

**Recueil Dalloz 2013 p. 1558****La responsabilité sociétale de l'entreprise : du concept à la norme 📄(1)**

**Roxana Family, Maître de conférences en droit privé, Université de Cergy-Pontoise, membre LEJEP - chaire Droit & éthique des affaires, doyen de la Faculté de droit**

**L'essentiel**

Engageant sa responsabilité sur un plan financier, pénal, social ou environnemental, l'entreprise doit non seulement s'inscrire dans une démarche de gestion préventive des risques financiers ou extra-financiers, mais agir également dans sa sphère d'influence pour s'assurer de la protection des droits fondamentaux, de la préservation de l'environnement ou encore du respect des bonnes pratiques. Investie ainsi d'une mission à l'égard de la société, « l'entreprise citoyenne » doit faire face à une nouvelle forme de responsabilité appelée RSE. La difficulté provient de ce que cet acronyme est indifféremment employé pour désigner la responsabilité sociale et environnementale ou la responsabilité sociale/sociétale de l'entreprise. Si les théories doctrinales qui fondent la RSE permettent de se prononcer en faveur du rôle sociétal désormais dévolu à l'entreprise, l'analyse du droit positif révèle que la RSE puise de plus en plus son fondement dans une réglementation contraignante. Pour parvenir aux multiples objectifs qui lui sont fixés, l'entreprise aurait une obligation d'agir, mais disposerait du choix des moyens dont l'efficacité juridique reste à vérifier.

**La RSE, un acronyme multi-facettes** - Si tous s'accordent à dire que la RSE traduit une forme de responsabilité de l'entreprise, la question reste de savoir de quelle responsabilité il s'agit. En effet, selon les auteurs ou les entreprises, il est fait référence tantôt à la responsabilité sociale et environnementale (RSE) et tantôt à la responsabilité sociale/sociétale de l'entreprise (RSE). On le voit, dans les deux cas, l'acronyme est identique. Cette dualité traduit le caractère à la fois complexe et flou de cette forme de responsabilité dont la diversité des sources est sans doute à l'origine des clarifications qui s'imposent.

A la suite des nombreux scandales financiers et catastrophes écologiques, la nécessité de prévenir tous les risques liés aux activités d'une entreprise est devenue manifeste et a débouché sur un foisonnement de législations, tant en France qu'à l'étranger. Sous l'influence d'une réglementation de plus en plus contraignante de la *hard law*, l'entreprise est progressivement passée à une politique de gestion globale des risques, tant dans une approche préventive que curative, pour s'assurer de la conformité de ses activités et de ses démarches avec un *corpus* réglementaire et législatif de plus en plus fourni. Engageant ainsi sa responsabilité sur plusieurs plans (financier, pénal, social, environnemental), l'entreprise doit l'anticiper : en matière de gouvernement d'entreprise 📄(2), pour limiter les risques de gouvernance et veiller à l'équilibre des pouvoirs ; en matière sociale, pour prévenir les risques sociaux et veiller à une gestion responsable des ressources humaines ; et, enfin, en matière environnementale, pour maîtriser les impacts environnementaux de ses activités sur la santé et la sécurité des personnes et veiller à la protection de l'environnement.

Cette approche plus globale de la gestion des risques, qui transforme les fondements de la responsabilité de l'entreprise, est essentiellement tournée vers l'interne. Conduisant à une analyse du fonctionnement et des risques opérationnels, elle présente notamment le mérite de ne plus limiter l'évaluation de la performance à une acception purement financière pour y introduire des critères extra-financiers. La responsabilité sociale et environnementale, vue de l'interne, et à travers le prisme du fonctionnement de l'entreprise, traduit par conséquent la contrainte de prévoir une politique de gestion globale des risques.

Parallèlement, sous l'effet de la globalisation ou de la mondialisation, l'influence des sociétés multinationales dans leur sphère d'activité a été de plus en plus soulignée pour amorcer un mouvement de responsabilisation des entreprises et les engager aux côtés des Etats dans la promotion et le respect des droits fondamentaux, ou de certaines valeurs communément partagées, ainsi que dans la lutte contre les pratiques illégales. L'entreprise a été progressivement investie d'une mission à l'égard de la société et à laquelle il est fait référence sous la dénomination de responsabilité sociétale de l'entreprise.

La présente étude s'intéresse à cette responsabilité, dont il convient d'explicitier le concept (I), avant de l'aborder dans une approche normative (II).

## I - L'approche conceptuelle de la responsabilité sociétale de l'entreprise

**L'entreprise citoyenne** - L'idée de « l'entreprise citoyenne » n'est pas nouvelle. Apparente en filigrane dans les analyses des économistes dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, elle a été essentiellement développée au milieu du XX<sup>e</sup> siècle par le courant « *Business and Society* ». Partisans de l'insertion de l'entreprise et du monde des affaires dans la société, et favorables à des préoccupations de cohésion sociale, ses adhérents proposent une vision renouvelée de l'entreprise qui doit servir l'intérêt commun au sein de la société dont elle est membre. Les travaux de Berle et Means (3), qui dissocient le pouvoir du *management* et le droit de propriété des actionnaires, ont sans doute beaucoup influencé ce courant de pensée. L'idée se fait alors jour que l'entreprise doit développer des normes fondées sur des valeurs et l'éthique pour déjouer les décisions arbitraires des actionnaires. Prenant le contre-pied des idées de Milton Friedman sur le laisser-faire et la thèse de l'entreprise-profit, qui réduisait la responsabilité sociétale de l'entreprise à l'accroissement du profit (4), la théorie de l'entreprise citoyenne a d'abord servi à une approche de *management* éthique et de réforme du modèle de l'entreprise sous l'influence de l'économiste Howard Bowen (5), pour ensuite permettre à R. Edward Freeman (6) de développer la thèse des *stakeholders*, en français « théorie des parties prenantes » (TPP) (7). Cette thèse réunit, sous une même dénomination, tous les individus ou groupements, impactés par la réalisation des objectifs de l'entreprise, et dont les intérêts doivent être pris en compte ou préservés. Les parties prenantes peuvent être de premier rang pour désigner les personnes ou groupements directement affectés : clients, consommateurs, fournisseurs, sous-traitants, investisseurs, concurrents. Elles peuvent être de second rang pour désigner les personnes ou groupements indirectement affectés : population locale, organisations non gouvernementales (ONG), associations, collectivités territoriales, Etats (8)... L'entreprise n'est plus uniquement étudiée à travers le prisme de l'économie ou de la propriété, elle est inscrite dans son environnement socio-économique et se trouve un acteur à part entière au service de la société. Cette nouvelle approche est tournée vers l'extérieur et analyse les relations que l'entreprise entretient avec la société dans son ensemble, qu'il s'agisse d'individus, de groupements ou d'Etats.

Si les premières études consacrées à l'entreprise citoyenne s'intéressent essentiellement au rôle des hommes d'affaires (*businessmen*), l'apport essentiel de la théorie des parties prenantes est de transposer ce rôle, et par voie de conséquence la responsabilité, à un niveau institutionnel, celui de l'entreprise. C'est l'émergence de la *corporate social responsibility* (CSR), traduite en français par responsabilité sociétale de l'entreprise (RSE), qui se structure sous l'influence de la théorie du développement durable.

**Corporate social responsibility** - Au même moment que la thèse de l'entreprise citoyenne se construit chez les économistes et les gestionnaires, une autre idée liée à la mondialisation se développe dans les années 1970, celle d'un développement dans le respect de la planète rendant compatible croissance économique, protection de l'environnement et prise en compte des exigences sociales. Appelée *sustainable development* dans le rapport Brundtland de 1987 des Nations Unies, cette théorie est traduite en français par développement durable (9). Le concept a été défini en 1987 par le *World Business Council for Sustainable Development* (WBCSD, Conseil mondial des affaires pour le développement durable) comme « le développement économique qui permet de satisfaire les besoins de la présente génération sans compromettre la capacité des générations futures à satisfaire leurs propres besoins ». On le voit, la définition suppose une équité inter et intra-générationnelle, horizontale et verticale. C'est alors que la doctrine a tenté de justifier le développement durable et d'en systématiser les fondements. Dans son célèbre ouvrage (10), John Elkington a proposé de fonder le concept sur la théorie de *triple bottom line* (triple résultat) qui préconise la prise en compte conjointe de l'économie, de l'environnement et du social. La contribution de John Elkington a achevé la promotion du rôle sociétal de l'entreprise jusqu'à en faire un instrument de mesure de sa performance. L'application de cette théorie permet d'évaluer l'entreprise à travers trois types de performances simultanées dont la gestion s'impose à elle : la performance environnementale analyse les conséquences de l'activité de l'entreprise et de ses produits sur la consommation des ressources, la production de déchets, les émissions polluantes... ; la performance sociale permet de mesurer les conséquences sociales de l'activité de l'entreprise sur l'ensemble de ses acteurs : salariés (conditions de travail, rémunération, absence de discrimination, avantages sociaux, conditions de sécurité), employeur (conditions financières, faveur accordée à l'expression et au dialogue, gestion des conflits d'intérêts), fournisseurs (qualité des produits, conditions de travail, respect des normes), consommateurs (informations relatives aux produits, sécurité des produits, image des produits) et associés (politique de distribution d'actions gratuites, de distribution de

dividendes) ; la performance économique se mesure à l'aune de ressources tant financières qu'extra-financières comme la confiance, la réputation, l'image, la fidélité et la contribution au développement économique de la zone d'implantation.

Si la presse a largement salué ce travail, les modalités d'intégration du concept aux actions de l'entreprise restaient encore à définir. Mais désormais, la contribution de l'entreprise aux enjeux du développement durable est acquise et le terme de *corporate social responsibility* désigne l'ensemble des moyens par lesquels ces enjeux sont intégrés à la stratégie de l'entreprise. On le voit, c'est une responsabilité spécifique qui est ainsi désignée et elle se distingue de la responsabilité juridique *stricto sensu*.

**Corporate social responsibility et responsabilité sociétale de l'entreprise** - L'éthique des affaires n'est pas à l'abri de traductions approximatives et, à l'instar d'autres matières, la terminologie française ne rend pas nécessairement compte du sens des mots employés dans une langue étrangère. C'est d'autant plus vrai qu'à ce jour, la plupart des théories ou outils qui fondent la matière puisent leur origine dans des travaux anglo-saxons ou des pratiques outre-Atlantique. La responsabilité sociétale de l'entreprise, traduction quasi littérale de *corporate social responsibility*, en est une parfaite illustration et explique sans doute la différence des questions juridiques qu'elle suscite en Europe continentale et aux Etats-Unis, ainsi que la différence des approches. En langue anglaise d'abord, le mot *responsibility* n'a pas, à proprement parler, une connotation juridique, c'est le mot *liability* qui désigne la responsabilité juridique. Ensuite, le mot *social* a également un sens plus large pour désigner la société et le rapport à la société et non les relations entre individus comme c'est le cas dans la langue française (11). Par conséquent, la RSE ne désigne pas une responsabilité au sens juridique du terme, pas plus qu'elle ne traduit des relations entre individus. C'est d'ailleurs cette relation à la société que la Commission européenne met en avant dans sa stratégie sur la RSE communiquée le 25 octobre 2011, puisqu'elle la définit désormais comme « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société » (12). Cela explique sans doute notre préférence pour l'expression responsabilité *sociétale* de l'entreprise (13). Faute de terme analogue et fidèle à *responsability* mais distinct de *liability*, il est important de souligner la contribution de l'entreprise au développement de la société, l'idée qu'en tant que membre de la société, l'entreprise doit servir l'intérêt commun et participer aux enjeux du développement durable. C'est alors que se dessinent les liens entre la RSE et la protection des droits fondamentaux.

