



HAL
open science

**Responsabilité sociale de l'entreprise (RSE),
responsabilité éthiques et utopies, Les fondements
normatifs de la RSE, Etude de la place du droit dans les
organisations**

Isabelle Cadet

► **To cite this version:**

Isabelle Cadet. Responsabilité sociale de l'entreprise (RSE), responsabilité éthiques et utopies, Les fondements normatifs de la RSE, Etude de la place du droit dans les organisations. Gestion et management. Conservatoire national des arts et métiers - CNAM, 2014. Français. NNT : 2014CNAM0947 . tel-01142683

HAL Id: tel-01142683

<https://theses.hal.science/tel-01142683>

Submitted on 15 Apr 2015

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

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

ÉCOLE DOCTORALE ABBÉ GRÉGOIRE**Laboratoire interdisciplinaire de recherche en sciences de l'action****THÈSE**

présentée par :

Isabelle CADETsoutenue le : **22 janvier 2014**

pour obtenir le grade de :

Docteur du Conservatoire National des Arts et Métiers

Discipline/ Spécialité :

THÈSE POUR L'OBTENTION DU DOCTORAT EN SCIENCES DE GESTION**RESPONSABILITÉ SOCIALE DE
L'ENTREPRISE (RSE), RESPONSABILITÉS
ÉTHIQUES ET UTOPIES
LES FONDEMENTS NORMATIFS DE LA RSE
ÉTUDE DE LA PLACE DU DROIT DANS LES
ORGANISATIONS****THÈSE dirigée par :****Monsieur PESQUEUX Yvon, Professeur, Conservatoire National des Arts et Métiers****RAPPORTEURS :****Monsieur PIGÉ Benoît, Professeur, Université de Franche-Comté****Monsieur GUILLON Bernard, Maître de conférences HDR, IUT de Bayonne****AUTRE MEMBRE DU JURY :****Madame MARCHAIS - ROUBELAT Anne, Maître de conférences HDR,
Conservatoire National des Arts et Métiers**

Avertissement

Le CNAM n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

*A mon mari toujours,
A mes filles encore,
A mon fils,*

Remerciements

Pourquoi une deuxième thèse ?

C'est au Professeur Yvon Pesqueux, après une première thèse en droit des sociétés, que je dois cette riche idée de rédiger une seconde thèse, cette fois-ci, sur travaux, relatifs à la Responsabilité Sociale de l'Entreprise (RSE).

C'est un nouvel exercice de thèse, donc périlleux, quoiqu'il en soit. J'assume ce choix car le thème, à la croisée des chemins entre la philosophie, le droit et la gestion, me passionne. Il fait le lien entre mes études littéraires, option philosophie, mon enseignement et ma thèse en droit des sociétés, avec mes recherches récentes en gestion en Ethique, RSE et Gestion des Ressources Humaines (GRH) à l'Université Lyon III.

Qu'il me soit permis de remercier Celui qui croyait « à l'insu de son plein gré » avoir accepté de diriger une thèse de courte durée. Grâce à Lui, j'ai tenu, contre vents et marées, pour traiter un objet recherche issu des sciences de gestion avec, de manière originale, une administration de la preuve tirée des sciences juridiques.

La méthodologie est largement complétée par les travaux de recherches appliquées dans le cadre de la commission DDRS (Développement Durable et Responsabilité Sociétale) de l'AFNOR (Association Française de Normalisation), en réponse aux questionnements multiples et réguliers des différentes parties prenantes et personnalités membres, représentant toutes formes d'organisations.

Je tiens aussi à saluer, pour leur soutien sans faille, Bernard Guillon, Anne-Laure Boncori, François Domergue, Patricia David, Françoise de Bry et Gervan Branellec, Dimitri Pag-yendu Yentchare, mes amis Béatrice, Bernard et Fabienne pour leur aide précieuse ... de même que mes collègues de l'ECE Lyon, les dirigeants de l'INSEEC, en particulier, Catherine Lespine.

Je remercie surtout les membres éminents de l'ADERSE et du réseau Tétranormalisation de m'avoir accordé cette seconde respiration.

*« Non, rien de rien,
Non, je ne regrette rien... »*

Résumé

Cette thèse sur travaux porte sur la recherche des fondements normatifs possibles de la Responsabilité Sociale de l'Entreprise (RSE). C'est une analyse approfondie de la notion de norme, de ses fonctions en tant qu'outil de gestion, de ses limites en dehors de toute éthique.

Le sujet est traité de manière transdisciplinaire : l'apport théorique des sciences de gestion s'appuie sur l'étude empirique du droit, comme révélateur des utopies, réalisables ou non, en matière de RSE. Les responsabilités dites éthiques sont-elles une nouvelle idéologie, une espèce de rêve social qui ne se soucie guère des étapes réelles dans la construction d'une nouvelle société, ou un nouveau pouvoir de la connaissance, un projet d'organisation politique, fondée sur l'axiologie des droits de l'Homme ?

L'étude de la place du droit au sein de la RSE est un moyen de revisiter de nombreuses théories des organisations, notamment sur la gouvernance, les parties prenantes, la démocratie, le développement durable, le risque, la responsabilité. Elle conclut à la nécessité du respect préalable du droit dans la création et l'utilisation des outils de gestion.

