conduite à une convention résulte directement de la pratique des parties.

§ 1. Le code de conduite comme engagement par acte unilatéral de volonté

Nos droits reconnaissent plus ou moins largement l'existence et la validité juridique d'engagements souscrits unilatéralement par un sujet de droit, sans contrepartie, et le caractère obligatoire de tels engagements lorsqu'ils sont extériorisés.

Dans une affaire relative au versement par une société des indemnités de licenciement à l'une de ses employées, la chambre sociale de la Cour de cassation française a ainsi été conduite à examiner l'effet d'un code de conduite d'entreprise sur les engagements contractuels de la

société à l'égard de ses employés. Rejetant l'argument de la société selon lequel l'existence en son sein d'un code de conduite produisait certaines conséquences sur le contenu du contrat d'emploi, la Cour indiquait, en 2001, « qu'une "charte des valeurs du projet d'entreprise" n'avait d'autre valeur que celle d'un engagement unilatéral de l'employeur dont elle suit le régime juridique »⁴¹. En l'espèce, la haute juridiction française visait sans doute principalement à limiter les effets juridiques des codes de conduite sur les obligations dérivées du contrat de travail. La qualification d'engagement unilatéral de volonté n'en est pas moins affirmée dans les motifs de la décision. L'édition d'un code de conduite pourrait donc suffire, en tant que tel, à lier juridiquement une société à l'égard des tiers.

Il faut remarquer ici que cette qualification n'exclut pas que les codes de conduite produisent des effets juridiques concrets à l'égard des travailleurs. Les codes de conduite sont en effet également reconnus comme l'expression du « pouvoir de direction » reconnu à l'employeur. A ce titre, ils peuvent d'ailleurs faire l'objet d'un contrôle marginal par le juge ou par les organes spécialement prévus par la loi. Pour en rester à la situation juridique française, il a été considéré que l'adoption d'un code de conduite pouvait constituer, en droit, une modification par adjonction au règlement d'ordre intérieur d'une société. Le tribunal de grand instance de Nanterre indiquait ainsi, en 2004, que « le code de conduite et les instructions adjointes constituent des prescriptions générales et permanentes au sens de l'article L. 122-39 du Code du travail et constituent à l'évidence une modification du règlement intérieur qui aurait dû être présentée pour avis au comité d'entreprise, à l'inspecteur du travail et au CHSCT »⁴². Les embarras juridiques de la qualification des différents éléments des codes de conduite d'entreprise, ont d'ailleurs conduit récemment la Direction générale du travail française à spécifier dans une circulaire le régime juridique applicable aux codes de conduite relativement aux employés d'une entreprise⁴³.

La question demeure cependant ouverte de savoir si l'adhésion par une entreprise à un code de conduite édicté par une organisation non gouvernementale ou internationale avec laquelle le destinataire n'entretient par ailleurs pas de rapports contractuels pourrait être constitutive, en cas d'extériorisation de cet engagement, d'un engagement par acte unilatéral de volonté, liant l'entreprise vis-à-vis des

41. Cass. Soc., 6 juin 2001, n°99-43.929.

42. TGI Nanterre, 6 oct. 2004, Comité d'établissement Novartis Pharma c. SAS Novartis Pharma.

43. Circulaire DGT 2008/22 du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur, Ministère du travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité, 2008. Disponible en ligne à l'adresse suivante http://www.ccip94.fr/upload/pdf/caprho12009_actu_circ_chartes_ethiques_19112008.pdf.

Les codes de conduite, sources du droit global ?

bénéficiaires du code. Quant au principe, la réponse positive ne fait guère de doute. Toutefois, sur le plan de la pratique, il faut bien reconnaître que la jurisprudence reste muette sur ce point attendu que les codes de conduite ne contiennent généralement pas d'engagement suffisamment précis pour être assimilés à des actes unilatéraux.

§ 2. – Le code de conduite comme contrat

Les codes de conduite peuvent également produire des effets de droit dans la mesure où ils sont considérés comme des conventions directement conclues par les parties ou, plus fréquemment, auxquelles les parties ont déclaré adhérer dans leur convention. En pratique, les codes de conduite sont fréquemment annexés ou inclus dans des contrats de sorte que leur violation peut être invoquée comme une exécution fautive de la convention justifiant la rupture des relations contractuelles ou entraînant d'autres conséquences. Cette situation est très courante dans le cas des sociétés transnationales qui imposent contractuellement à leurs sous-traitants le respect de leur code de conduite relativement aux conditions de travail, au respect des droits fondamentaux des travailleurs ou encore au respect de certaines règles en matière de protection de l'environnement. Le code de conduite ou ses dispositions sont insérés dans le contrat-cadre qui lie l'entreprise « tête de réseau » à l'ensemble de ses fournisseurs et sous-traitants.