**RSE et protection des droits fondamentaux** - Nul ne doute que l'entreprise est tenue, en son sein, au respect des droits fondamentaux à l'égard de ses employés. Avec le développement de la RSE, l'entreprise se trouve investie d'une nouvelle mission, celle de veiller au respect des droits fondamentaux pour devenir un acteur, un vecteur de la promotion de ces droits aux côtés des Etats. Le Pacte des Nations Unies, *Global Compact*, lancé en 2000 suite au discours prononcé au Forum économique de Davos par Kofi Annan, alors Secrétaire général des Nations Unies, constitue, à n'en pas douter, un pas majeur vers cette nouvelle forme de responsabilité et de responsabilisation puisqu'elle invite l'entreprise à veiller, au même titre que les organismes des Nations Unies, le monde du travail et la société civile, à la protection des droits fondamentaux et à la lutte contre les pratiques illégales. Le discours de Kofi Annan est assez éloquent sur la justification de la mission ainsi confiée à l'entreprise (14). Celle-ci s'engage par son adhésion au *Global Compact*, donc en application d'une démarche volontaire, à promouvoir les droits fondamentaux et à veiller à leur respect dans sa sphère d'influence, que ce soit à l'égard de ses partenaires privés, des ONG, des collectivités ou des Etats. Plusieurs instruments internationaux ont, par la suite, repris et affiné cette responsabilité de l'entreprise tout en rappelant, pour répondre à certaines critiques, que la responsabilité première incombe à l'Etat auquel l'entreprise ne doit pas être substituée (15). Les droits fondamentaux viennent ajouter une nouvelle dimension à la RSE, qui devient désormais un moyen de veiller à la protection des droits de l'homme, des droits sociaux, de l'environnement et à la lutte contre les pratiques illégales. Les objectifs assignés à la RSE sont, on le voit, protéiformes, et cette diversité trouve un écho dans sa valeur normative tant par les sources que par les instruments déployés à son service.

## II - L'approche normative de la responsabilité sociétale de l'entreprise

**La contrainte de la RSE** - L'approche normative nous conduit à une double interrogation sur les sources et sur les instruments de la RSE. Résulte-t-elle exclusivement d'une démarche volontaire de l'entreprise ou puise-t-elle sa source dans des règles contraignantes relevant de la *hard law*, de sorte qu'il y aurait une obligation d'agir de manière responsable ? Quelle est la valeur juridique et l'effectivité des instruments au service de la RSE ?

Sur la première question, le foisonnement normatif des sources de la RSE est souvent souligné, un mélange de textes ou principes internationaux, d'initiatives européennes ou de textes étatiques (16). S'il est exact que certaines initiatives, comme l'adhésion au *Global Compact*, la normalisation ou la labellisation, reposent sur une démarche purement volontaire (17), il arrive de plus en plus que la RSE puise sa source dans une réglementation contraignante qui oblige l'entreprise à agir. Quelques exemples permettent de s'en convaincre. En droit français, la prolifération de règles impératives se constate dans de nombreux domaines, dont la gouvernance d'entreprise (18) et l'environnement (19). Ainsi, l'article 116 de la loi sur les nouvelles régulations économiques (NRE), devenu l'article L. 225-102-1 du code de commerce, impose aux sociétés françaises cotées sur un marché réglementé l'obligation de rendre compte de leur gestion sociale et environnementale dans leur rapport annuel. Cette obligation a récemment été renforcée par la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite « Grenelle 2 », modifiée en 2012, puisque l'article L. 225-102-1 du code de commerce prévoit désormais un élargissement de la catégorie des sociétés tenues par l'obligation de *reporting*, un affinement des informations à publier autour de plusieurs thématiques RSE (informations sociales, environnementales et sociétales en faveur du développement durable), enfin, une obligation de vérification par un organisme tiers indépendant. Dès lors, l'entreprise est tenue d'une obligation d'informer ses parties prenantes et d'une démarche RSE, quels que soient les moyens déployés à cet effet. Il est intéressant de noter que la RSE n'est pas l'apanage du secteur privé puisque, dans le secteur public, l'article 14 du nouveau code des marchés publics renvoie également à la prise en compte de considérations sociales et environnementales dans les critères d'attribution des marchés, bien qu'il s'agisse d'une mesure simplement incitative (20). Enfin, en matière environnementale, l'article 23 de la loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages, met à la charge de toutes les sociétés anonymes exploitant une ou plusieurs installations classées « Seveso seuil haut », c'est-à-dire susceptibles de créer des risques très importants pour la santé et la sécurité des populations voisines et pour l'environnement, une obligation d'information des actionnaires sur les activités (21). Ces exemples démontrent que la RSE ne résulte pas exclusivement de la *soft law* et qu'elle peut puiser son fondement dans une règle de droit à valeur contraignante, la *hard law*. Ils témoignent corrélativement de la vocation des valeurs ou principes éthiques à accéder à la juridicité (22).

La source contraignante de la RSE se constate encore dans les droits étrangers, notamment anglo-saxons, bien que la méthode soit différente de celle du droit français. Résultant souvent de quelques lois emblématiques, à large portée, ces règles imposent une démarche de prévention dans de nombreux domaines et sont assorties de sanctions particulièrement sévères. Les Etats-Unis offrent deux illustrations intéressantes avec le *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de 1977, révisé en 1998, et le *Sarbane-Oxley Act* (dit loi « SOX ») de 2002. Alors que le premier texte vise à lutter contre la corruption, le second a été introduit suite aux scandales des affaires *Enron* et *WorldCom* avec pour objectif la sécurité financière et le respect des règles de la comptabilité. Il oblige l'entreprise à mettre en place des contrôles et des systèmes d'information afin d'accroître la transparence, notamment en matière de gouvernance. Dans les deux cas, le respect des législations suppose d'anticiper et de prévenir des risques : le risque de corruption d'une part, le risque opérationnel, d'autre part. Cette prévention ne suppose pas uniquement que l'entreprise agisse en interne pour modifier les comportements des individus et les sensibiliser aux risques à éviter, mais également qu'elle oriente ses actions à destination de ses parties prenantes. Tenue d'atteindre des objectifs précis, l'entreprise doit prendre les mesures adéquates. Cette politique préventive présente la particularité d'avoir une portée extraterritoriale pour s'imposer à des opérateurs ou entreprises étrangères. Dans le cas de la loi SOX, elle s'applique aux entreprises étrangères cotées aux Etats-Unis et enregistrées auprès de l'*US Securities and Exchange Commission* (SEC) et aux filiales de sociétés américaines opérant en dehors des Etats-Unis (23). Dans l'hypothèse du FCPA, elle s'applique aux personnes physiques et morales non américaines pour tout acte ou tentative de corruption commis sur le sol américain.

Le « durcissement » de la RSE se reflète également dans les travaux de la Commission européenne. Placée au rang prioritaire pour la première fois dans la stratégie de Lisbonne, avec notamment un appel aux entreprises pour qu'elles contribuent à atteindre les objectifs ambitieux de celle-ci, la RSE a conduit la Commission à initier un débat sur la nécessité pour l'entreprise d'introduire des préoccupations sociales et environnementales dans ses choix économiques. Au mois de juillet 2001, cette initiative a débouché sur la publication d'un Livre vert intitulé « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociétale des entreprises » (COM(2001) 366). La méthode employée consiste à définir la RSE, puis à proposer certains outils pour atteindre les objectifs visés. Selon la définition donnée par le

Livre vert, elle serait « la prise en compte de manière volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales dans leurs relations commerciales et avec leurs parties prenantes ». Cette définition met l'accent sur le caractère souple de la RSE, reposant avant tout sur une démarche volontaire de l'entreprise. Celle-ci n'aurait pas une obligation d'agir, elle interviendrait de sa propre initiative. Or depuis la communication du 25 octobre 2011 sur la nouvelle stratégie de la Commission en matière de RSE (COM(2011) 681), cette définition a été sensiblement modifiée pour se résumer à « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société ». Il est ajouté que, « pour assumer cette responsabilité, il faut au préalable que les entreprises respectent la législation en vigueur et les conventions collectives conclues entre partenaires sociaux. Pour s'acquitter pleinement de leur responsabilité sociale, les entreprises doivent avoir engagé, en collaboration étroite avec leurs parties prenantes, un processus destiné à intégrer les préoccupations en matière sociale, environnementale, éthique, de droits de l'homme et de consommateurs dans leurs activités commerciales et leur stratégie de base ».

Cette nouvelle version modifie la vision de la RSE à un double titre puisque non seulement elle intègre le respect des législations en vigueur, mais elle impose à l'entreprise l'obligation de prendre des mesures adéquates et d'atteindre des objectifs précis. L'entreprise reste libre, en revanche, des moyens déployés pour satisfaire à son obligation d'agir de manière responsable. La souplesse de la RSE résiderait donc dans le choix des moyens, l'entreprise pouvant explorer toutes les voies adéquates pourvu qu'elle agisse. Cette approche s'apparente *mutatis mutandis* à la méthode de *comply or explain* récemment introduite en droit français (suite à la transposition de la directive de 2006) et par laquelle les sociétés cotées doivent déclarer chaque année, dans leur rapport de gouvernance, les mesures prises pour l'application des principes de bonne conduite contenus dans le code AFEP-MEDEF et se justifier des règles qu'elles n'entendent pas appliquer (24). Cette méthode impose également à l'entreprise d'agir bien qu'elle demeure libre du choix des outils à mettre en oeuvre. Étudiée à travers le prisme de la responsabilité juridique, elle ferait peser sur l'entreprise une obligation qui s'apparenterait à une obligation de moyens en ce sens qu'il faut tout mettre en oeuvre pour atteindre l'objectif visé. Certes, l'avantage principal d'une telle méthode de régulation réside dans sa souplesse qui justifie l'accueil favorable qui lui est réservé ; il n'en demeure pas moins qu'elle puise sa source dans une obligation d'agir formulée en amont.

La variété des sources et la liberté dans le choix des moyens soulèvent nécessairement la question de l'efficacité des instruments de la RSE.

**L'efficacité des instruments de la RSE** - Dans une approche d'autorégulation, voire de corégulation, fondée sur la *soft law*, le choix des instruments de la RSE est, on l'a vu, laissé à la libre appréciation de l'entreprise (25). Quelle est pour autant la valeur juridique de ces instruments qui résultent d'une démarche volontaire tout en reposant de plus en plus sur une obligation d'agir ? La question se pose avec plus d'acuité encore lorsque l'entreprise agit sous l'effet extraterritorial de législations étrangères et a recours à des outils comme les codes de conduite ou à certains dispositifs prévus par ces législations comme le *whistleblowing* ou l'alerte éthique. Ainsi par exemple, dans un souci d'efficacité, la loi SOX impose aux entreprises de mettre en place des dispositifs assurant aux salariés une transmission confidentielle et anonyme des manquements aux obligations financières et comptables (26). Cette obligation a été étendue par la SEC pour s'appliquer à tout manquement au code de conduite que l'entreprise a l'obligation d'adopter. La portée extraterritoriale de la loi SOX, que le juge français ne peut pas ignorer, soulève nécessairement la question de la valeur juridique du code de conduite au regard de la législation française qui s'ajoute, de manière générale, à celle de l'efficacité juridique des engagements volontaires de l'entreprise. Cette question fait l'objet d'une étude approfondie par Pascale Deumier dans le cadre du présent dossier (V. *infra*, P. Deumier, La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux, p. 1564 (27)). L'étude de la RSE et la protection des droits fondamentaux ne serait pas complète sans la vision opérationnelle de l'entreprise. A ce titre, les réponses apportées par Peter Herbel (V. *infra*, P. Herbel, La responsabilité sociétale de l'entreprise en tant que vecteur pour faire avancer les droits de l'homme par l'entreprise, p. 1570 (28)) à trois questions relatives à la RSE comme vecteur de protection des droits de l'homme par l'entreprise, aux avancées en droit international dans le domaine des droits fondamentaux et, enfin, à l'effectivité de la RSE, sont éloquentes et achèvent de compléter ce dossier.