L'objet de la recherche, à la croisée des chemins entre les sciences de gestion et les sciences juridiques, autorise néanmoins une réflexion critique sur la flexibilité de la règle de droit et la régulation par les normes, devenues de plus en plus souples voire floues, causes d'une privatisation du système économique global.

Prenant la mesure des mutations normatives dans la gouvernance mondiale, cette thèse propose de surmonter le défi des conflits de normes, par une nouvelle éthique de la responsabilité. L'idée, en France, serait de concevoir la responsabilité sociale des entreprises comme la fiction juridique de l'entreprise citoyenne. Une véritable extension de responsabilité préventive serait à la charge des sociétés personnes morales dans le cadre de leur sphère d'influence.

Résumé en anglais

This dissertation focuses on the search for the possible normative foundations of corporate social responsibility (CSR). This is an in-depth analysis of the notion of a standard, its function as a management tool, and its limits outside any ethics.

The subject is treated in a transdisciplinary manner: the theoretical contribution of management sciences is based on the empirical study of law revealing utopias, feasible or not, under CSR. Are these so-called ethical responsibilities, a new ideology, a kind of social dream which cares little for the actual steps in the construction of a new society? Or are they a new power of knowledge, a project of political organization, based on the axiology of human rights?

The study of the place of law in the CSR is a way to revisit many theories of organizations, including on governance, stakeholders, democracy, sustainable development, risk and responsibility. This study concludes with the need for prior compliance with the law, in the creation of the standard and use of management tools.

The object of the research is at the crossroads between management and legal sciences. Nevertheless, it allows a critical reflection on the flexibility of the rule of law and regulation by standards which have become more and more soft and fuzzy, causing the privatization of the global economic system.

Taking the measure of the normative changes in global governance, this dissertation proposes to overcome the challenge of conflicts of norms, by introducing a new ethic of responsibility. In France, the idea would be to design the corporate social responsibility like the legal fiction of corporate citizenship. A true extension of preventive responsibility would be born, by the legal entities under their sphere of influence.

Remerciements à Christelle Picque pour cette traduction

Table des matières

Première partie La norme outre l'Etat : l'utopie.....39

Titre 1. L'univers des normes 43

Chapitre 1. Les mutations normatives..... 47

Section 1. Entre législation et réglementation : la régulation sociale ou la norme publique souple 50

Section 2. La normalisation : normes techniques ou normes juridiques ? 67

Sous-section 1. Procédure de normalisation 70

1. La normalisation française 70

2. La normalisation internationale..... 73

Sous-section 2. Valeur juridique des normes techniques 75

1. Caractères de la norme technique..... 76

2. Fonctions de la norme 79

Sous-section 3. Conformité aux normes techniques et responsabilités..... 81

1. Non-conformité aux normes..... 81

2. Conformité aux normes techniques et responsabilités 84

Section 3. Ethique, principes, valeurs et droits de l'Homme : nouveaux concepts normatifs ? 88

Sous-section 1. L'éthique normative..... 91

1. La construction d'une éthique collective 91

2. La codification de l'éthique : une nouvelle forme de régulation ?..... 97

Sous-section 2. Principes, valeurs et droits de l'Homme 106

1. Principes 107

2. Les valeurs..... 109

3. Les droits de l'Homme 110

Chapitre 2. Un système normatif outre l'Etat 112

Section 1. L'hétérotopie 112

Sous-section 1. La remise en cause du système de souveraineté nationale par la mondialisation 113

1. La désinstitutionnalisation de l'Etat-nation..... 113

2. L'institutionnalisation des organisations..... 116

Sous-section 2. La norme sans territoire 118

1. L'utopie d'une norme sans frontière 119

2. L'utopie de normes sans destinataire	121
Section 2. L'hétéronomie	122
Sous-section 1. La montée en puissance de la régulation par les normes ascendantes	122
1. Les normes ascendantes	122
2. Une régulation sous le sceau du lien	123
Sous-section 2. La gouvernance en réseau.....	124
1. Gouvernement ou gouvernance : une terminologie lourde de sens	124
2. L'adhésion, comme mode de fonctionnement	127
Titre 2. Les normes de RSE.....	130
Chapitre 1. Evolution du concept de RSE.....	133
Section 1. Le concept de RSE	134
Sous-section 1. La naissance d'un nouveau paradigme de responsabilité	134
1. Ethique, paternalisme et philanthropie : une responsabilité individuelle....	135
2. La <i>Corporate Governance</i> : la responsabilité vis-à-vis des actionnaires....	136
3. La théorie des « nœuds de contrats » : la responsabilité contractuelle	137
4. L'approche <i>stakeholders</i> : la responsabilité hors contrat	138
5. L'institutionnalisation de la RSE : l'objectivation de la responsabilité ? ...	141
Sous-section 2. La contribution au développement durable via la RSO.....	144
1. L'interconnexion entre développement durable (DD) et RSE	144
2. La contribution au DD comme contrepartie de l'extension du champ de la RS aux organisations.....	147
Section 2. La crise de la responsabilité	148
Sous-section 1. Une crise globale, des causes multiples, qui est responsable ?..	149
Sous-section 2. Des conceptions différentes de la responsabilité	151
1. Définition de la responsabilité.....	151
2. L'exercice d'une liberté ?.....	152
Chapitre 2. L'utopie d'un concept de gestion au-delà la loi	154
Section 1. Le complexe normatif de la RSE	155
Sous-section 1. Les normes publiques	156
1. Normes internationales publiques	157
2. Les normes nationales publiques.....	163
Sous-section 2. Les normes privées	166
1. Les normes internationales.....	166