Ainsi, comme nous l'avons évoqué plus haut, la société du secteur de l'habillement Fruit of the Loom impose son code de conduite à ses sous-traitants par le recours à un contrat standard « Fruit of the Loom Contractor Code of Conduct »⁴⁴. Si la société cocontractante soustraite tout ou partie de la production, le contrat impose à la société d'annexer au contrat, d'une part, un formulaire déclarant l'identité complète du ou des sous-traitants, d'autre part, un exemplaire signé par le ou les sous-traitants du « Fruit of the Loom Contractor Code of Conduct ». S'il s'avère que les règles prévues par le code de conduite ne sont pas respectées, le contrat prévoit que la société Fruit of the Loom est en droit de communiquer aux autorités compétentes toutes informations pertinentes relatives aux activités illégales du cocontractant ou de ses sous-traitants. En cas de non-respect du code de conduite, la société Fruit of the Loom se réserve également le droit de mettre fin au contrat de sous-traitance ainsi que celui d'exiger la rétrocession de toutes les sommes déjà versées au sous-traitant, y compris celles destinées à couvrir les frais déjà engagés par celui-ci pour l'achat de matières premières.

44. Il s'agit du « Fruit of the Loom Contractor Code of Conduct ». Il est disponible en ligne à l'adresse suivante <http://www.itglwf.org/doc/FruitoftheLoom.doc>.

B. Frydman & G. Lewkowicz

Le système de la société « Fruit of the Loom » correspond à celui mis en place par la plupart des entreprises multinationales. Il aboutit nécessairement à une logique de chaîne de contrats où les engagements pris dans le code de conduite de la société principale sont répercutés au long de toute la chaîne de production. Ce transfert des obligations peut aller très loin dans le maillage social. Ainsi, le contrat de travail des agriculteurs indiens qui travaillent directement ou indirectement pour la société Monsanto comprend une clause spécifique sur le travail des enfants qui reprend les obligations du code de conduite de Monsanto. Un agriculteur ayant recours au travail des enfants ne verra pas son contrat renouvelé l'année suivante⁴⁵.

§ 3. – La question de la stipulation pour autrui

La question s'est également posée de savoir dans quelle mesure les tiers, notamment les travailleurs d'un sous-traitant soumis contractuellement au respect d'un code de conduite, pouvaient tirer parti de cette « convention » à laquelle ils ne sont pourtant pas parties pour revendiquer certains droits directement auprès de la société « tête de réseau » qui édicte le code, mais avec laquelle ils ne sont pas dans une relation de travail, ni plus généralement dans une relation contractuelle quelconque.

Un tel argument a été invoqué notamment devant les juridictions américaines contre la société Wal-Mart. Une action en justice a ainsi été introduite en 2005 devant les juridictions californiennes⁴⁶. Il s'agit d'une action en nom collectif (class action) contre la société Wal-Mart visant à obtenir des dommages et intérêts, principalement⁴⁷, pour les actions commises par les sous-traitants de Wal-Mart à l'étranger. L'argument essentiel des employés des entreprises sous-traitantes est que : 1° le code de conduite imposé par Wal-Mart à ses sous-traitants constitue un contrat entre Wal-Mart et la société sous-traitante ; 2° le contrat était connu des employés de Wal-Mart puisqu'il était affiché dans les locaux de l'entreprise sous-traitante ; 3° certaines clauses du contrat concernaient les droits de l'homme et les employés étaient en droit de considérer que ces clauses étaient à leur bénéfice direct ; 4° la société Wal-Mart disposait, aux termes du contrat, des moyens nécessaires pour mettre fin aux violations de ces clauses commises

45. Voir « Monsanto reaffirms commitment to Human Rights Anti-Child Labour Program », India PRwire, disponible en ligne à l'adresse suivante <http://www.indiaprwire.com/pressrelease/other/2008061210262.htm>.

46. L'ensemble des textes pertinents concernant cette affaire sont consultables en ligne à l'adresse suivante <http://www.iradvocates.org/walmartcase.html>.

47. L'action en justice concerne également des Américains qui ont vu leur salaire diminué suite à l'implantation de Wal-Mart à l'étranger. Les requérants considèrent que l'enrichissement de Wal-Mart est injuste compte tenu des conditions qui le rendait possible. En conséquence, ils demandent réparation pour le préjudice subi.

Les codes de conduite, sources du droit global ?

par les sous-traitants ; 5° la société Wal-Mart n'a pas pris les mesures nécessaire pour garantir et sanctionner le respect des droits garantis par le contrat aux employés des sociétés sous-traitantes ; 6° Wal-Mart a par conséquent violé l'engagement pris dans le code de conduite au profit des travailleurs, qui demandent réparation du préjudice subi. En première instance, le juge américain a estimé que les plaignants n'avaient pas suffisamment établi que Wal-Mart, et non les sous-traitants, était la bonne cible de l'action⁴⁸. Les plaignants ont donc porté l'affaire devant la cour d'appel californienne. Celle-ci a confirmé dans sa décision du 10 juillet 2009 la décision rendue en première instance en soulignant que le texte du contrat de sous-traitance ne permettait pas de démontrer que Wal-Mart avait l'intention de s'obliger par celui-ci à s'assurer du respect effectif de son code de conduite à l'étranger⁴⁹.