#### Mots clés :

**RESPONSABILITE SOCIETALE** \* Personne morale \* Responsabilité sociétale \* Prévention des



## risques \* Environnement \* Droits fondamentaux

(1) La présente étude s'inspire d'un débat, organisé par la Société de législation comparée au mois de nov. 2012 et intitulé « Responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux », que nous avons animé en présence de P. Deumier et de P. Herbel. Elle a servi à l'introduction du thème pour définir le concept de la RSE et s'interroger sur sa valeur normative, et a été par la suite reprise pour être développée et mise en corrélation avec les études des autres intervenants en vue de la présente publication.

(2) De l'anglais *corporate governance*, terme imparfaitement traduit en français par celui de « gouvernement » ou de « gouvernance d'entreprise ». Puisant son origine dans les travaux de Berle et Means, qui s'interrogeaient sur les conséquences de la séparation des fonctions de propriété et du contrôle dans les entreprises et dénonçaient ses dangers, dont un risque de spoliation des petits actionnaires par les dirigeants, le terme est aujourd'hui employé pour désigner plus largement l'exercice des pouvoirs au sein de l'entreprise et les relations entretenues avec l'ensemble de ses parties prenantes internes. Nous verrons plus loin que ce terme n'est pas sans incidence sur la compréhension du terme de *corporate social responsibility* et sa traduction française de « responsabilité sociétale de l'entreprise ».

(3) A. A. Berle et G. C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, 1<sup>re</sup> éd., Transaction publishers, 1932, 2<sup>e</sup> éd., Harcourt, Brace and World, 1967.

(4) M. Friedman, *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*, *The New York Times Magazine*, 13 sept. 1970.

(5) H. Bowen, *The Social Responsibilities of Businessman*, Harper and Brothers, 1953 ; pour une étude de la contribution de H. Bowen à l'émergence de la RSE, V. A. Acquier, *Aux sources de la responsabilité sociale de l'entreprise à la (re)découverte d'un ouvrage fondateur, Social Responsibilities of the Businessman d'Howard Bowen*, *Finance Contrôle Stratégie*, vol. 10, n° 2, juin 2007, p. 5.

(6) R. E. Freeman, *Strategic Management : A Stakeholder Approach*, Boston, Pitman, 1984 ; *The Politics of Stakeholder Theory : Some Future Directions*, *Business Ethics Quarterly*, 1994, 4 (4), p. 409-422 ; *Understanding Stakeholder Capitalism*, *Financial Times*, 19 juill. 1996 ; *Divergent Stakeholder Theory*, *Academy of Management Review*, 1999, 24 (2), p. 233-236. Sur l'ensemble de la doctrine économiste V. J.-P. Gond et J. Igalens, *La responsabilité sociale de l'entreprise, Que sais-je ?*, PUF, 2010, p. 7 s.

(7) La traduction littérale serait *porteur d'enjeu*.

(8) Sur l'étude des parties prenantes, V. not. F. Lepineux, J.-J. Rosé, C. Bonanni et S. Hudson, *La RSE - La responsabilité sociétale des entreprises. Théories et pratiques*, Dunod, 2010, p. 14 s. ; D. Cazal, *RSE et théorie des parties prenantes : les impasses du contrat*, *Revue de la régulation*, n° 9, 1<sup>er</sup> semestre 2011, § 18, <http://regulation.revues.org/9173>.

(9) Avant le terme de *sustainable development*, c'est le terme d'« écodéveloppement » qui avait été formulé par I. Sachs, directeur de l'Ecole des hautes études en sciences sociales. Cette notion fut officiellement adoptée dans la déclaration de la conférence mondiale de l'environnement de Stockholm en 1972. Elle faisait pour la première fois le lien entre l'environnement et le développement.

(10) *Cannibals with Forks : the Triple Bottom Line of 21<sup>st</sup> Century*, Business New Society Publishers Limited, 1998.

(11) V. en ce sens, M. Doucin, Il existe une doctrine française de la responsabilité sociale des entreprises, *Droits fondamentaux*, n° 4, 2004, p. 17.

(12) Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014, Communication du 25 oct. 2011 (COM 2011 681 final) de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Dans la seconde partie de cette étude, nous reviendrons sur l'impact de cette nouvelle définition sur l'approche normative de la RSE.

(13) Beaucoup d'auteurs emploient les termes *social* et *sociétal* comme des synonymes : V. not., F. Lépigneux, J.-J. Rosé, C. Bonanni et S. Hudson, *op. cit.* ; J.-P. Gond et J. Igalens, *op. cit.* Certains auteurs sont plus favorables à l'emploi du terme *sociétal* pour des raisons assez proches de celles évoquées : V. not., D. de la Garanderie, *La longue marche*, de Guibert, Paris, 2008, p. 45 s.

(14) « La mondialisation est une réalité incontournable. Mais, à mon avis, nous en avons sous-estimé la fragilité. (...) Plus précisément, je vous demande - individuellement, dans le cadre des sociétés que vous dirigez et, collectivement, par l'intermédiaire de vos associations - d'embrasser, de promouvoir et de faire respecter une série de valeurs fondamentales touchant les droits de l'homme, les conditions de travail et l'environnement. Pourquoi ces trois domaines ? Tout d'abord, parce qu'il s'agit de secteurs dans lesquels vous-mêmes, hommes et femmes d'affaires, pouvez avoir une réelle influence. Ensuite, parce que ce sont des sphères dans lesquelles les valeurs universelles ont déjà été définies par des instruments internationaux, notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Déclaration de l'Organisation internationale du travail relative aux principes et droits fondamentaux du travail, et la Déclaration de Rio adoptée en 1992 par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement. Enfin, parce je crains qu'en n'intervenant pas dans ces domaines, nous ne mettions en péril le marché mondial ouvert, et en particulier les structures du commerce international. (...) Pour atteindre cet objectif, deux voies s'offrent à nous. Premièrement, il est possible d'agir par le biais des politiques gouvernementales. Vous pouvez encourager les Etats à nous donner, nous les institutions multilatérales dont ils sont membres, les ressources et les mandats dont nous avons besoin pour accomplir notre mission. Deuxièmement, vous pouvez promouvoir les valeurs universelles en agissant dans votre propre domaine d'activité. (...) Par la manière dont vous menez vos affaires, vous pouvez favoriser directement le respect des droits de l'homme, ainsi que l'instauration de conditions de travail acceptables et de normes écologiques *minima*. Vous pouvez faire de ces valeurs universelles le ciment de vos entreprises mondiales, car chacun dans le monde les reconnaîtra comme siennes. Vous pouvez, dans vos entreprises, faire en sorte que les droits de l'homme soient respectés et veiller à ne pas vous faire les complices de violations de ces droits. N'attendez pas que tous les pays adoptent des lois garantissant la liberté d'association et le droit aux négociations collectives : d'ores et déjà, vous pouvez assurer l'exercice de ces droits et libertés à tous ceux que vous employez ou qui travaillent pour vos sous-traitants. (...) Je crois que ce que vous proposez est un véritable contrat, car chacune des parties à ce contrat a besoin de l'autre pour atteindre ses objectifs. Sans votre engagement et votre soutien actif, les valeurs universelles risquent de ne rester que de jolies phrases couchées dans des documents qui nous donneront l'occasion de célébrer des anniversaires et de faire des discours, mais n'auront que peu d'influence sur la vie de tout un chacun ».

(15) Ainsi, les normes des Nations Unies sur la responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme, adoptées en 2003, précisent explicitement au titre des obligations générales que « les Etats ont la responsabilité première de promouvoir, respecter, faire respecter et protéger les droits de l'homme reconnus tant en droit international qu'en droit interne, et de veiller à leur réalisation et, notamment, de garantir que les sociétés transnationales et autres entreprises respectent ces droits. Dans leurs domaines d'activité et leurs sphères d'influence propres, les sociétés transnationales et autres entreprises sont elles aussi tenues de promouvoir, respecter, faire respecter et protéger les droits de l'homme reconnus tant en droit international qu'en droit interne, y compris les droits et intérêts des populations autochtones et autres groupes vulnérables, et de veiller à leur réalisation ».

(16) A. Supiot, Du nouveau au *self-service* normatif : la responsabilité sociale des entreprises, *in* Etudes offertes à J. Pélissier, Dalloz, 2004, p. 541 s., spéc. p. 543.

(17) Et abstraction faite de la pression que peut ressentir une entreprise du fait de l'absence d'adhésion à un tel instrument.

(18) Pour un panorama, V. J.-P. Valuet, Conformité à la loi, conformité aux codes, JCP E 2012, n° 1471, p. 29 s., spéc. n° 4 s.

(19) Pour une étude de la matière et ses relations avec la conformité et le développement durable, V. C. Huglo, La conformité, la pierre angulaire du droit de l'environnement, JCP E 2012, n° 1473, p. 40 s.

(20) « Les conditions d'exécution d'un marché ou d'un accord-cadre peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social ».

(21) Pour une étude du volet environnemental de la RSE, V. I. Tchotourian, Aspects environnementaux et sociaux de la RSE et management des entreprises : une éthique au centre et autour de l'entreprise, Management Prospective Ed., 2006/4, n° 10, p. 57 s. Pour une étude de l'ensemble des liens entre règles contraignantes et démarches volontaires en matière de RSE, V. M. Doucin, préc.

(22) Sur ce point, V. not., F. G. Trébulle, Responsabilité sociale des entreprises (Entreprise et éthique environnementale), Rép. sociétés, n° 28 s.

(23) P. Lanois, L'effet extraterritorial de la loi Sarbanes-Oxley, Broché, La Revue Banque, 2008.

(24) B. Fasterling et J.-C. Duhamel, Le *comply or explain* : la transparence conformiste en droit des sociétés, RID éco. 2009. 129, t. XXIII, 2 ; C. Pires, Le principe du « *comply or explain* » : un outil pour restaurer la confiance des parties prenantes, Revue juridique de l'éthique des affaires, CJPEA, Association du master Droit & éthique des affaires, n° 1, 2012, p. 10 s.

(25) Sur la démarche de la *soft law*, V. C. Thibierge et alii, La force normative. Naissance d'un concept, LGDJ, Bruylant, 2009.

(26) Sur cet effet extraterritorial de la SOX, V. not. V. Rebeyrol, La réception du *whistleblowing* par le droit français, JCP E 2012, n° 1386, p. 32 s., spéc. n° 2.

(27) Pour les précédentes études de l'auteur sur cette question, V. not., Les codes de conduite des entreprises et l'effectivité des droits de l'homme, *in* Droit économique et droits de l'homme, Larcier, 2009, p. 671 s. ; Les sources de l'éthique des affaires - Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques, *in* Mélanges P. le Tourneau, Dalloz, 2007, p. 337 s. ; Les relations des entreprises avec leurs fournisseurs et/ou sous-traitants, *in* Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale des entreprises, Doc. fr., 2010, p. 177 s.