2. Les normes nationales françaises	167
Section 2. La force normative de la RSE	168
Sous-section 1. La force normative de la RSE dans le champ des droits de l'Homme	168
Sous-section 2. Les organisations dans le champ de forces normatives	170
Titre 3. Les lignes directrices de l'ISO 26000 relatives à la responsabilité sociétale des organisations	173
Chapitre 1. ISO 26000 : innovation normative ?	176
Section 1. Un processus innovant de normalisation.....	176
Sous-section 1. Recherche de légitimité	177
1. Représentation de toutes les parties prenantes	177
2. Paradigme démocratique	178
Sous-section 2. Première norme internationale sur la RS	180
1. Une métanorme	180
2. Une norme holistique	181
Section 2. Un statut juridique en gestation.....	184
Sous-section 1. Qualification juridique de la Norme ISO 26000.....	184
1. Qualification juridique des normes	184
2. Valeur juridique de la Norme ISO 26000 ?.....	186
Sous-section 2. Portée juridique de la Norme ISO 26000.....	189
1. Un usage international ?.....	189
2. Un usage opposable.....	190
Chapitre 2. Une métanorme, sans certification ?	193
Section 1. L'impossible certification de l'universalité de la Norme ISO 26000	195
Sous-section 1. Une interdiction formelle.....	195
1. La volonté déclarée des rédacteurs de la Norme ISO 26000	195
2. L'autorisation implicite des pseudos - certifications.....	196
Sous-section 2. Une impossibilité fondamentale	197
1. La nature de la norme internationale ISO 26000	197
2. La longueur du texte.....	199
Section 2. La certification des éléments principaux de la Norme ISO 26000	200
Sous-section 1. Risques de prolifération de normes	200
1. Ecllosion de nouvelles normes issues de la Norme ISO 26000	200
2. Un nouveau fonds de commerce	201

Sous-section 2. Risques de rupture de cohésion de la norme.....	203
1. Risque de démembrement de la Norme	203
2. Risque de dénaturation de l'esprit de la Norme	204
<u>Deuxième partie - L'envers du droit : la Tétranormalisation</u>	206
Titre 1. Les conflits de normes	214
Chapitre 1. Le risque de concurrence.....	215
Section 1. D'une norme de gouvernance à la gouvernance par les normes	216
Sous-section 1. Première norme internationale de gouvernance en matière de responsabilité sociétale.....	216
1. Une norme internationale de gouvernance.....	216
2. Une norme de gouvernance internationale.....	218
Sous-section 2. La RSO comme vecteur de la gouvernance.....	219
1. Les enjeux de pouvoir à travers la recherche d'une terminologie commune de la RSE.....	219
2. Une nouvelle méthodologie de la gouvernance des organisations par la RS	220
Section 2. Un nouveau modèle stratégique de consensus international créé par l'ISO, générateur de risques concurrentiels	222
Sous-section 1. Le risque de conflit dans la gouvernance mondiale.....	222
1. Risque de chevauchement	223
2. Risque de domination.....	224
Sous-section 2. Le risque de confusion.....	226
1. La définition de l'intérêt général : une exclusivité publique ?.....	226
2. Le choix de parties prenantes représentatives	228
Chapitre 2. Le risque de fongibilité.....	231
Section 1. L'absence de normativité apparente des lignes directrices de l'ISO 26000	233
Sous-section 1. La responsabilité sociétale, une faculté pour toutes les organisations, sans contrôle d'un tiers	234
1. Mise en œuvre des lignes directrices à la discrétion de tout type d'organisation.....	234
2. Une interprétation libre sans contrôle d'un tiers	235
Sous-section 2. La fongibilité de la Norme ISO 26000	237