Une décision en faveur des demandeurs aurait conduit à identifier la clause contractuelle imposée par une entreprise (stipulant) à son sous-traitant (promettant) et visant au respect d'un code de conduite ou d'engagements concernant les droits des travailleurs (tiers bénéficiaires) à une stipulation pour autrui ou à ce qui en tient lieu en droit des contrats de common law (third party beneficiary). Une telle décision aurait permis aux travailleurs d'invoquer, par exception au principe de la relativité des effets internes des contrats, le bénéfice d'une obligation contractuelle. Cette affaire met toutefois en évidence les limites des arguments tirés dans ce type d'affaire de la théorie de la stipulation pour autrui. Celle-ci suppose de démontrer l'intention des parties de créer des droits au bénéfice de tiers. Celle-ci est bien souvent absente dans le chef de l'entreprise « tête de réseau » qui impose contractuellement son code de conduite à ses sous-traitants principalement dans le but d'assurer son propre risque réputationnel. Toutefois, dans ce cas également, le code de conduite est appréhendé par le prisme du contrat.

§ 4. – La référence aux codes de conduite dans les marchés publics

On rencontre encore plusieurs références aux codes de conduite dans le domaine particulier des marchés publics. Il n'est en effet pas rare que l'autorité qui rédige le cahier des charges du marché requière de ceux qui soumissionnent qu'ils adhèrent à un certain code de conduite, établi ou entériné par l'autorité en question, et dont le sou-

48. Voir Jane Doe I, et al. v. Wal-Mart Stores, Inc., No. CV 05-7307 (C.D. Cal. Dec. 11, 2006).

49. La Cour indique en conséquence que « Wal-Mart had no legal duty under the Standards or common law negligence principles to monitor its suppliers or to protect Plaintiffs from the suppliers' alleged substandard labor practices. Wal-Mart is not Plaintiffs' employer [...] ». Jane Doe I, et al. v. Wal-Mart Stores, Inc., 572 F.3d 677, 685 (9th Cir. Jul. 10, 2009).

B. Frydman & G. Lewkowicz

missionnaire devra le cas échéant démontrer le respect par l'obtention d'un label.

Ainsi, en Italie, la région d'Umbria a adopté, en réponse à une pétition émanant de nombreux habitants de la région et soutenue notamment par l'entreprise de distribution Coop, une règle régionale concernant la prise en considération de critères éthiques, sociaux et environnementaux dans l'attribution des marchés publics. Une loi régionale n°20 du 12 novembre 2002 prévoit à cet effet l'ouverture d'un « registre des entreprises en possession du certificat de conformité au standard SA8000 »⁵⁰. Les entreprises figurant dans ce registre bénéficient, *ceteris paribus*, d'une priorité sur les autres entreprises lors de l'attribution par la région d'un marché public⁵¹. De telles dispositifs, qui visent à réserver le bénéfice des commandes publiques à des fournisseurs socialement et environnementalement responsables, qui peuvent « montrer patte blanche » non seulement dans leurs relations avec les autorités publiques et leurs opérations internes, mais aussi dans l'ensemble de leurs activités au niveau global, sont loin d'être isolés et tendent au contraire à se généraliser. D'autant plus que la Cour de Justice de l'Union européenne a considéré que ce type de mécanismes est conforme au droit de la concurrence et au droit européen des marchés publics⁵². Quoi qu'il en soit, par le moyen de ces dispositifs, il est fait pression sur les acteurs pour qu'ils adoptent un code de conduite et les dispositions de celui-ci seront directement⁵³ ou indirectement incluses dans le contrat de marché.

§ 5. – Les limites de la qualification conventionnelle

Les codes de conduite peuvent donc être appréhendés par le droit comme des contrats ou des actes d'engagement unilatéraux. Cette qualification est attrayante car elle apporte une solution simple et

50. La loi italienne énonce en son article 2 § 1 que « Al fine di favorire lo sviluppo tra i cittadini umbri di una maggiore sensibilità nei confronti delle problematiche relative alla responsabilità sociale degli operatori economici e di promuovere le attività delle imprese di produzione e di commercializzazione che rispettano i principi della responsabilità sociale, è istituito l'Albo delle imprese in possesso del certificato di conformità allo standard SA 8000 ». Legge regionale del 12 Novembre 2002 n°20, Istituzione dell'Albo delle imprese certificate SA 8000, Bollettino Ufficiale, n°51, 27 nov. 2002.

51. Ibid., art.4 § 1, d.

52. Voir CEJ, Concordia Bus, 17 septembre 2002, C-513/99. La position adoptée par la Cour en 2002 a ensuite été confirmée par la législation européenne sur les marchés publics. Voir Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, Journal officiel n° L 134 du 30/04/2004, p. 0114 – 0240.