**Recueil Dalloz 2013 p. 1564**

**La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux**



## Pascale Deumier, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3, équipe de droit privé

### L'essentiel




Evaluer le potentiel de progrès pour les droits fondamentaux de la responsabilité sociétale de l'entreprise (RSE) commence souvent par une recherche de la force obligatoire de ses outils. Pourtant, la RSE ne cherche pas à procéder par un durcissement de ses instruments souples, mais par un adoucissement de normes dures, dans la recherche d'une élévation de l'effectivité ou du niveau de protection des droits fondamentaux. Pour y parvenir, elle empruntera des voies sensiblement différentes selon qu'elle se déploiera dans un cadre national ou transnational. Dans ces deux cadres, l'une des principales préoccupations est, aujourd'hui, de crédibiliser la démarche RSE, en l'inscrivant dans une logique de suivi, logique qui s'est particulièrement développée au niveau international.









**La RSE et le droit souple** - La responsabilité sociétale ou sociale de l'entreprise (RSE) est un phénomène général qui, du point de vue des sources du droit, entremêle des normes de natures diverses dans un même objectif : aboutir à un comportement responsable de la part des entreprises et, de ce fait, à un progrès pour les droits fondamentaux, particulièrement en matière environnementale et sociale (V. aussi, R. Family, La responsabilité sociétale de l'entreprise : du concept à la norme, *supra*, p. 1558 ; P. Herbel, La responsabilité sociétale de l'entreprise en tant que vecteur pour faire avancer les droits de l'homme par l'entreprise, *infra*, p. 1570). (1) Cet objectif n'est pas poursuivi avec les outils traditionnels du droit dur, faits d'obligations et de contraintes ; à leur place, les sources privées comme publiques alternent incitation, démarche volontaire et transparence. La normativité à l'oeuvre en matière de RSE penche donc du côté souple de la force. Plus précisément, selon la classification proposée par C. Thibierge pour mettre de l'ordre dans la nébuleuse du droit souple (2), la RSE illustrerait un droit doux (incitatif, non obligatoire), flou (sans précision) et mou (sans sanction) (3). Cette dimension suscite des suspicions récurrentes sur la capacité de la RSE à réaliser le moindre progrès pour les droits fondamentaux en s'armant d'« un sabre en mousse » (4). Pourtant, le propre de la *soft law* est justement de prétendre être capable d'orienter les comportements par d'autres voies que le commandement et la contrainte (5). Pour y parvenir, elle recouvre une large palette de mécanismes : ils ont tous la souplesse en partage, en ce qu'ils ne sont pas officiellement contraignants (6), mais peuvent développer des effets normatifs extrêmement variés. La RSE va se déployer sur toute cette palette (7). En effet, si elle repose généralement sur un engagement volontaire, il faut se garder de trop rapidement assimiler engagement volontaire et engagement non contraignant ou non obligatoire (8). Loin de là, la RSE produit des effets, dont la part de contrainte variera sensiblement selon de nombreux paramètres : elle dépendra de la formulation prise par les dispositions des codes de conduite ; elle prendra des dimensions différentes dans un cadre national et le cadre transnational ; elle agira différemment selon que l'on envisage à son titre les normes souples produites par les entreprises (ex. les codes de conduite), les autorités publiques (ex. le Pacte mondial) ou des autorités privées (ex. la norme ISO 26000 (9)) ; elle sera soumise à un contrôle du suivi plus ou moins contraignant.

Evaluer le potentiel de progrès pour les droits fondamentaux de la RSE implique donc de situer la force normative (10) des outils qu'elle mobilise. A cet égard, la RSE se définissant par l'engagement volontaire des entreprises, la première évaluation est celle de la force obligatoire de ces engagements (I). Pourtant, cette première démarche, en cherchant l'effet obligatoire d'un engagement volontaire, prend peut-être le phénomène de la RSE à rebours : celle-ci n'a pas tant pour objectif de durcir le droit souple que d'assouplir le droit dur, plus précisément de doubler les règles de protection des droits fondamentaux, dures, de nouveaux mécanismes d'application, souples, en espérant parvenir par leur voie à une meilleure effectivité (II). Ce mécanisme d'application est accompagné par les autorités publiques. Cependant, ne pouvant intervenir par voie de contrainte, sauf à rompre la logique de la RSE, elles substituent à la sanction le suivi des actions menées par les entreprises, comme l'illustrent notamment les initiatives internationales (III).

### I - La force obligatoire des engagements pris par les entreprises

**La force du verbe** - Les engagements pris par les entreprises en matière de RSE peuvent être affichés dans des chartes, des déclarations ou des pages internet dédiées. Le plus souvent, ils seront réunis dans un « code de conduite ». Les codes de conduite sont souvent raillés du point de vue de leur utilité,

comme de simples habillages éthiques sans conséquences réelles. Pourtant, leur contenu est loin d'être dépourvu de tout potentiel normatif et loin d'être à l'abri d'une sanction étatique : la prétendue absence de force obligatoire doit ainsi être plus soigneusement évaluée, en fonction notamment des verbes employés, plus ou moins prescriptifs. Précisons rapidement que cette recherche de l'effet normatif par le verbe n'est pas originale. Le Conseil constitutionnel en fait mention dans son commentaire de la décision *Avenir de l'Ecole* pour établir le principe de normativité de la loi  (11). Dans notre matière, la norme ISO 26000 distingue les déclarations d'intentions, qui traduisent les valeurs de l'organisation et relèvent d'une prise de conscience par l'entreprise de sa responsabilité sociale, des normes organisationnelles, qui définissent le comportement adapté. Enfin, la circulaire du 19 novembre 2008 sur les chartes éthiques exploite abondamment le critère du langage employé par les codes de conduite  (12). Le critère permet de révéler que ces codes portent plusieurs types de dispositions  (13) : certains engagements pris au nom de l'entreprise restent très incantatoires (ex. l'entreprise est soucieuse de favoriser l'égalité des chances) ; certaines exigences assignées aux salariés sont plus prescriptives et détaillées (ex. les salariés doivent respecter la législation en matière de harcèlement, intégralement reprise par le code de conduite) ; certaines obligations adressées aux fournisseurs deviennent prescriptives et très générales (ex. l'entreprise doit s'engager à ne pas recourir au travail d'enfants de moins de quinze ans). Le potentiel d'effet juridique, et donc le caractère plus ou moins souple du code de conduite, doit ainsi être distingué selon que les engagements pris par l'entreprise n'expriment qu'une déclaration d'intention ou qu'ils portent de véritables prescriptions.

**La force des déclarations d'intention** - L'expression de vœux et d'intentions pourrait sembler apte à neutraliser toute tentative de durcissement d'un droit souple au point de ne plus pouvoir prétendre être du droit, serait-il « souplissime ». Difficile en effet de trouver un potentiel de force normative dans le souhait de développer le dialogue social, dans l'attachement à la protection de l'environnement ou dans la volonté de promouvoir le respect des droits de l'homme. De telles annonces semblent plus proches de « vagues et naïves propositions à l'eau de rose »  (14), d'une « promesse d'ivrogne »  (15) ou d'« un discours creux à portée publicitaire »  (16) que d'un engagement, serait-il juridiquement non contraignant. Doit-on en conclure qu'elles ne servent à rien ? Le doute va venir d'où on l'attend le moins, à savoir de la loi elle-même. Certes, la loi n'en est pas vraiment une si elle ne porte pas de prescription normative  (17). Cependant, cette exigence pour la loi ordinaire ne doit pas faire oublier qu'une autre catégorie de lois, celle des lois de programmation, est dédiée à l'expression d'intentions et d'objectifs. Par exemple, pour rester dans l'une des thématiques privilégiées de la RSE, la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement dispose que « les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social ». Il n'y a donc pas d'incompatibilité intrinsèque entre le recours à l'outil juridique et l'affirmation d'un engagement de politique générale  (18). Pour poursuivre l'analogie avec les lois de programme, si elles n'engagent pas l'Etat, elles sont souvent considérées comme utiles pour d'autres fonctions, de pédagogie  (19), d'orientation de l'action  (20) et de guide d'interprétation  (21). De telles fonctions pourraient aisément être transposées à la RSE. Née dans une perspective de gestion de l'entreprise et non de réglementation de ses activités, elle proclame des valeurs fédératives plus qu'elle n'entend ajouter à l'accumulation normative. Ainsi conçue, elle peut, mais de façon plus indirecte que la prescription juridique, aboutir à orienter les comportements suivis au sein de l'entreprise. Pour autant, du point de vue de la force obligatoire qui nous intéresse ici, l'ensemble reste proche du nul. Si ce n'est qu'il ne faut pas conclure trop rapidement à l'absence de toute trace de sanction. En effet, nombre de ces souhaits ne font guère plus que reprendre des exigences légales : déclarer être contre la pollution ou pour l'égalité hommes/femmes ne modifie strictement en rien le degré d'obligatoire des modèles de comportement qui sont déjà exigés par l'Etat dans ces domaines. Il existe donc bien une sanction des vœux pieux ; seulement, elle n'est pas fondée sur le non-respect d'un engagement éthique proclamé, mais sur l'autorité même de la législation qui protège les valeurs auxquelles on déclare adhérer.

**La force des engagements prescriptifs** - Certaines dispositions des codes de conduite emploient un vocabulaire plus précis et prescriptif, mais généralement pour se contenter de reprendre les commandements légaux, par exemple en interdisant aux salariés de l'entreprise, cette fois en des termes impératifs, d'avoir des pratiques discriminatoires ou de céder à la corruption. Là encore, par conséquent, l'étiquette de la RSE est d'une charge normative nulle : ces interdictions sont, en tout état de cause, déjà sanctionnées par la *hard law* et elles le demeurent. Dans les rares cas où les engagements prescriptifs s'éloigneraient du cadre réglementaire, un effet juridique pourra être produit selon les différentes catégories et prévisions de l'ordre juridique. La RSE n'a pas la vertu de rendre licite tout engagement pris en son nom parce qu'il serait mû par des considérations nobles et pures. Elle n'a

pas plus le pouvoir de faire obstacle à ce qu'un engagement entrant dans les catégories juridiques produise les effets juridiques qui y sont attachés. Ainsi, si un code de conduite porte une disposition illicite, il sera censuré (22). A l'inverse, il pourra produire effet s'il entre dans les qualifications d'avenant au règlement intérieur (23), de contrat, quasi-contrat ou obligation naturelle (24). La RSE peut ainsi, à tout moment, être extirpée du monde de la *soft law* (25) par le simple fait qu'un engagement volontaire peut, comme tout acte ou comportement, entrer dans le champ d'une catégorie légale et être dès lors soumis à son régime.

En définitive, soit les engagements portés par les codes de conduite ne portent rien, soit ils ne portent rien de plus que la loi et ne modifient donc en rien la sanction qui est celle de la loi, soit ils prétendent dépasser la loi et ils sont soumis au respect de la loi. La démarche ainsi suivie permet donc de vérifier que, toute *soft law* qu'elle soit, la RSE n'est pas à l'abri d'une « hardisation » impromptue, chaque fois qu'elle coïncidera avec un contenu légal ou qu'elle entrera dans le champ d'une catégorie légale. Cependant, peut-être ne faut-il pas chercher à comprendre la RSE comme une forme de *soft law* que l'on chercherait à durcir en la faisant entrer dans le moule du droit traditionnel, mais comme un phénomène inverse, celui d'un droit dur délaissant les voies habituelles de la contrainte pour s'appuyer sur de nouveaux ressorts, incitatifs et effectifs (26). La RSE est alors moins une nouvelle source de droit, qui produirait une norme plus ou moins réellement souple (27), qu'une nouvelle façon de chercher l'application de la norme, qui prétendrait à plus d'effectivité.