1. Légitimité, spécificité, complémentarité des référentiels publics et privés de RSE.....	237
2. La fongibilité de l'ISO 26000, une nouvelle source de risque pour la RSE	240
Section 2. Les tentatives de maîtrise du risque d' <i>ISO 26000 washing</i>	243
Sous-section 1. Le système conventionnel prévu par la Norme ISO 26000	243
1. Le « verrouillage conventionnel » : un cadre souple	243
2. Les droits de l'Homme : « la <i>hard law</i> de la <i>soft law</i> » ?.....	246
Sous-section 2. Reconnaissance de la Norme ISO 26000 par les Etats et les institutions internationales : un cadre juridique certain mais trop flou	248
1. Entre récupération et reconnaissance par les institutions internationales ...	248
2. Les tentatives d'encadrement de l'ISO 26000 par le droit français	250
Titre 2. L'usage des normes contre le droit	256
Chapitre 1. L'usage déviant des droits de l'Homme.....	257
Section 1. La relativité des droits de l'homme liée à un processus de normalisation complexe	260
Sous-section 1. Stratification des droits de l'Homme	260
1. Génération spontanée de droits ?	260
2. Diversité des droits de l'Homme.....	262
Sous-section 2. Absence de hiérarchie entre les droits de l'Homme	263
1. Contradictions de normes de même valeur : de la <i>soft law</i> au <i>fuzzy law</i>	263
2. Perte de sens des droits de l'Homme, perte d'efficience	264
Section 2. Nouveau risque d'hégémonie des pays occidentaux ou au contraire de Tétranormalisation du fait de la montée en puissance des thèses différentialistes?...	266
Sous-section 1. Conception occidentale des droits de l'Homme : quelle légitimité ?	266
1. Risque idéologique	266
2. Risque majeur de Tétranormalisation	267
Sous-section 2. Corollaires : démocratie, Etat de droit ?	268
1. Démocratie : une condition des droits de l'Homme.....	268
2. Indivisibilité des droits de l'Homme : une apparence trompeuse?	270
Chapitre 2. Le <i>comply or explain</i> , un modèle d'inversion des principes	272
Section 1. Se conformer ou s'expliquer comme mise en œuvre des codes de gouvernance	274
Sous-section 1. Une forme originale d' <i>accountability</i>	275

1. Le <i>comply or explain</i> , un concept britannique de régulation douce.....	275
2. Traductions en Europe du concept « <i>comply or explain</i> »	276
Sous-section 2. L'adaptation à la française du mécanisme du <i>comply or explain</i>	
277	
1. L'obligation de transparence à double détente.....	278
2. Un cadre légal doux et très mou.....	280
Section 2. La consécration d'un concept normatif de gouvernance se substituant au	
principe de responsabilité.....	282
Sous-section 1. Une nouvelle forme de normativité entre conformisme et	
conformité	283
1. Le risque de confondre le principe d'action (<i>comply or explain</i>) avec le	
principe de responsabilité (<i>accountability</i>)	284
2. Le risque de renversement de la pyramide de Kelsen.....	285
Sous-section 2. Les limites de la gouvernance par la <i>soft law</i> et les codes de	
gouvernement d'entreprise.....	287
1. L'absence de renforcement de la gouvernance actionnariale.....	287
2. Les risques d'extension du <i>comply or explain</i> à tout le <i>reporting</i> RSE.....	289
Chapitre 3. L'intérêt social, un concept à risque pour une nouvelle forme de	
gouvernance	292
Section 1. Un essai de définition du concept d'intérêt social : la recherche d'une	
troisième voie	294
Sous-section 1. La nature de la société, source d'intérêts divergents	295
Sous-section 2. La finalité de la société, point de convergence pour définir	
l'intérêt sociétal	297
Section 2. <i>Corporate governance</i> ou gouvernement d'entreprise : le risque de	
confondre l'intérêt social avec l'intérêt des parties prenantes les plus puissantes.....	299
Sous-section 1. La nature de la société, source de pouvoirs antagonistes : l'intérêt	
social « éclaté »	299
Sous-section 2. La finalité de la société, point de convergence dans l'exercice du	
pouvoir... ou la loi du plus fort.....	303
Titre 3. Les oxymores.....	306
Chapitre 1. Le capital humain : du risque épistémologique à l'idéologie de la	
certification	308
Section 1. La duplicité du concept de capital humain.....	310

Sous-section 1. Caractère scientifique non avéré des représentations analogiques	310
Sous-section 2. Une recherche de fondement scientifique par les pratiques en gestion	313
1. La confusion entre les biens et les personnes.....	315
Section 2. Valeur(s) du capital humain	319
Sous-section 1. Définition de la valeur	319
Sous-section 2. Management par la valeur ou les valeurs.....	322
Sous-section 3. Les instruments de mesure de la valeur du capital humain	324
Section 3. De la tentation de normaliser la gestion du capital humain à l'idéologie de la certification des comportements humains	327
Sous-section 1. Les outils de diagnostic obligatoires et les textes impératifs relatifs à la gestion du capital humain en entreprise	328
Sous-section 2. La tentation éthique de codifier ou normaliser les relations humaines	331
Sous-section 3. L'idéologie de l'évaluation du « capital humain »	335
Chapitre 2. L'accès à l'eau potable : bien commun mondial vs droit de l'Homme	339
Section 1. L'eau, « chose commune », patrimoine commun de l'humanité	342
Sous-section 1. Chose commune à usage de tous	342
Sous-section 2. Patrimoine commun de l'humanité.....	344
Section 2. L'eau, bien privé ou bien public mondial	347
Sous-section 1. Bien privé.....	348
Sous-section 2. Bien public mondial.....	350
Section 3. L'eau, droit humain universel	353
Sous-section 1. Genèse d'un nouveau droit de l'homme	353
Sous-section 2. L'ordre public écologique : un nouvel équilibre entre les normes	357
<i>Conclusion</i>	360

Troisième Partie : Le droit contre les normes : l'utopie réalisable..... 363

Titre 1. : Le droit comme passage obligé des changements organisationnels..... 368