53. Notons que la Cour européenne de Justice a considéré que la pratique qui consistait à imposer à un adjudicataire des règles sociales et environnementales dans l'exécution des contrats n'était pas contraire au droit européen de la concurrence. Voir CEJ, Gebroeders Beentjes BV c. Pays-Bas, 20 septembre 1988, C-31/87.

Les codes de conduite, sources du droit global ?

élégante au problème de la qualification des codes de conduite comme source formelle du droit. Les conventions sont en effet généralement reconnues, sous réserve des controverses épiques entre subjectivistes et objectivistes sur le fondement des obligations, comme une source du droit à tout le moins dérivée, au surplus bien identifiée sur le plan formel et sur celui de sa définition. Une telle analyse manque toutefois une dimension importante des codes de conduite. En effet, si le code de conduite ressemble à la convention en ce qu'il repose sur un engagement volontaire, il s'en distingue cependant par son objet qui est essentiellement d'ordre normatif et ne vise pas particulièrement l'aménagement des relations juridiques entre les parties ou la réalisation d'une opération qui en constitue l'objet. Le code de conduite, si ce terme a un sens, a essentiellement pour objet de fixer des règles de comportement et de généraliser le respect de ces règles à un ensemble de destinataires, déterminés ou non. Ce cas de figure n'est toutefois pas inconnu des sources du droit puisque nous rencontrons en droit international public le cas du « traité », dont la forme et la conclusion sont de nature conventionnelle, mais qui peut avoir, c'est la fameuse catégorie des « traités-lois », pour objet principal ou unique de fixer des règles communes aux parties et aux personnes qui en dépendent.

L'analyse en termes conventionnels suscite en outre une autre difficulté, à vrai dire plus fondamentale, qui tient au fait qu'un très grand nombre de codes de conduite se présentent de manière délibérée comme non contraignants (non binding), même et y compris en cas d'adhésion formelle, et donnent expressément aux engagements qui y sont souscrits une portée morale ou éthique (responsability) plutôt que juridique (liability), allant jusqu'à exclure le code et ses dispositions du champ juridique et d'une quelconque exigibilité. Pour reprendre l'analogie avec les sources du droit international, le code de conduite ressemble davantage à une simple déclaration, fût-elle solennelle, qu'à un traité en bonne et due forme. Or, le contrat, tout comme les autres actes de volonté, requiert non seulement le consentement des parties en présence, mais également la volonté de s'engager, c'est-à-dire de produire des effets juridiques, de créer, modifier, transmettre ou éteindre des droits et des obligations. Une telle volonté fait la plus part du temps défaut dans les codes de conduite et la volonté de ne pas s'engager constitue très souvent et explicitement le mobile déterminant du choix du « code de conduite » comme support des normes énoncées⁵⁴. Il en résulte qu'en pratique, comme l'ont montré

54. Remarquons cependant en passant que, dans une affaire de contrefaçon, le juge français n'a pas hésité récemment à requalifier un engagement moral en un engagement juridiquement contraignant. Dans cette affaire, les sociétés Camaieu International et Camaieu SA avaient contrefait les produits de la société Créations Nelson alors que ces sociétés avaient conclu un accord transactionnel dans lequel les deux premières sociétés s'étaient engagées à ne pas copier les produits de la seconde. Cet accord précisait que cet engagement « constitue un engagement exclusivement moral dont tout éventuel manquement ne saurait être considéré comme une inexécution des termes du présent protocole ». Condamnées en première instance, puis par le Cour

B. Frydman & G. Lewkowicz

les quelques exemples développés ci-dessus, ceux qui revendiquent le respect des « engagements » pris dans les codes de conduite, au titre de l'exécution des conventions ou d'actes juridiques unilatéraux, échouent le plus souvent dans leur action. La jurisprudence et les autres sources du droit ont dès lors été amenées à considérer d'autres moyens de conférer des effets juridiques aux codes de conduite et à leurs violations.

Section II. – LA SANCTION DES CODES DE CONDUITE AU TITRE DE L'USAGE ET DES BONNES PRATIQUES

Faute de reconnaître dans le code de conduite un contrat, une autre grande porte d'entrée des codes dans les mailles du droit positif est celle de la catégorie de la coutume, de l'usage et du standard de comportement. Il est en effet possible de donner un effet aux dispositions des codes de conduite en considérant que celles-ci codifient ou contribuent à créer des règles de bonnes conduites applicables à une profession ou à un secteur déterminé au titre des règles de l'art ou de la déontologie. Tel est en particulier le cas pour les codes dits sectoriels qui fixent, notamment dans les domaines du jouet, des articles de sport, du commerce du bois ou des espèces vivantes, des normes applicables aux entreprises et aux professionnels, suppléant ainsi le défaut de règles déontologiques propres à certaines professions organisées, notamment les professions libérales.