## II - L'effectivité de la protection des droits fondamentaux et la RSE

**La recherche d'effectivité** - On le sait, quels que soient ses mérites, et ils sont nombreux, la menace de la contrainte donne parfois des résultats insatisfaisants du point de vue de l'effectivité de la norme. Or, en misant sur l'adhésion formulée par le destinataire, et en s'intéressant au comportement suivi, la RSE propose d'améliorer cette effectivité. Avant de rechercher comment elle peut y parvenir, trois remarques préalables peuvent être formulées. Tout d'abord, l'effectivité se mesure par le comportement suivi, et non par les motivations de ce comportement. A cet égard, les entreprises sont souvent suspectées de moins s'engager par souci des droits fondamentaux que pour donner confiance (28) et attirer les clients (29). L'enjeu des intentions est un enjeu réel ; cependant, il n'est pas celui de l'effectivité, qui s'attache aux seuls effets obtenus. Ensuite, la mesure de l'effectivité ne relève pas des outils des juristes, plus à l'aise pour autopsier les ressorts par lesquels un code de conduite pourrait entrer en contact avec le système juridique. Il est alors seulement possible de s'appuyer sur les études de codes de conduite réalisées pour avoir une idée des voies par lesquelles la RSE pourrait rendre la protection des droits fondamentaux plus effective. Enfin, ces voies sont sensiblement différentes selon que la RSE est pratiquée dans un cadre national ou transnational. La distorsion est telle qu'il est possible de se demander s'il n'y a pas RSE et RSE et si l'on pourra longtemps continuer à penser sous une même bannière ces deux phénomènes. Prenons l'exemple du travail des enfants : l'entreprise française qui déclare refuser le travail des enfants sur le territoire national ne semble pas faire autre chose qu'afficher un engagement éthique qui ne dépasse pas le strict minimum et, en tout état de cause, le respect d'une législation effective. En résumé, l'apport du code de conduite, en termes d'engagement comme en termes d'effectivité, se rapproche du néant. Cependant, lorsque cette même entreprise demande à ses fournisseurs à l'étranger le respect de cette exigence, il est possible d'y voir un moyen d'élever le niveau de certaines pratiques locales. Ainsi, dans le cadre du territoire national, la RSE peut surtout avoir la vertu de rendre plus effective la protection des droits fondamentaux, sans nécessairement prétendre élever ce niveau de protection ; hors du cadre français, la RSE peut à la fois rendre effective et élever la protection des droits fondamentaux (30).

**La RSE dans le cadre national : mieux appliquer les droits fondamentaux ?** - Dans le cadre national, de nombreuses entreprises mettent en avant des actions qui ressemblent plus au respect des exigences légales qu'à une politique de droits fondamentaux (31), expliquant par exemple comment respecter l'égalité de rémunération hommes/femmes ou consulter systématiquement les représentants du personnel. De telles actions s'inscrivent dans le sillage de l'obligation très généralement reprise dans les codes de conduite, par laquelle l'entreprise s'engage à « respecter les lois et règlements » (32). L'ensemble conforte la réputation d'une RSE qui tiendrait plus de l'affichage que d'un véritable comportement socialement responsable. Si ce n'est que la déception vaut essentiellement si la RSE est perçue comme devant nécessairement impliquer un engagement allant au-delà des exigences légales (33). En revanche, si la RSE est perçue comme un moyen complémentaire appuyant l'application des exigences légales, les déclarations et actions des entreprises pourraient révéler leur forme d'utilité. Figurent ainsi, parmi les actions les plus fréquemment mentionnées, la distribution du code de conduite et des actions de formation du personnel (34). Pour l'entreprise, cette meilleure connaissance des

obligations juridiques par les salariés permet une diminution du risque juridique, mais aussi du risque social, environnemental, politique et de réputation (35) : former ses salariés aux règles relatives au harcèlement ou à la corruption, c'est également prévenir d'éventuelles poursuites. Pour la *hard law*, cette meilleure connaissance de la loi par une diffusion au plus près du destinataire permet d'espérer un gain en effectivité. Il serait possible de transposer à cet égard l'analyse faite pour la doctrine administrative, selon laquelle un fonctionnaire attend d'avoir reçu la circulaire pour appliquer la loi pourtant déjà en vigueur (36).

En définitive, sur le territoire français, la RSE ne promet pas une élévation du niveau, déjà élevé, de la protection des droits fondamentaux ; elle pourrait permettre une meilleure application de cette protection par une responsabilité éthique acceptée. La RSE ainsi conçue ne produit pas du droit ou de l'obligation mais une « conscientisation du droit », qui fait pénétrer les droits fondamentaux dans les esprits par la discussion, l'échange et le dialogue « jusqu'à rendre évidente la pertinence de règles auxquelles les acteurs seront progressivement conduits à adhérer en intégrant les valeurs dont elles sont porteuses » (37).

**La RSE transnationale : élever la protection des droits fondamentaux ?** - La situation pourrait être différente lorsque le code de conduite est édicté par une entreprise déployant ses activités sur le territoire d'Etats qui soit n'ont pas un niveau de protection des droits fondamentaux conforme aux standards internationaux, soit n'ont pas les moyens d'en assurer le contrôle. Les entreprises transnationales viennent alors prendre le relais de ces déficiences étatiques (38) pour égaliser le niveau de protection autour de standards uniformes (39). A ces préoccupations différentes correspondent des codes de conduite distincts. Les entreprises françaises édictent souvent un code de conduite spécialement destiné à leurs fournisseurs (40). Les engagements y sont souvent prescriptifs (interdisant), mais généraux (le travail des enfants). En outre, les entreprises s'engagent à veiller au respect de ces codes par leurs partenaires économiques. Les sanctions prévues sont généralement préventives, le respect des engagements étant intégré dans la procédure de sélection des partenaires. Elles sont également curatives, par la mise en place de plans de formation en cas de non-conformité. Elles sont plus rarement punitives : s'il est parfois prévu qu'en cas de persistance des manquements, il sera mis fin au contrat sans préavis ni indemnité, cette menace semble rarement appliquée (41). Les entreprises font état d'audits, parfois surprise, chez leurs fournisseurs mais jamais d'une véritable sanction contractuelle : la logique est plus une logique d'accompagnement que de punition. Si la mécanique s'appuie donc, là encore, sur la pédagogie et la « conscientisation » des exigences fondamentales, elle exploite également la force de certaines entreprises pour obtenir la protection des droits fondamentaux par leurs fournisseurs, transformant les premières en législateurs privés de la communauté des seconds (42) ou en « "points de contrôle" possibles dans l'environnement global » (43).

Le potentiel d'effectivité existe donc. Mais demeure-t-il un simple potentiel ou parvient-il à transformer cette virtualité en de véritables nouvelles pratiques ? Pour éviter les paroles creuses, et crédibiliser la démarche RSE en son entier, les engagements des entreprises vont être soumis à un suivi, comme en témoignent les avancées au niveau international.



### III - Les avancées au niveau international

**La logique du suivi** - L'absence de contrainte signifie-t-elle l'absence de contrôle et l'absence de sanction ? Pas nécessairement. Les organisations internationales, habituées à devoir composer avec l'impossibilité de contraindre les Etats, ont développé, pour la mise en oeuvre des conventions internationales, des procédures de suivi de la mise en oeuvre des engagements. Fondées sur les rapports produits par les Etats et par des contrôles indépendants, elles pointent les situations de non-conformité, non dans une logique de punition, mais dans une logique d'explication et d'incitation. Ces procédures sont notamment employées dans les domaines favorisés de la RSE, droit de l'environnement (44) ou droits de l'homme (45). Avec la RSE, cette même logique va accompagner les engagements pris non plus par les Etats, mais par les entreprises autour d'une obligation centrale, celle de rendre compte. Cette obligation va être posée par les autorités publiques, tiraillées pour ce faire entre recours à la *hard law* et à la *soft law*, mais dans un mouvement régulier d'« expansion des obligations légales » (46). Lentement, mais sûrement, l'obligation de transparence en matière sociale et environnementale est étendue par la réglementation nationale (47), certains Etats ayant élevé sensiblement le niveau de contrainte (48). Lentement, et moins sûrement, l'Union européenne veut encourager le phénomène, hésitant à y instiller une dose d'obligation (49). Beaucoup plus activement, mais avec les mêmes hésitations, les initiatives internationales se multiplient (50), notamment au niveau des Nations Unies.



**Du Pacte mondial aux Principes directeurs** - Le Pacte mondial est une initiative de Kofi Annan, présentée au Forum économique mondial de Davos en 1999, pour fonder le marché sur des valeurs communes (51). Lancé officiellement en juillet 2000 avec cinquante entreprises, il les invite à adhérer, appliquer et promouvoir dix Principes en matière de droits fondamentaux. L'adhésion au Pacte mondial confère le droit d'utiliser son nom et son logo. L'initiative est un succès, au moins quantitatif : en 2011, 7 000 entreprises avaient rejoint le Pacte mondial (52). L'adhésion au Pacte est purement volontaire et, pour inciter à celle-ci, le Pacte mondial ne lésine pas sur le rappel de son caractère non contraignant. Ainsi, le site internet dédié rappelle que le Pacte mondial est « une initiative à caractère facultatif visant à promouvoir le développement durable et le civisme social » ; qu'il n'est pas « juridiquement contraignant » ; qu'il n'est pas non plus « un moyen de surveiller et de contrôler les entreprises », « une norme, un système de gestion, ni un code de conduite » (53). Le discours est clair, du moins en apparence. En effet, rapidement, des critiques se sont élevées sur l'utilité de l'initiative en l'absence de tout contrôle et, au-delà, sur la légitimité d'une démarche proposant aux entreprises comme facultatif un respect des droits de l'homme qui s'impose pourtant à elles (54). En janvier 2003, pour renforcer sa crédibilité, l'adhésion au Pacte mondial va être assortie de l'obligation pour les entreprises de publier chaque année une communication sur les progrès réalisés dans l'application des principes. Si cette communication n'est pas remise, l'entreprise est considérée comme non communicante (1 580 actuellement), puis radiée (en 2010, un peu plus de 1 000 entreprises l'avaient été). La promesse d'absence de contrôle n'est donc pas totalement tenue, tout en évitant soigneusement d'en prendre le nom, pour ne pas jeter le trouble sur la nature non contraignante de l'ensemble. Toujours en 2003, les Nations Unies sont allées plus loin en présentant un projet de normes sur les responsabilités des sociétés transnationales et autres entreprises commerciales en matière de droits de l'homme, qui ajoutait aux évaluations faites par les entreprises des « contrôles et vérifications périodiques » par des organes nationaux ou multinationaux. Proposé par une sous-commission, le projet est rejeté par la Commission des droits de l'homme, qui va alors nommer un représentant, le professeur John Ruggie, pour clarifier ces normes. Ses travaux vont aboutir en juin 2011 à l'adoption d'une résolution du Conseil des droits de l'homme ONU sur les *Principes directeurs relatifs aux activités des entreprises privées et les droits de l'homme*, forme de voie moyenne entre le trop grand libéralisme du Pacte mondial et la tentation de contrôle du projet de 2003. Ces principes s'articulent autour de trois grands axes - protéger (55), respecter (56), remédier (57) - et donnent des directives concrètes sur la façon de parvenir à leur mise en oeuvre (58).