Chapitre 1. L'éthique des affaires et la bonne gouvernance ou « l'effet papillon » ...	372
Section 1. Effet relatif de la <i>soft law</i> , quoique privilégiée dans les relations internationales	374

Sous-section 1. Une volonté des parties prenantes à effet contraignant ?.....	374
1. La jurisprudence comme marqueur d'efficacité de la <i>soft law</i>	374
2. L'effet relatif des contrats	375
Sous-section 2. Une opposabilité illimitée aux tiers à l'échelle planétaire ?	377
1. Opposabilité limitée	377
2. Opposabilité illimitée	378
Section 2. Primauté de la <i>hard law</i> au niveau national et européen.....	380
Sous-section 1. La RSE, une affaire de souveraineté nationale ?	380
1. Le cas français	380
2. Au niveau international	381
Sous-section 2. Effet boule de neige	382
1. L'efficacité redoutable du droit dérivé, même dans le cadre de la <i>soft law</i>	382
2. Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme	383
Chapitre 2. La théorie des risques : une nouvelle gestion des risques	386
Section 1. Les prémisses du changement organisationnel générées par la théorie du risque	388
Sous-section 1. Prise en considération du risque juridique par les organisations	388
1. Origines	388
2. Fondement de la théorie du risque : fonctionnement des organisations et profit	389
Sous-section 2. Reconnaissance du risque comme source de responsabilité : l'augmentation exponentielle des contraintes légales sur les organisations	390
1. Risque exploitation et loi civile.....	390
2. Risque et loi pénale : du renforcement de la culpabilité des dirigeants à la responsabilité pénale des organisations elles-mêmes.....	393
Section 2. Les conséquences de la reconnaissance de la théorie du risque sur les organisations.....	395
Sous-section 1. Généralisation de la responsabilité fondée sur le risque.....	395
1. La responsabilité des commettants.....	395
2. La responsabilité du fait des choses	396
Sous-section 2. Une généralisation, source de changement organisationnel majeur	397
1. La collectivisation des risques.....	397
2. Généralisation des mesures de précaution	399

Titre 2. Une nouvelle éthique de la responsabilité.....	402
Chapitre 1. De la norme éthique à l'éthique de la norme : le dilemme de la Norme ISO 26000	409
Section 1. L'utopie d'une norme éthique	411
Sous-section 1. Norme éthique ou normalisation de l'éthique ?.....	411
Sous-section 2. Une métanorme, traduction de l'éthique de la RSO	415
Sous-section 3. Norme de comportement éthique.....	419
Section 2. Éthique de la Norme ISO 26000	422
Sous-section 1. Éthique plurielle de la norme.....	422
Sous-section 2. Éthique universelle des droits de l'Homme.....	424
Sous-section 3. Éthique de la normalisation	427
Chapitre 2. Les droits de l'Homme, 4 ^{ème} pilier de la RSE	432
Section 1. La montée en puissance des droits de l'Homme à travers le concept de RSE	433
Sous-section 1. Harmonisation des textes au sein de l'UE en matière de RSE .	433
1. Traités et charte des droits fondamentaux : la <i>hard law</i> sur le mode conventionnel	433
2. La RSE sur le mode de la <i>soft law</i> : la longue marche.....	435
Sous-section 2. Respect de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), au sein de l'UE	436
Section 2. L'ordre public européen : à la recherche des normes fondamentales de l'humanité	437
Sous-section 1. Absence de réciprocité exigée	437
Sous-section 2. Construction d'un droit objectif.....	439
Titre 3. La RSE comme fiction juridique, outil de gestion.....	442
Chapitre 1. L'extension de la responsabilité du fait d'autrui	442
Section 1. Développement de responsabilités collectives et solidaires.....	443
Sous-section 1. Responsabilités nouvelles en matière sociale, sociétale et environnementale	443
1. Responsabilités civiles et pénales	443
2. Les responsabilités nouvelles en matière environnementale et sociétale....	445
Sous-section 2. Responsabilité des organisations dans le cadre de leur sphère d'influence	447
1. Le concept de sphère d'influence dans la Norme ISO 26000	448

2. Le devoir de vigilance : une responsabilité à géométrie variable	449
Section 2. Un régime juridique pour la RSE sans spécificité aucune ou à venir ? .	451
Sous-section 1. Légitimité ou légalité ?	451
Sous-section 2. L'économique précède-t-il toujours le juridique ?	453
Chapitre 2. L'entreprise citoyenne, comme fiction juridique instituante.....	457
Section 1. La personnalité « morale » de l'entreprise : fiction ou réalité ?.....	458
Sous-section 1. Personne morale et réalité économique	458
1. L'entreprise, réalité économique.....	459
2. Entreprise et intérêt social.....	461
Sous-section 2. Personne morale et réalité de la peine	461
Section 2. Les nouvelles missions sociétales de l'entreprise génératrices de responsabilité limitée ou illimitée ?	463
Sous-section 1. Le droit positif : responsabilité illimitée ou irresponsabilité de fait ?	463
Sous-section 2. La citoyenneté d'entreprise accordée comme condition de sa responsabilité	464
1. Notion de citoyenneté d'entreprise	465
2. L'entreprise dans la gouvernance mondiale : l'exercice de la responsabilité sociale.....	466
<u>Conclusion générale</u>	469