On connaît bien les différents effets que le droit est susceptible d'accorder à ce type de dispositions au titre des usages conventionnels et des règles de bon comportement. Ils sont susceptibles de compléter les obligations conventionnelles des parties, selon le prescrit des articles 1135, 1159 et 1160 du Code civil, qui demandent de compléter les conventions par les clauses qui sont d'usage « dans le pays » encore qu'elles ne soient pas exprimées dans le contrat. Les dispositions d'un code de conduite peuvent également servir de référence pour déterminer si une personne a commis une faute, contractuelle ou aquilienne, soit au titre de « règles de l'art » pour les prescriptions techniques, soit au titre de « règles déontologiques ». D'autre part, le fait pour une entreprise ou une personne quelconque de ne pas

d'appel de Paris, les sociétés Camaieu International et Camaieu SA introduisent un pourvoi en cassation sur le motif, notamment, que la Cour d'appel de Paris en faisant produire un effet juridique à une obligation purement morale aurait violé l'article 1134 du code civil et les règles régissant les obligations naturelles. En 2007, la Cour de Cassation rejette le pourvoi et indique « qu'en s'engageant, fût-ce moralement, « à ne pas copier » les produits commercialisés par la société Créations Nelson, la société Camaieu International avait exprimé la volonté non équivoque et délibérée de s'obliger envers la société concurrente ; que la cour d'appel, qui n'encourt aucun des griefs du moyen, en a donc exactement déduit que cette clause avait une valeur contraignante pour l'intéressée et qu'elle lui était juridiquement opposable ». Cass. Com., 23 janvier 2007, 05-13189.

Les codes de conduite, sources du droit global ?

respecter le code de conduite qu'elle a elle-même édicté (ou auquel elle a adhéré) pourra être considéré par les juges comme constituant en soi une mauvaise pratique et le cas échéant un manquement aux usages honnêtes en matière commerciale.

La célèbre affaire *Kasky v. Nike* aux Etats-Unis constitue une illustration remarquable de ce principe. Le géant américain de la chaussure et des accessoires de sport, Nike, a été extrêmement critiqué pour les conditions de travail, de santé et de salaire, imposés, dans l'indifférence ou même sous le regard bienveillant des autorités locales, par ses sous-traitants aux jeunes ouvrières qu'ils emploient dans des usines établies dans des pays où la main-d'œuvre est bon marché. En réponse aux critiques, la société Nike avait non seulement adhéré à un code sectoriel établi sous l'égide des autorités américaines⁵⁵, mais elle avait en outre développé son propre code de conduite d'entreprise, aux dispositions plus exigeantes et vérifiées par des auditeurs internes et externes. La société avait ainsi publié son code, ainsi que le rapport d'un auditeur extérieur indiquant l'absence de violation significative de ses dispositions⁵⁶, à la faveur d'importantes campagnes de presse. Suite à d'autres informations faisant état de la persistance de conditions déplorables, en violation totale des dispositions du code de conduite et des droits élémentaires des travailleurs dans plusieurs usines fabriquant les produits Nike, M. Kasky, un simple citoyen de Californie engagé dans la protection des consommateurs, se servit astucieusement d'une disposition de la loi californienne pour attaquer Nike, au nom de l'intérêt général, du chef de publicité mensongère. La Cour suprême de Californie admit que la publicité donnée par Nike à son code de conduite et à son engagement de le faire respecter ouvrait bien une cause d'action à M. Kasky au titre des pratiques déloyales en matière commerciale⁵⁷. La Cour suprême des Etats-Unis se saisit même de l'affaire, avant de se raviser⁵⁸, ouvrant la voie à une solution transactionnelle.

En Europe, une solution analogue est imposée par la directive communautaire 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales⁵⁹, qui assimile, dans certaines conditions, néanmoins plus

55. Voir *supra*.

56. Andrew Young, ex-ambassadeur des Etats-Unis à l'O.N.U, responsable de l'association

57. *Kasky v. Nike, Inc.*, 27 Cal. 4th 939 (2002). La Cour indique ainsi que : « when a corporation, to maintain and increase its sales and profits, makes public statements defending labor practices and working conditions at factories where its products are made, those public statements are commercial speech that may be regulated to prevent consumer deception ».

58. *Nike, Inc., et al. v. Kasky*, 539 U.S. 654 (2003).

59. 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 dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement

B. Frydman & G. Lewkowicz

restrictives, la violation des dispositions d'un code de conduite à une pratique déloyale. L'article 2.f. de la directive précitée définit ainsi le code de conduite comme : « un accord ou un ensemble de règles qui ne sont pas imposés par les dispositions législatives, réglementaires ou administratives d'un État membre et qui définissent le comportement des professionnels qui s'engagent à être liés par lui en ce qui concerne une ou plusieurs pratiques commerciales ou un ou plusieurs secteurs d'activité ». Quant à l'article 6.2.b., il qualifie d'actions trompeuses : « le non-respect par le professionnel d'engagements contenus dans un code de conduite par lequel il s'est engagé à être lié, dès lors : que ces engagements ne sont pas de simples aspirations, mais sont fermes et vérifiables, et que le professionnel indique, dans le cadre d'une pratique commerciale, qu'il est lié par le code. ». L'annexe 1 de la directive, qui précise les pratiques commerciales déloyales en toute circonstance, qualifie de pratiques commerciales trompeuses, le fait, pour un professionnel, de se prétendre signataire d'un code de conduite alors qu'il ne l'est pas (annexe 1, alinéa 1), ou encore, d'affirmer qu'un code de conduite a reçu l'approbation d'un organisme public ou autre alors que ce n'est pas le cas (annexe 1, al. 3). Cette directive confère, au niveau européen, un statut juridique aux codes de conduite, différent de celui du contrat, même si elle exige également la volonté de l'entreprise de s'engager. Elle ouvre ainsi une voie judiciaire aux consommateurs qui s'estimeraient lésés par leur violation.