**Une logique en équilibre** - Les évolutions des initiatives des Nations Unies montrent que la logique de suivi cherche un équilibre difficile à trouver : assurer la crédibilité de la RSE, tout en maintenant le caractère volontaire et non contraignant de la démarche - faute de quoi, les entreprises risquent de ne plus vouloir s'engager. Cet équilibre est notamment soumis à deux pressions. La première est celle de la standardisation du « reporting », de la façon de rendre compte en matière de RSE, qui se traduit par la multiplication des référentiels proposés (ex., le *Global Reporting Initiative* - GRI ; le règlement EMAS ; la norme ISO 26000). Il est toutefois possible de se demander si cette multiplication ne porte pas plusieurs risques (59) : tout d'abord, plus les modèles de référence sont nombreux, plus l'éparpillement des pratiques éloigne la possibilité de standardisation (60) ; ensuite, les référentiels étant de plus en plus détaillés et sourcilieux, ils aboutissent à de nouveaux carcans (61) et à un manque d'émergence de meilleures pratiques ; enfin, il existe un risque de procéduralisation, c'est-à-dire d'un respect de la procédure de reporting plus que des engagements RSE (62). Dès lors, la seconde tendance consiste à chercher à dépasser la simple obligation de rendre compte pour s'assurer de la réalité des déclarations ainsi faites. Pour l'heure, la RSE crée essentiellement « une "obligation de dire" et non pas une "obligation de faire" » (63). Cependant, la crédibilité de la démarche RSE passe par une vérification par un tiers impartial des rapports des entreprises. Cet audit a longtemps été laissé à la seule initiative des entreprises, libres de s'engager, libres de la façon de rendre compte et libres de faire certifier la sincérité de leurs rapports. Un contrôle par un tiers indépendant est désormais parfois exigé, comme pour les informations régies par le décret du 24 avril 2012. Est-ce suffisant ? Faut-il aller plus loin et, notamment, sanctionner un constat de non-sincérité ? La question rejoint le réflexe déjà rencontré voulant réintégrer la RSE dans les outils traditionnels du droit. Déjà susceptible de sanction à chaque rencontre avec les catégories juridiques, la RSE changerait alors de nature, pour être directement soumise à la logique de sanction coercitive en cas de violation de la norme. Il y a pourtant là un étrange paradoxe : le droit souple emprunté par la RSE est né de l'impuissance du droit traditionnel à réaliser des progrès effectifs dans certains domaines et a voulu miser sur une voie alternative, fondée sur l'adhésion et la participation des destinataires, pour une meilleure effectivité ; or il lui est désormais, avec constance, reproché de ne pas présenter les caractères et garanties du droit traditionnel. Ce n'est

pourtant pas à l'aune de leur analogie avec le droit dur que les outils de la RSE méritent d'être appréciés, mais à celle de l'alternative qu'ils proposent. A cet égard (et évidemment hors de l'hypothèse de comportements par ailleurs illicites dont on rappellera qu'ils peuvent toujours être sanctionnés), l'expertise indépendante paraît être la meilleure voie d'évaluation d'une méthode qui cherche l'effectivité par la persuasion, l'incitation et l'accompagnement. Dans cette conception, l'expertise n'a pas pour ambition de sanctionner, mais d'accompagner en pointant les thèmes appelant des progrès, à l'attention de l'entreprise elle-même et de ses parties prenantes. Les conséquences sont alors entre leurs mains et se mesurent en termes de réputation et d'investissement  (64). Il reste toujours possible de renoncer à cette voie. Mais est-on sûr, si les entreprises devaient ne plus s'engager volontairement dans une RSE devenue trop contraignante, que le droit dur qui s'y substituerait pourrait assurer une protection plus effective des droits fondamentaux  (65) ?


### Mots clés :

**RESPONSABILITE SOCIETALE** \* Personne morale \* Responsabilité sociétale \* Prévention des risques \* Environnement \* Droits fondamentaux

(1) Pour les différentes relations entre RSE et droits fondamentaux, V. sur les normes de la RSE, F. G. Trébulle et O. Uzan (dir.), Responsabilité sociale des entreprises, Economica, 2011, spéc. les contributions de J.-P. Marguénaud, N. Mathey, N. Cusacq, Y. Queinnec et M.-C. Guilbaud.

(2) C. Thibierge, Le droit souple - Réflexion sur les textures du droit, RTD civ. 2003. 599 .

(3) E. Mazuyer, La mise en oeuvre du Pacte - Quelques leçons d'une étude relative aux principes du travail, in L. Boisson de Chazournes et E. Mazuyer (dir.), Le Pacte mondial des Nations Unies 10 ans après, Bruylant, CERIC, p. 87.

(4) Qualifiant ainsi la *soft law*, J.-P. Robé et M. Mazuyer, Faut-il faire une évaluation sociale des entreprises ?, RDT 2010. 413 .

(5) Sur ce critère de l'effet juridique, V. S. Gerry-Vernières, Les « petites » sources du droit, Economica, 2012.














(6) Pour une présentation récente, approfondie et théorisée de cette *soft law*, V. I. Hachez et alii. (dir.), Les sources du droit revisitées, Anthemis et Université Saint-Louis, 2012, spéc., pour les degrés de *soft law* et leur interaction avec la théorie générale des sources du droit, vol. 4.

(7) Sur les normes de la RSE, V. F. G. Trébulle et O. Uzan, *op. cit.*, spéc. les contributions de F. G. Trébulle, S. Rousseau, I. Tchotourian, P. Didier et F. Fatoux.


(8) Sur ce point, C. Neau-Leduc, L'impact de la RSE sur le droit positif, Dr. fisc. 2012. Etude 131.

(9) Sur laquelle, pour une approche transdisciplinaire, M. Capron, F. Quairel-Lanoizelee et M.-F. Turcotte (dir.), ISO 26000 : une Norme « hors norme » ?, Economica, 2010 ; I. Daugareilh, L'ISO à l'assaut du social : risques et limites d'un exercice de normalisation sociale, in I. Daugareilh (dir.), Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie, Bruylant, 2010, p. 563 ; P. Rozec, La norme ISO 26000 : un nouveau souffle pour la responsabilité sociale des entreprises ?, JCP S 2010. 1548 ; L. Willocx, ISO 26000, Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale. Normativité et internormativité, mémoire, M2 Droit social, Lyon 2, 2011-2012.



- (10) Sur ce concept, C. Thibierge *et alii*, La force normative. Naissance d'un concept, LGDJ, Bruylant, 2009.
- (11) Selon le commentaire aux Cahiers, « la loi étant définie par sa portée normative (elle prescrit, interdit, autorise), un énoncé sans portée normative n'est pas une loi et ne peut pas figurer dans une loi ». La palette de verbes à portée normative est déclinée de manière exhaustive à l'annexe 1.
- (12) Circ. DGT n° 2008/22, 19 nov. 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur, RTD civ. 2009. 77 , obs. P. Deumier.
- (13) Pour une autre distinction, entre « bonnes intentions », « pédagogiques » et « substantiel », C. Roquilly, Analyse des codes éthiques des sociétés du CAC 40 - Un vecteur d'intégration de la norme juridique par les acteurs de l'entreprise, Cah. dr. entr. sept. 2011. Dossier 29.
- (14) P. le Tourneau, L'éthique des affaires et du management au XXI<sup>e</sup> siècle, Dalloz, Dunod, 2000, p. 70.
- (15) A. Supiot, Du nouveau au *self-service* normatif : la responsabilité sociale des entreprises, in Mélanges Péliissier, Dalloz, 2004, p. 541 et 548.
- (16) G. Farjat, Réflexions sur les codes de conduite privés, in Mélanges B. Goldman, 1982, Litec, p. 47, spéc. p. 65, l'auteur précisant immédiatement qu'« il ne faut pas sous-estimer le pouvoir des mots ».
- (17) Cons. const., 21 avr. 2005, n° 2005-512 DC, *Avenir de l'Ecole*, D. 2006. 828 , obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino , et 2005. 1372, point de vue J.-C. Zarka  ; RFDA 2005. 922, note G. Glénard , et 930, note W. Sabete  ; RTD civ. 2005. 564, obs. P. Deumier  ; LPA 2005, n° 100, p. 3, obs. J.-E. Schoettl.
- (18) Pour « les éléments d'une théorie générale de l'acte législatif, qui pose désormais non seulement des normes, mais aussi des énoncés descriptifs (non normatifs) », RFDA 2005. 930, préc.
- (19) Rapp. CE 1991, De la sécurité juridique.
- (20) LPA 2005, n° 161, p. 23, obs. J.-E. Schoettl.
- (21) J.-L. Bergel, Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs, RRJ 1989. 975.
- (22) Ex., le code de conduite Dassault a été censuré parce qu'il exigeait une autorisation préalable pour utiliser les informations « à usage interne » sans donner une définition suffisamment précise de ces informations, portant atteinte à la liberté d'expression et au droit d'expression directe et collective des salariés, Soc. 8 déc. 2009, n° 08-17.191, D. 2010. 96, obs. L. Perrin , 548, note I. Desbarats , et 676, obs. O. Leclerc  ; Rev. sociétés 2010. 483, étude F. Barrière  ; RDT 2010. 171, obs. R. de Quenaudon  ; JCP S 2010. 1091, note P.-H. Antonmattei.
- (23) Ex. TGI Nanterre, 19 oct. 2007, RDT 2008. 39, obs. I. Desbarats . La requalification peut également être faite par l'inspection du travail, V. circ. préc.

(24) F. G. Trébulle, Rép. sociétés, v° Responsabilité sociale des entreprises (Entreprise et éthique environnementale), n<sup>os</sup> 42 s. ; pour des illustrations de ces qualifications puisées à différents systèmes juridiques, B. Frydman et G. Lewkowicz, Les codes de conduite : source du droit global ?, *in* Les sources du droit revisitées, *op. cit.*, vol. 3, p. 179, spéc. p. 194 s.

(25) Par ex., se donnant pour objectif « de démontrer que la qualification de *soft law* n'est pas une fatalité », A. Sobczak, Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux États-Unis, *Dr. soc.* 2002. 806 .

(26) Sur cette tendance d'un droit qui irait en se déjuridicisant, L. Willocx, *op. cit.*, p. 77.

(27) Rejetant l'approche en termes de sources, comme non pertinente pour comprendre les codes de conduite, V. B. Frydman et G. Lewkowicz, *op. cit.*

(28) Première motivation des entreprises selon United Nations Global Compact, Annual review, 2000-2010, Anniversary edition, juin 2010, p. 13.

(29) V. la présentation de la norme ISO 26000 qui promet des « avantages concurrentiels », une « réputation », une « capacité à attirer et retenir salariés, clients ».

(30) Pour de plus amples développements, P. Deumier, Les codes de conduite des entreprises et l'effectivité des droits de l'homme, *in* L. Boy, J.-B. Racine et F. Siirainen (dir.), Droit économique et droits de l'homme, Larcier, 2009, p. 671.

(31) S. Laulom, La RSE comme instrument de la mise en oeuvre du droit ?, *in* E. Mazuyer (dir.), Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale des entreprises, Doc. fr., 2010, p. 189 s.

(32) « Respecter les lois et règlements » est un engagement pris par 68 % des codes selon l'OCDE en 1999 (Rapp. TD/TP/WP(99)56/FINAL, n° 16), pourcentage porté à 85 % selon Alpha Etudes en 2004. Les codes éthiques des sociétés du CAC 40 sont composés pour 50 % d'un rappel du respect de dispositions légales : C. Roquilly, préc.

(33) COM (2002) 347 final, « les entreprises ont un comportement socialement responsable lorsqu'elles vont au-delà des exigences légales minimales et des obligations imposées par les conventions collectives pour répondre à des besoins sociétaux ».