Liste des figures

Figure 1 Pourquoi la « mode » de la responsabilité sociale et environnementale n'en est pas une ?	21
Figure 2 Le 4 ^{ème} P de la RSE.....	33
Figure 3 La poussée normative	49
Figure 4 Typologie des normes	50
Figure 5 Séparation des pouvoirs	51
Figure 6 Pyramide des normes de Kelsen	53
Figure 7 Hiérarchie classique	53
Figure 8 Hiérarchie moderne.....	53
Figure 9 Pouvoir législatif partagé	54
Figure 10 Mutation des pouvoirs	56
Figure 11 La force normative aléatoire de la régulation souple.....	59
Figure 12 Hiérarchie des normes en France.....	115
Figure 13 Concepts acrostiches de RS	133
Figure 14 Autres classifications (Bonnafous-Boucher & Pesqueux, 2006).....	139
Figure 15 L'entreprise en réseau	140
Figure 16 Symbiose du pilier social/sociétal RSE/DD	146
Figure 17 Les nouveaux visages de la responsabilité de l'entreprise	149
Figure 18 Champ macrocosmique de forces normatives	172
Figure 19 Vue d'ensemble de la Norme ISO 26000 (source AFNOR novembre 2010)	181
Figure 20 Entre normes souples et normes floues : une question de validité	209
Figure 21 Première norme de gouvernance de l'ISO	218
Figure 22 La stratégie BOP de l'ISO	224
Figure 23 Composition multi parties prenantes du comité miroir français.....	228
Figure 24 Les obligations françaises en matière de code de gouvernement d'entreprise.....	279
Figure 25 Risque d'inversion des principes normatifs	286
Figure 26 L'entreprise à la frontière du droit et de la morale	406
Figure 27 Vue d'ensemble simplifiée de la Norme ISO 26000	424
Figure 28 L'évolution du concept normatif de RSE	425
Figure 29 Ethique de la responsabilité sociétale selon la Norme ISO 26000	426
Figure 30 Sphère d'influence	448
Figure 31 L'escargot - Salvador DALI.....	470

Sommaire

Première partie La norme outre l'Etat : l'utopie..... 39

Titre 1. L'univers des normes	43
Chapitre 1. Les mutations normatives.....	47
Chapitre 2. Un système normatif outre l'Etat	112
Titre 2. Les normes de RSE	130
Chapitre 1. Evolution du concept de RSE.....	133
Chapitre 2. L'utopie d'un concept de gestion au-delà la loi	154
Titre 3. Les lignes directrices de l'ISO 26000 relatives à la RSO	173
Chapitre 1. ISO 26000 : innovation normative ?	176
Chapitre 2. Une métanorme, sans certification ?	193

Deuxième partie - L'envers du droit : la Tétranormalisation 206

Titre 1. Les conflits de normes.....	214
Chapitre 1. Le risque de concurrence.....	215
Chapitre 2. Le risque de fongibilité.....	231
Titre 2. L'usage des normes contre le droit.....	256
Chapitre 1. L'usage déviant des droits de l'Homme.....	257
Chapitre 2. Le <i>comply or explain</i> , un modèle d'inversion des principes	272
Chapitre 3. L'intérêt social, un concept à risque pour une nouvelle forme de gouvernance	292
Titre 3. Les oxymores.....	306
Chapitre 1. Le capital humain : du risque épistémologique à l'idéologie de la certification	308
Chapitre 2. L'accès à l'eau potable : bien de l'Homme ou droit de l'Homme	339

Troisième Partie : Le droit contre les normes : l'utopie réalisable..... 363

Titre 1. : Le droit comme passage obligé des changements organisationnels.....	368
Chapitre 1. L'éthique des affaires et la bonne gouvernance ou « l'effet papillon »	372
Chapitre 2. La théorie des risques : une nouvelle gestion des risques	386
Titre 2. Une nouvelle éthique de la responsabilité.....	402
Chapitre 1. De la norme éthique à l'éthique de la norme : le dilemme de la Norme ISO 26000	409

Chapitre 2. Les droits de l'Homme, 4 ^{ème} pilier de la RSE	432
Titre 3. La RSE comme fiction juridique, outil de gestion	442
Chapitre 1. L'extension de la responsabilité du fait d'autrui	442
Chapitre 2. L'entreprise citoyenne, comme fiction juridique instituante.....	457
<u>Conclusion</u>	469

Introduction

Lors du premier colloque organisé par le Centre de Droit des Affaires et Gestion (CEDAG) à l'Université Paris Descartes, sur la Responsabilité Sociale de l'Entreprise (RSE), le 18 et 19 mars 2010, le Professeur de droit François-Guy Trébulle (2011, p.3, note 2) avait donné le ton dès la première journée : la responsabilité sociale de l'entreprise n'est-elle qu' « un avatar du droit social ? S'agit-il de droit des sociétés ? D'une mode de plus après tant d'autres... ? ».