L'usage et les bonnes pratiques constituent ainsi une alternative prometteuse aux défaillances de la qualification contractuelle des codes de conduite. Cette qualification alternative nous paraît, par delà la contingence des espèces, source d'enseignement. Dans une société en voie de mondialisation, où ni la durée ni la communauté de vie ne permettent plus à la coutume de se développer efficacement et qui ne peut s'appuyer sur un passé de traditions communes, les codes de conduite, à l'image des normes techniques, peuvent contribuer à la généralisation, voire à la création artificielle de toutes pièces, de règles de « bonne conduite », dont le respect pourra être revendiqué ou invoqué, notamment en l'absence de norme légale ou réglementaire, au titre de l'usage pour en tirer des effets de droit. On aperçoit ici un important débouché pour les codes de conduite, en particulier dans les domaines peu réglementés et peu ou pas institutionnalisés du droit global.

(CE) n°2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), Journal officiel de l'Union européenne, L. 149/22, 11 juin 2005.

*Les codes de conduite, sources du droit global ?***Section III. – LES CODES DE CONDUITE COMME ÉLÉMENTS DE FAIT : LE CAS DU DROIT PÉNAL**

Indépendamment de leur statut de source formelle et des cas cités ci-dessus, les codes de conduite peuvent encore se voir attribuer ou reconnaître des effets juridiques de multiples façons. Il n'est pas possible ni sans doute nécessaire de décrire ou même de mentionner, dans le cadre limité de cette étude, l'ensemble de ces effets, qui n'ont d'autres limites que les capacités d'invention et d'imagination des juristes, lesquelles se révèlent particulièrement fertiles lorsqu'elles sont mises à l'épreuve de la mondialisation. On se bornera à en donner un exemple, que nous emprunterons au terrain du droit pénal, afin de bien montrer que les codes de conduite sont, en dépit des apparences, loin d'être anodins et qu'ils sont susceptibles d'affecter le cœur même de l'ordre juridique classique.

L'observation de la pratique montre qu'en matière pénale un code de conduite peut, dans certains cas, soit en vertu de la jurisprudence, soit par la volonté du législateur, constituer une cause d'excuse, voire une cause de justification, de nature, sinon à supprimer l'infraction, du moins à entraîner la réduction de la peine prononcée, voire la suppression des poursuites.

Le législateur peut ainsi mettre en place les bases d'une politique jurisprudentielle destinée à réduire la peine lorsqu'il existe une politique préventive crédible au sein d'une société. Ainsi, le droit fédéral américain Sentencing Guidelines for Organizations, adopté par le Congrès américain en 1991, prévoit qu'une entreprise peut obtenir une réduction des sanctions pénales auxquelles elle s'expose, voire éviter toute poursuite⁶⁰, si, malgré sa mauvaise conduite, elle était dotée d'un code éthique⁶¹. Ces Guidelines⁶² prennent la forme d'un manuel destiné aux juges fédéraux leur permettant de déterminer la peine correspondant aux infractions commises par les entreprises. Elles incitent les entreprises à prévenir les violations du droit pénal fédéral en développant une politique éthique ainsi que des mécanismes internes destinés à prévenir, identifier et dénoncer les infractions pénales au sein des entreprises. Une entreprise qui démontre qu'elle a adopté un « effective compliance program » avant la violation litigieuse peut ainsi voir

60. La possibilité pour les entreprises d'éviter toute poursuite a fait l'objet de nombreuses critiques. Certains n'hésitent pas à parler à cet égard d'un « commerce des faveurs ». Voir W.S. LAUFER, « Corporate prosecution, cooperation, and the trading of favors », Iowa Law Review, vol. 87, 2002, p. 643 et sq.

61. D. IZRAELI, M.S. SCHWARTZ, « What Can We Learn From the U.S. Federal Sentencing Guidelines for Organizational Ethics ? », Journal of Business Ethics, vol. 17, n° 9-10, p. 1045 et sq.

62. United States Sentencing Commission, Federal Sentencing Guidelines, 2005. Le texte est disponible en ligne sur le site Internet de la Commission à l'adresse suivante <http://www.ussc.gov>.

B. Frydman & G. Lewkowicz

ses peines réduites jusqu'à 95 % de la peine ordinaire⁶³.