(34) Prévue par 80 % des entreprises selon une étude de KPMG et l'Université d'Erasmus, publiée en 2008.

(35) Sur ces différents risques, H. Ascensio, Le Pacte mondial et l'apparition d'une responsabilité internationale des entreprises, *in* Le Pacte mondial des Nations Unies 10 ans après, *op. cit.*, p. 167.

(36) R. Chapus, Droit administratif général, t. 1, Montchrestien, 15<sup>e</sup> éd., 2001, p. 513.

(37) Y. Daudet, Perspectives, *in* Le Pacte mondial des Nations Unies 10 ans après, *op. cit.*, p. 185, spéc. p. 190.

(38) Selon l'UE, elles « ne sont pas censées se substituer à l'action des pouvoirs publics, mais peuvent aider ceux-ci à réaliser un certain nombre de leurs objectifs, et notamment (...) un plus grand respect des droits de l'homme, de la protection de l'environnement et des normes fondamentales du travail, en particulier dans les pays en développement », COM(2006)136 final.

(39) H. Ascensio, *op. cit.*, p. 168.

(40) P. Deumier, *in* E. Mazuyer (dir.), *op. cit.*, p. 177 s.

(41) Le rapp. OCDE TD/TP/WP(99)56/final, n° 116, cite toutefois le cas d'un code de conduite faisant état de deux ruptures de relations contractuelles, le nom des usines ne respectant pas le code étant mentionné.



(42) Dans lesquels l'OCDE voit un potentiel d'influence considérable, Rapp. OCDE TD/TC/WP(2001)10/final, n° 48.


(43) B. Frydman, Comment penser le droit global ?, *in* J.-Y. Chérot et B. Frydman (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012, p. 17.

(44) Pour un ex. en droit de l'environnement, V. S. Maljean-Dubois, J.-Cl. Environnement, fasc. 2000 ; S. Maljean-Dubois et L. Rajamani, *La mise en oeuvre du droit international de l'environnement*, 2011, Martinus Nijhoff.

(45) M. Ailincăi, Le suivi du respect des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe, A. Pedone, 2012.

(46) V. Mercier, Responsabilité sociétale des entreprises et droit des sociétés : entre contrainte et démarche volontaire, *Dr. sociétés* 2011. Etude 6.

(47) La loi NRE du 15 mai 2001 oblige les sociétés cotées à intégrer dans leur rapport les conséquences sociales et environnementales de leur activité ; l'obligation a été étendue à certaines sociétés non cotées par loi Grenelle 2 du 13 juill. 2010 ; V. sur les modalités de cette obligation, Décr. n° 2012-557, 24 avr. 2012 (sur lequel, D. Barlow, Les nouvelles obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale, *D.* 2012. 1502  ; B. François, *Reporting RSE : commentaire du décret n° 2012-557 du 24 avril 2012*, *Rev. sociétés* 2012. 607 .

(48) Ainsi, la loi californienne sur la transparence de la chaîne d'approvisionnement (*act of 2010 SB 657*) oblige à rendre compte des actions en matière de lutte contre le travail forcé dans sa chaîne d'approvisionnement, indépendamment de tout engagement volontaire, et à faire réaliser des audits indépendants chez ses fournisseurs, V. R. Beauchard, *La responsabilité sociale des entreprises : la communication saisie par le droit*, *RDT* 2011. 395 .

(49) COM (2002) 347 final, réflexion abandonnée à la suite des réactions des entreprises au profit de l'*Alliance européenne pour la RSE* (COM (2006) 136 final, 22 mars 2006), à son tour remplacée par une « nouvelle stratégie sur la responsabilité sociale des entreprises » (COM (2011) 681 final).

(50) V. S. de la Rosa, L'encadrement communautaire et international de la responsabilité sociale de l'entreprise, *in* E. Mazuyer (dir.), *op. cit.*, p. 123 : le projet de code de conduite sur les entreprises

multinationales des Nations Unies, 1974 ; les principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales de l'OCDE, 1976 ; la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'OIT, 1977, révisés en 2001.

(51) H. Gherari, Le profil juridique et politique du Pacte mondial, *in* Le Pacte mondial des Nations Unies 10 ans après, *op. cit.*, p. 7, spéc. p. 8.

(52) COM (2011) 681 final ; Relativisant le succès de ces chiffres notamment au regard des 82 000 entreprises transnationales dans le monde, H. Gherari, *préc.*, p. 26.

(53) Egal. FAQ : « Le Pacte mondial est-il juridiquement contraignant ? », la réponse est : « Non. Le Pacte mondial est une initiative exclusivement volontaire. Il ne contrôle ni n'impose une quelconque conduite ou activités aux entreprises. Il est plutôt destiné à stimuler les changements, promouvoir les responsabilités civiques et encourager les solutions innovatrices et les partenariats ».


(54) Fédération internationale des droits de l'homme, citée par H. Gherari, *préc.*, p. 13.

(55) Rappelant notamment un devoir aux Etats de clarté et cohérence sur leurs exigences quant aux incidences des activités économiques sur les droits de l'homme.

(56) Rappelant la responsabilité des entreprises de respecter ces exigences et leur offrant un modèle sur « la façon de montrer qu'elles respectent les droits de l'homme ».

(57) Garantir un accès effectif à des mesures pour les victimes.

(58) Par ex., les Etats doivent encourager les entreprises à faire des rapports sur leurs activités transnationales ; les entreprises doivent avoir une « politique de diligence raisonnable » en la matière.

(59) Comp., estimant que la multiplication des référentiels « tire vers le haut » les exigences des sociétés, D. de la Garanderie, « Anticiper et prévenir » : l'irrésistible progression des responsabilités des entreprises en matière de droits humains, RDT 2011. 395 .

(60) Comp., pour la capacité de la norme ISO 26000 à constituer un usage international, I. Cadet, La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociale : une nouvelle source d'usages internationaux, RID éco. 2010. 401.

(61) Selon D. de la Garanderie, *préc.*, les grandes entreprises européennes respectent chacune 15 à 20 référentiels en matière de RSE.

(62) Sur ce risque, pour une autre forme de suivi, le principe appliquer ou expliquer, A. Couret, The « Comply or explain » principle : From a simple financial markets regulation to a wide method of regulation », RTDF 2010, n° 4, p. 4.

(63) V. Mercier, *préc.*, n° 20.

(64) V. M. Ailincăi, *op. cit.* : l'exemple des conventions internationales montre également que le suivi (le *follow up*) demeure entre les mains de ceux qui sont contrôlés.

(65) Pour l'heure, les études entreprises pour évaluer les effets produits par la RSE aboutissent à des conclusions opposées, V. C. Roquilly, préc.

## **Recueil Dalloz 2013 p. 1570**

### **La responsabilité sociétale de l'entreprise en tant que vecteur pour faire avancer les droits de l'homme par l'entreprise**

**Peter Herbel, Directeur juridique du Groupe Total**

#### **L'essentiel**

Pour les entreprises investissant sur le long terme dans des installations industrielles, la responsabilité sociétale de l'entreprise est un véritable axe stratégique du développement économique. Il est essentiel pour elles de vivre en bonne entente avec leurs voisins.

Les Principes directeurs des Nations Unies fournissent le cadre de *management* des aspects relatifs aux droits de l'homme. Les Principes directeurs seront efficaces et à même d'améliorer réellement les conditions de vie des communautés locales. Il n'y a pas lieu de remplacer ces normes universelles par des règles nationales.



Ceux intéressés par une réelle amélioration de l'état des droits de l'homme devraient agir en ce sens.

Le plan de cette contribution suit la structure du débat, organisé autour de trois questions : les engagements de responsabilité sociétale de l'entreprise (RSE) ont-ils une force obligatoire (I) ? Quelles sont les avancées en droit international dans ce domaine (II) ? Quelle est l'effectivité de la RSE (III) ?

#### **I - Les engagements RSE ont-ils une force obligatoire ?**

Afin de répondre à cette question, il semble utile de procéder en deux temps, en précisant d'abord quels sont les engagements sociétaux d'une entreprise, puis en se demandant s'il ne faut pas dépasser, dans l'intérêt de la promotion des droits de l'homme, ce débat quelque peu académique.

#### **A - Quels sont les engagements sociétaux d'une entreprise ?**

En droit français, mise à part l'obligation imposant aux entreprises de mentionner les retombées sociales et environnementales de leur activité dans le cadre du rapport annuel <sup>(1)</sup>, il ne semble pas exister d'autres normes contraignantes réglementant le concept de « responsabilité sociétale des entreprises » en tant que tel <sup>(2)</sup>.

Par ailleurs, au sein des entreprises engagées à respecter ces principes, plusieurs fonctions ou départements sont souvent chargés de leur mise en oeuvre. Ces principes ne sont donc pas toujours formalisés dans un document unique, mais résultent la plupart du temps de diverses politiques générales : par exemple, la politique définie par le département des ressources humaines peut se référer aux standards de l'Organisation internationale du travail (OIT), relatifs à l'âge minimum d'embauche des employés ou à l'interdiction de la discrimination, applicables dans tous les pays hôtes, y compris dans des pays n'ayant aucune législation spécifique sur ces sujets.

Pour Total, ou d'autres grands groupes responsables, la RSE est en réalité un véritable axe stratégique du développement de son activité économique. Les sociétés du secteur extractif investissent en effet sur le long terme (quarante ans et plus) dans les pays hôtes ; il est ainsi essentiel de vivre en bonne entente et d'être « acceptées » par les voisins de ses usines. Si l'entreprise est attachée à une croissance saine et durable, elle doit s'assurer que son investissement bénéficie à tous, et notamment aux riverains. L'entreprise n'a pas pour vocation de se substituer aux Etats, ni aux organisations non gouvernementales (ONG), mais ses voisins doivent au moins la trouver « acceptable ». Ceci n'est pas un élément de marketing, mais procède d'un authentique souci d'organiser la relation entre l'entreprise et

les parties prenantes afin de lui permettre de continuer à opérer sur le terrain dans la durée, tout en tenant compte des évolutions possibles dans le temps dans le pays en question.

La difficulté d'une entreprise telle que Total, présente dans plus de cent trente pays du monde, réside dans l'équation de gérer, d'un côté, ses relations avec le gouvernement d'un pays qui lui accorde le permis d'exploitation, et, d'un autre côté, ses relations avec la population locale et voisine des installations industrielles, et qui, parfois, vit en opposition avec son gouvernement.

Nous sommes là au coeur du pourquoi et du comment des engagements volontaires en matière sociétale.

Il y a beaucoup de débats autour des concepts hérités du droit anglo-saxon de *soft law*. Quelle est la valeur juridique d'un code de conduite d'une entreprise ? Qu'en est-il des guides, recommandations, voire directives, édictés par les entreprises pour leurs propres besoins ?

En effet, ces règles ne sont pas émises par un législateur, mais par une entreprise, une personne morale privée. Dans une démarche similaire à celle d'un gouvernement, qui amène le législateur à prescrire des normes s'appliquant à l'ensemble de sa population, le juriste d'entreprise prépare des normes internes, adoptées par la direction générale, et s'appliquant à tous les employés de l'entreprise, parfois aussi à ses fournisseurs et partenaires.

Il me semble que ces règles internes ne peuvent pas, par définition, avoir la valeur d'une loi. Elles ne sont toutefois pas dépourvues de conséquences juridiques, car elles contraignent l'entreprise à respecter ses propres engagements et pallient, dans certains Etats, les lacunes du législateur local. S'agit-il de règles similaires à celles s'appliquant à la sécurité, l'entreprise prescrivant par exemple pour ses propres opérations mondiales un boulon de douze, alors que la loi locale se serait satisfaite d'un boulon de dix ?