Figure 1 Pourquoi la « mode » de la responsabilité sociale et environnementale n'en est pas une ?¹

Ces questions, un rien provocatrices, reflètent, ce que la plupart des juristes pensent tout bas. Qu'est-ce que la RSE ? « La notion de responsabilité sociale des entreprises est fondée sur le droit de regard des diverses parties prenantes de l'entreprise. Elle représente une nouvelle forme de régulation du capitalisme. » (Nahapétian et Duval, 2005). Mais, parce qu'elle est définie par la Commission européenne comme « un concept qui désigne l'intégration *volontaire*, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes » (Livre Vert, COM 2001/366), la RSE ne serait pas une norme juridique (Meyer, 2005, Bouyoud, 2010).

¹ Titre du chapitre 2 de Laville E., *L'entreprise verte, Le développement durable change l'entreprise pour changer le monde*, 3^{ème} éd. enrichie, Pearson Village Mondial, 2009, p.61 ; Image extraite de la présentation sur la RSE de M. Christian Coutin, Directeur du Développement Durable de SEB à mes étudiants du Master1 RHO, Lyon III, 25 novembre 2010

Faute de contrainte ou, plus exactement, de sanction juridique à l'origine, de nombreux juristes ignorent cette responsabilité idiomatique; d'autres, en revanche, demeurent perplexes et s'interrogent sur les interactions éventuelles entre champs disciplinaires voisins, compte tenu des multiples emprunts de la RSE à plusieurs branches du droit (droit social, droit des sociétés, droit de l'environnement, droit commercial, droit international, droit européen, droits de l'Homme, etc.). Une posture indifférente ne leur semble pas sans danger. Ils se saisissent alors de la question entre inquiétudes et surprises (Blin-Franchomme, 2012 ; Danet, 2008; Desbarats, 2006 ; Deumier 2007, 2008 et 2009c ; Didier, 2011 ; Mathey, 2011 ; Malecki 2003 ; Robé, 2011 ; Supiot, 2004 ; Tchotourian, 2006). Plus subtile, mais non moins cynique, la majorité des juristes observe le glissement progressif de la RSE dans le giron du droit, quand elle ne l'appelle pas de ses vœux (Najar, 2013 ; Trébulle, 2011; Queinnec, 2010 ; Daugareilh, 2009, etc.). Nombreux professeurs en économie ou en gestion partagent cette vision de la RSE, qui, à leurs yeux, ne représente qu'un « nouvel avatar du capitalisme, destiné à anticiper des régulations contraignantes » (Plihon, 2003), « le moment libéral » (Pesqueux, 2007a, p.36, 2011, p.40) n'ayant que trop duré.

La RSE est pourtant un concept issu des sciences de gestion. D'aucuns ne lui contestent cette paternité. Mais l'assertion selon laquelle la RSE serait construite *volontairement* en marge du droit mérite quelque attention. A y regarder de plus près, une recherche approfondie sur les fondements normatifs de la RSE permet de démontrer que l'opposition entre normes de RSE et normes juridiques n'est qu'un leurre. Les liens avec les normes juridiques sont implicites voire explicites.

Cœur de notre réflexion, cette première hypothèse de travail constitue le fil d'Ariane pour :

- **démêler l'écheveau que constitue l'imbroglie normatif sur lequel repose la RSE,**
- **déceler la composante juridique de ces normes quel que soit le degré de spécification²**
- **et ce, afin de pouvoir répondre à une question plus large à savoir quelle est la place du droit en tant qu'outil de gestion dans les entreprises ?**

L'intérêt récent des juristes pour ce concept est-il, en effet, si naturel, si flatteur pour les sciences de gestion, ou plutôt inquiétant ? Le point de vue est loin d'être neutre. Sont-ce les juristes qui sont dépassés par rapport à ce concept qui vient ébranler le socle de la pyramide de Kelsen ou bien la gestion qui est rappelée à l'ordre par le droit, pour donner corps à des

² Selon l'article 570 du Code civil, la spécification consiste par une personne à forger un objet en appliquant son travail (façon, art, main d'œuvre) à une matière appartenant à autrui.

responsabilités plus rigoureuses ? Les gestionnaires ont-ils à craindre un risque d'absorption de la RSE par les sciences juridiques ou bien au contraire, les sciences de gestion, en venant bousculer la hiérarchie des normes juridiques, provoquent-elles une nouvelle régénération du droit par la RSE ?

Les deux mouvements sont corrélatifs. Les gestionnaires nient les liens naturels entre *responsabilité* sociale et *responsabilité* juridique, pour mieux se convaincre de leur autonomie. Mais c'est une utopie. Les juristes aspirent, quant à eux, à de véritables réformes de fond, dans l'espoir de durcir les responsabilités juridiques dans les organisations, que les politiques n'osent mettre en œuvre. La loi Nouvelles Régulations Economiques de 2001 a ainsi accouché d'un objet juridique non identifié (OJNI) : l'obligation légale de rédiger un rapport de développement durable, intégré au rapport de gestion, depuis le Grenelle II³, mais sans l'assortir de sanction. Dans la lignée des prescriptions de l'Union européenne, la RSE se décline exclusivement selon les modes doux : recommandations ou incitations. La *soft law* ou droit souple, que l'on opposera à la *hard law* ou droit dur, règne en maître.