On trouve également un écho de cette conception exemptoire des codes de conduite en droit pénal international, où l'existence d'un code de conduite pourrait constituer un argument de défense en cas de poursuite des responsables de groupes armés devant des juridictions nationales ou internationales cherchant à établir leur responsabilité dans la commission de crimes visés par le droit pénal international. Ainsi, dans l'affaire *Le Procureur c. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao*, devant le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, la défense d'Augustine Gbao, ancien commandant de l'unité de défense interne du Front Unifié Révolutionnaire de Sierra Leone, s'est appuyé notamment sur l'existence du code de conduite interne du Front pour tenter de démontrer qu'il n'avait d'aucune manière ordonner, solliciter ou encourager la commission d'un crime visé par le statut du Tribunal Spécial. Au contraire, Augustine Gbao aurait agi de manière constante afin d'investiguer les allégations de violation du code de conduite et des Conventions de Genève⁶⁴. En l'espèce, la Cour a toutefois considéré que, si le code de conduite permettait d'établir l'existence d'une discipline au sein des troupes du Front, son application sélective ne permettait pas de considérer qu'il s'agissait d'un mécanisme effectif destiné à prévenir et punir les crimes commis contre des civils ou des personnes hors de combat⁶⁵. A contrario, une application plus systématique d'un mécanisme de contrôle interne pourrait bien constituer, dans le futur, un élément pertinent dans l'examen de la responsabilité pénale des dirigeants des groupes armés.

Que ce soit par la voie législative ou jurisprudentielle, les codes de conduite sont donc susceptibles de jouer un certain rôle dans l'établissement de la peine ou de la recherche de l'intention propre à toute infraction pénale.

CHAPITRE IV. – LES SOURCES DANS LE PRISME DES CODES

Conventionnel par leur forme et réglementaire par leur contenu, les codes de conduite se rapprochent fonctionnellement de l'usage, qu'ils tentent de généraliser, voire même de fabriquer artificiellement, dans un

63. Federal Sentencing Guidelines, § 8 C2.5.f. relatif à la réduction du « culpability score ».

64. Voir l'analyse de la défense de Augustine Gbao dans J. BOUBOUSHIAN, « RUF Trial Report: Augutsine Gbao Defense Case-in-Chief, June 2 - June 24, 2008 », U.C. Berkeley War Crimes Studies Center, Special Court Monitoring Program Update, n°104, p.9 et sq. Disponible en ligne à l'adresse suivante <http://socrates.berkeley.edu/~warcrime/SL-Reports/Gbao%20Report%20v2.pdf>.

65. TSSL, *Prosecutor c. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao*, Chambre de première instance I, SCSL-04-15-T, Jugement, 3 mars 2009, spécialement § 704-712.

Les codes de conduite, sources du droit global ?

contexte global peu ou pas institutionnalisé et au sein duquel la vitesse, l'absence de communauté de vie ou de traditions communes ne favorisent pas naturellement l'émergence de la coutume. C'est peut-être d'ailleurs la raison pour laquelle ils se démultiplient sous nos yeux en s'inscrivant dans un projet normatif bien différent de celui du droit moderne et qui a pris toute la mesure de la leçon de Gabriel Tarde qui indiquait déjà que « le gouvernement le plus despotique et le plus minutieux, la législation la plus obéie et la plus rigoureuse, c'est l'usage. [...] ces mille et une habitudes reçues, qui règlent la conduite privée, non pas de haut et abstraitement comme la loi, mais de très près et dans le moindre détail »⁶⁶.

A mi-chemin entre la convention et l'usage, les codes de conduite peuvent être pris en compte par le droit positif lorsque la pratique parvient à rattacher ces instruments à ses sources classiques. C'est la vocation et la force d'un paradigme que d'avoir ainsi réponse à tout. Il est d'ailleurs indispensable, pour l'intégrité du droit, de défendre la théorie des sources contre le vacarme des codes de conduite. Les codes de conduite sont des faits extérieurs au droit, ils font partie de l'environnement du système juridique, et il revient à ce système et à lui seul de définir les modalités de leur prise en compte par le droit en suivant les voies traditionnelles de la qualification juridique et de la remontée vers les sources du droit. Une telle position est très certainement cohérente. Elle manque peut-être toutefois l'essentiel en conduisant la théorie du droit sur des chemins peu féconds et peu à même de saisir l'originalité de la force normative de ces instruments qui peuplent de plus en plus le paysage du droit⁶⁷.

Plutôt que de raccrocher plus ou moins adroitement les codes de conduite à la théorie classique des sources, quitte à amender celle-ci, voire à en redessiner les catégories, peut-être vaut-il mieux tenter de comprendre la logique propre qui anime les codes de conduite et les porte à s'inscrire précisément en dehors ou à côté du champ occupé par les sources formelles du droit. Une telle lecture conduit nécessairement à réaliser plusieurs pas de côté.