## **B - Faut-il dépasser ce débat quelque peu académique, dans l'intérêt de la promotion des droits de l'homme ?**

*Mollis lex, sed lex ?* Quelle que soit la qualification juridique exacte de ces normes internes, une entreprise responsable doit continuer à transposer en règles internes une synthèse des lois et traités internationaux de la centaine de pays et de la vingtaine d'organismes internationaux qui s'évertuent, tous les jours, à édicter des normes locales nouvelles.

Cette démarche s'applique également aux normes volontaires que l'entreprise adopte dans l'intérêt d'une réflexion stratégique. En matière de responsabilité sociétale, l'entreprise continue d'améliorer les règles internes de fonctionnement, puisqu'elle prévoit que, dans cinq ans, l'on considérera comme dépassé ce qui nous paraît aux normes aujourd'hui.

La tendance de certains commentateurs à vouloir judiciaireiser ces normes volontaires pour leur accorder plus de portée semble procéder d'une appréciation incomplète de l'intérêt et de l'effectivité de cette *soft law* en comparaison du concept classique de la *hard law*.

La démarche *hard law* procède par la promulgation d'une règle absolue assortie d'une sanction, puis elle judiciaireise *a posteriori* la violation de cette règle et punit le contrevenant. La démarche *soft law* est, au contraire, une incitation à faire *ab initio* quelque chose que l'intérêt général désirerait voir accompli, dans une démarche constante de progrès, sans être directement sanctionnable par un juge.

Tout spécialement dans le domaine des droits fondamentaux, le but à poursuivre, à savoir une interaction permanente avec les riverains en vue de contribuer à l'amélioration de leurs conditions de vie, ne peut être atteint dans l'immédiat ou à un instant T, comme l'exigerait une loi générale. Il s'agit davantage d'un effort permanent et continuellement renouvelé.

C'est la raison pour laquelle des entreprises responsables s'engagent en parallèle dans des initiatives publiques ou privées leur permettant d'échanger quant à leurs expériences et à leurs dilemmes, notamment en matière de droits de l'homme. Parmi les initiatives publiques, citons principalement l'ONU et son « *Global Compact* » exigeant des entreprises membres de faire des rapports annuels précis et documentés concernant la mise en oeuvre de ses dix principes. Parmi les nombreuses initiatives privées, celle de l'APIECA (*International Petroleum Industry Environmental Association*) est particulièrement novatrice, dans la mesure où elle ne réunit pas seulement des entreprises privées occidentales du



secteur extractif, mais également des entreprises publiques des principaux pays producteurs. Les divers groupes de travail de l'IEPIECA publient des recommandations de bonnes pratiques à adopter par ses membres, notamment en matière d'environnement et de droits de l'homme. Dans ce dernier domaine, l'IEPIECA développe des outils de management afin d'appliquer les « Principes directeurs » de l'ONU, dont il sera question plus tard.

Ces divers engagements volontaires constituent, certes, de la *soft law*, mais d'une effectivité réelle puisqu'elle est complétée par plusieurs mécanismes et procédures de mise en application.

## II - Quelles sont les avancées en droit international dans le domaine des droits fondamentaux ?

L'avancée la plus remarquable dans ce domaine est, sans doute, l'adoption à l'unanimité par l'ONU en 2011 des « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme » (les « Principes directeurs ») qui mettent en oeuvre le Cadre de référence « protéger, respecter et réparer », lui-même adopté par l'ONU en 2010, ces deux textes ayant été préparés par le professeur John Ruggie et son équipe.

En effet, sur la base d'une très large consultation auprès de milliers d'ONG, d'Etats et d'entreprises dans le monde entier, ce nouveau Cadre de référence a nettement contribué à faire progresser le débat juridique sur les rôles respectifs des Etats et des entreprises dans le domaine des droits de l'homme. Ce Cadre a permis de dépasser les antagonismes précédents et les Principes directeurs ont permis de le rendre opérationnel en prescrivant un grand nombre d'actions concrètes à mener par l'entreprise pour respecter les droits de l'homme 📅(3).

Ces deux documents fondamentaux précisent de manière claire qu'en droit international public, les Etats ont l'obligation juridique (*duty*) de protéger les droits de l'homme et d'en garantir le respect.

Concernant les entreprises, ces deux documents de l'ONU établissent une responsabilité morale (*responsibility*) de respect des droits de l'homme. Cette responsabilité comporte un double volet : négatif - s'abstenir de toute violation de ces droits - et positif - définir une stratégie et un plan d'action de « conformité » afin de traiter, le cas échéant, les effets négatifs en matière de droits de l'homme occasionnés par leurs activités (Principe n° 11). Les entreprises sont donc appelées à mettre en place des mécanismes de vérification (*due diligence*) pour démontrer à leurs parties prenantes qu'elles ont fait de leur mieux pour prévenir toute violation des droits de l'homme, mais aussi pour atténuer ou réparer des impacts négatifs de leurs activités.

Le changement de paradigme proposé par le professeur John Ruggie et adopté par l'ONU a permis de faire émerger, enfin, un consensus large entre société civile, entreprises et autorités publiques, le tout dans une vision pragmatique n'ayant qu'un but : améliorer le respect des droits de l'homme dans le monde.

Les Principes directeurs exigent d'une entreprise des actions concrètes (Principes n<sup>os</sup> 17 à 22), notamment les cinq mesures suivantes :

- évaluer les impacts futurs et potentiels liés à ses activités ;
- intégrer les résultats de ces évaluations dans ses systèmes de *management* ;
- contrôler régulièrement la bonne mise en oeuvre de ces plans d'actions ;
- communiquer aux parties prenantes les incidents et les mesures adoptées pour y remédier ;
- mettre en place des mécanismes de traitement des plaintes des communautés locales.

Ces cinq exigences sont ensuite déclinées de manière encore plus précise dans le texte des Principes directeurs, qui ne se contentent pas d'énoncer des principes généraux, mais qui donnent un cadre précis de ce qui est attendu des entreprises.

Le point fort de cette démarche pragmatique est d'avoir transcendé le clivage *hard law/soft law*, notamment en mettant en avant la démarche bien connue des entreprises de gestion des risques, tout

en intégrant une dimension supplémentaire, à savoir l'obligation de dialogue avec les communautés concernées. De cette manière, les Principes directeurs deviennent un cadre de *management* assez facile à comprendre pour des opérationnels et une liste complète des engagements à mettre en oeuvre en y associant les communautés voisines des installations industrielles.

Les Principes directeurs recommandent aux entreprises de respecter les droits de l'homme « quel que soit l'état du droit du pays » dans lequel elles opèrent, tout en reconnaissant que l'entreprise peut parfois devoir gérer un conflit entre les normes internationales de défense des droits de l'homme et la législation en vigueur dans un Etat hôte, qui lui interdirait par exemple d'autoriser ses employées à conduire un véhicule.

Il me semble que les Principes directeurs exigent une analyse complète des impacts d'une entreprise sur les droits de l'homme des communautés affectées par son investissement à travers le triptyque protéger, respecter et réparer. En effet, l'investissement d'une entreprise peut également entraîner des conséquences positives pour les riverains. Prenons comme exemple le Yémen : suite au soulèvement récent d'une partie de la population, presque tous les investisseurs étrangers ont quitté le pays. Ces départs ont eu pour effet d'augmenter le chômage et la pauvreté, ainsi que d'exacerber les tensions sociales entre les tribus. Total a décidé de rester et non seulement de continuer à fournir du travail, mais elle a augmenté le nombre de postes, notamment auprès des tribus vivant le long d'un gazoduc de 300 km.

Les Principes directeurs s'attachent, en premier lieu, à amener les entreprises à prévenir d'éventuels impacts en matière de droits de l'homme. La prévention de ce genre de problèmes me paraît plus efficace que la répression classique.

De toutes les manières, il existe également de la *hard law* permettant de poursuivre des individus ou des entreprises pour de graves infractions dans ce domaine, à travers les nombreux traités internationaux adoptés par l'ONU et transposés par un certain nombre d'Etats (occidentaux).

### III - Quelle est l'effectivité de la RSE ?


Prenons les Principes directeurs de l'ONU de 2011, eux-mêmes de la *soft law* au départ. Des mécanismes reposant, d'une part, sur la participation de la société civile et, d'autre part, sur des règles du monde financier, se combinent, conférant aux normes de *soft law* une effectivité certaine.

Fidèles aux outils du droit anglo-saxon dont ils sont originaires, les Principes directeurs recommandent aux entreprises d'évaluer leurs impacts et de démontrer à leurs parties prenantes qu'elles ont mis en oeuvre des procédures de remédiation (*know and show*) pour faire face aux critiques de la société civile (*name and shame*). Les Principes directeurs imposent donc une norme de comportement et exigent une application transparente de celle-ci, ce qui met les parties prenantes en mesure de savoir ce que fait l'entreprise. Elles peuvent donc exercer une pression, notamment par la publicité qu'elles donneront à l'événement, avec comme conséquence un dommage réputationnel causé à l'entreprise.

Un autre mécanisme conférant une effectivité réelle aux Principes directeurs provient de la Banque mondiale et des banques privées ayant adhéré aux « Principes d'Equateur » et ayant transposé les Principes directeurs de l'ONU dans leurs règles internes d'octroi ou de refus de financement de projet. Selon leurs « Standards de performance », une entreprise réclamant des crédits doit prouver qu'elle a effectivement mis en place dans le pays concerné les outils de management des droits de l'homme requis par les Principes directeurs. La sanction est immédiate : si l'entreprise n'est pas en mesure d'apporter cette preuve, la plupart du temps avec l'aide d'experts externes, elle n'aura pas le financement pour son projet d'investissement, une sanction particulièrement efficace dans le monde économique.

Il y a d'autres exemples d'initiatives publiques et privées conférant une effectivité réelle à la *soft law*, notamment à celle des Principes directeurs visant les droits fondamentaux. Comme le disait le professeur Pascale Deumier, « pour être effectif, nul n'est besoin d'être juridiquement obligatoire, il suffit d'être suivi » 📄(4).

En conclusion, il me semble que ceux intéressés par une réelle amélioration de l'état des droits de l'homme devraient agir de concert afin que les Principes directeurs deviennent la norme universelle. Ce serait leur conférer définitivement une effectivité réelle (V. égal. sur la RSE, R. Family, La responsabilité sociétale de l'entreprise : du concept à la norme, *supra*, p. 1558 🍷 et P. Deumier, La responsabilité

sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux, *supra*, p. 1564 ).

**Mots clés :**

**RESPONSABILITE SOCIETALE** \* Personne morale \* Responsabilité sociétale \* Prévention des risques \* Environnement \* Droits fondamentaux

(1) L. n° 2001-401, 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques, dite « NRE » ; Décr. n° 2012-257, 24 avr. 2012.

(2) La Commission européenne a adopté, le 25 oct. 2011, une nouvelle définition de la responsabilité sociale d'entreprise. Pour rappel, l'ancienne définition était la suivante : « L'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes ». La nouvelle définition, quant à elle, est désormais celle-ci : « La responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société ».

(3) P. Herbel, Human Rights and corporations : the UN framework, *in* Private law, national-global-comparative, Festschrift I. Schwenzer, Bern, 2011.

(4) P. Deumier, Les codes de conduite des entreprises et l'effectivité des droits de l'homme, *in* L. Boy, J.-B. Racine et F. Siirainen (coord.), Droit économique et droits de l'homme, Larcier, Bruxelles, p. 671 s., spéc. p. 674.