Premièrement, alors que les sources imposent, les codes de conduite proposent. Leur maître-mot semble être l'absence de contrainte, de caractère obligatoire, de sanction voire de caractère juridique, ce qui les apparente à la *soft law*, dont ils constituent, on l'a dit, un des instruments de prédilection. De là le peu d'importance qui s'attache à l'auteur du code et à son autorité ou à sa légitimité, au contraire des sources formelles, qui, dans les ordres juridiques modernes, tirent une grande partie de leur force et de leur validité du lien intime qui les

66. G. TARDE, *Les lois de l'imitation*, Paris, Les empêcheurs de penser en rond, 2001, p.377.

67. Voir à ce sujet, K. BENYEKHFLEF, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008.

B. Frydman & G. Lewkowicz

unit à l'institution qui les édicte, comme l'indique bien le sens du mot « source ». De là aussi, la disponibilité du code de conduite qui s'offre à tout qui prétend imprimer son rythme à la marche du monde, quitte à susciter une pénible cacophonie.

Deuxièmement, le code de conduite s'intéresse moins à son origine qu'à ses destinataires. Généralement indifférent aux territoires, il s'adresse davantage aux personnes, mais souvent sans se limiter, au contraire des sources, à un champ déterminé. Alors que la source formelle obéit à un principe de clôture et détermine méthodiquement un champ d'application, le code de conduite entretient volontiers le flou sur ses ambitions, qui, pour être mieux dissimulées, n'en sont pas moins démesurées. Faussement modeste, le code de conduite a sans doute mieux compris que d'autres textes, plus autoritaires, les règles du jeu dans lequel il évolue. Il sait qu'on n'attire pas des mouches avec du vinaigre et qu'il ne suffit pas de taper sur la table pour être entendu, ni de menacer des pires sanctions pour être écouté, surtout lorsqu'on n'a pas la force et les moyens de les faire exécuter. Le code de conduite produit des logiques d'apprentissage dont l'efficacité est, comme toujours, fonction de la réceptivité des élèves. Il va son chemin : il se répand et se diffuse ; il se propage, de proche en proche ; il contamine à l'instar d'un rhume ou d'un virus informatique. Et s'il échoue à s'imposer, il sera remis au placard et oublié sans remords, avant d'être remplacé par un autre candidat mieux inspiré ou plus chanceux.

On comprend dès lors que, du point de vue du code de conduite, sa prise en compte par le droit, le vrai, le droit positif, et le statut que celui-ci s'accordera ou non à lui reconnaître, est le cadet de ses soucis. Cette question est en effet exclusivement celle du droit positif qui, il est vrai, parvient de plus en plus difficilement – pour le dire en des termes luhmaniens – à assurer sa clôture normative face à un environnement pétri de communications qui, tels les codes de conduite, miment le langage juridique et en piratent les codes sans pour autant s'inscrire dans la même perspective d'ensemble⁶⁸. Les codes de conduite sont un problème pour le droit – et ici encore la comparaison avec le *modus operandi* des maladies virales serait instructive – et non l'inverse. Ceci est particulièrement perceptible dans les cas où les codes de conduite ne se limitent pas à imiter les formes du droit positif, mais vont jusqu'à en emprunter le contenu. Il n'est en effet pas rare qu'un code de conduite reproduise purement et simplement tout ou partie d'une norme juridique applicable. Cette tendance à la répétition est d'ailleurs très souvent perçue comme rassurante par la doctrine qui y voit le signe que les codes de conduite – et autres instruments de « droit doux » – sont fondamentalement les

68. Dans cette perspective, voir G.-P. CALLIESS, M.C. RENNER, « From Soft Law to Hard Code: The Juridification of Global Governance », *Ratio Juris*, vol.22, 2009, p.260-280.

Les codes de conduite, sources du droit global ?

relais des obligations juridiques. La conclusion devrait pourtant être exactement inverse. La propension des codes de conduite à reproduire jusqu'au prescrit des normes du droit positif démontre bien que ceux-ci ne sauraient être réduits à de simples auxiliaires du droit. Ils sont au contraire l'expression d'un projet normatif dont l'autonomie nécessite précisément de phagocyter et de soumettre à leur propre régime certaines règles issues du droit positif. Le code obéit en effet à une logique, dont on dira soit qu'elle est étrangère au droit, soit qu'elle impose de le repenser fondamentalement, ce qui pragmatiquement revient au même. Quelle que soit la manière dont on repense ainsi le droit, et singulièrement le droit global, il semble impossible de le faire avec pertinence sur la base de l'inventaire, même actualisé, de ses sources.

Pour reprendre des concepts bien connus⁶⁹, nous dirons en conclusion que les codes de conduite sont au réseau ce que les sources du droit sont à la pyramide. Si ceci est exact, alors il ne suffira sans doute pas de repenser les sources du droit à la lumière de ces nouveaux venus, mais il faudra envisager de penser le droit, du moins le droit global, en prenant le risque de s'affranchir, ne fut-ce que méthodiquement, de la théorie des sources.

69. F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.