Le vide, laissé par le législateur *plus ou moins volontairement*, s'est effectivement comblé en plusieurs étapes. Par un jeu complexe entre adaptation ou résistance, la normalisation privée s'est tout d'abord considérablement développée, imbriquée dans des normes publiques, et désormais imposée sur les marchés, publics ou privés, par le truchements des textes législatifs ou réglementaires. Mieux ! Les entreprises privées tentent même de répondre directement aux attentes de la société civile, incitées par les institutions internationales ou nationales publiques à décliner la Déclaration de Rio de 1992. Fleurissent alors de toutes parts, des chartes environnementales, codes de conduite, labels et certificats... En raison de cette surenchère, l'entreprise se trouve au cœur d'un dédale de normes, descendantes et ascendantes, publiques ou privées, nationales et internationales, sources de nombreuses contreperformances et contentieux inextricables.

L'entreprise est de ce fait confrontée à plusieurs risques : non-respect de la norme, rupture de la cohésion interne, multiplication des coûts cachés, atteinte à son image et surtout perte de valeurs économique et financière (Savall & Zardet, 2005, p. 33, spéc. Figure 30, p.132). Cette autorégulation protéiforme de la responsabilité sociale de l'entreprise, fondée sur des processus, des procédures, ou « des signes de qualité privés » (Blin-Franchomme, 2009a, p.71), brouille considérablement l'horizon normatif.

³ Article L. 225-102-1 du code de commerce

Une recherche sur les conflits de normes et leurs origines, en particulier entre normes privées et normes publiques, les risques de chevauchement ou de concurrence, par l'apparition du phénomène de tétranormalisation que nous redéfinirons sur les traces de leurs concepteurs, Henri Savall et Véronique Zardet (2005) permettra de brosser un tableau de l'univers normatif dans lequel gravitent les organisations en quête du Graal que constitue la responsabilité sociétale (RS).

Mais à regarder de plus près, ce n'est pas exactement le vide laissé par législateur qui est préoccupant. Ce qui est inquiétant, au contraire, c'est le trop-plein des normes juridiques, que celles-ci émanent du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif, de l'Union européenne, voire de la jurisprudence. Le manque ou le vide se situe dans l'absence de *volonté* politique ou plus précisément dans l'impuissance des politiques à simplifier le droit : le stock de lois est évalué à 400 000 normes ! Cette incontinence interroge sur l'efficacité des sources directes du droit, leur portée et sur le sens même du mot « norme » qu'il conviendra, avant tout de cerner, pour déterminer précisément le cadre théorique de notre étude entre normes juridiques et normes dites « éthiques ». Aujourd'hui, le gouvernement se lance à nouveau dans un plan antinormes !⁴ Ce n'est hélas pas le premier. L'abrogation de la loi Warsmann n'était qu'un prélude. La qualité doit être privilégiée par rapport à la quantité. Un commissaire général à la simplification succède au commissaire général à la simplification nommé le 2 novembre 2010. L'impact des normes publiques est jugé contreproductif et coûteux : l'Etat déclare ne plus être en mesure d'assurer la garantie de leur cohérence d'ensemble. L'idéal serait d'abroger un volume de normes équivalent à ce que l'Etat produit dans le même temps. Cet idéal devient urgence.

L'attrait pour les normes d'origine privée, qui ont pris le relais, sollicitées parfois par les autorités publiques, pose des questions de fond d'ordre sociologique et politique sur notre contrat social et n'a fait qu'aggraver ou déplacer le problème. Les perspectives sont à la fois intra-organisationnelles et inter-organisationnelles. Les partenariats publics-privés (PPP), par exemple, qui se muent progressivement en délégation déguisée de service d'intérêt général risquent de « désinstitutionnaliser l'institution et institutionnaliser l'organisation » (Pesqueux, 2007a, p.93). Il n'est pas anodin de constater, depuis une trentaine d'années, à la fois une régression des formes classiques du droit et une véritable faillite de la gouvernance tant privée que publique. Le parallélisme avec l'image d'un « capitalisme déboussolé » (Pastre et Vigier, 2004) n'est peut-être pas sans lien de causalité avec cette défaillance des politiques publiques

⁴ <http://www.acteurspublics.com/2012/12/18/le-plan-antinormes-du-gouvernement>

qui concourt à l'effondrement des structures normatives. Ces phénomènes juridiques sont « sous la dépendance directe de la volonté humaine ou du hasard » (Carbonnier, 1978, p.236). A tout le moins, la complexité du droit qui en découle n'est pas propice à servir d'outil innovant au service de la gestion. Loin s'en faut !

Il conviendra, à ce stade, pour limiter le champ de notre étude aux entreprises privées, de mettre en exergue le nombre d'oxymores que ces nouveaux concepts, apparus en sciences de gestion, ont engendré (codes éthiques, entreprise citoyenne, capital humain, etc.) et surtout les dangers du flou du droit qui en résulte, du fait de la confusion des rôles entre organisations privées et publiques, d'une part, et de l'empiètement des sciences économiques sur les sciences sociales d'autre part.

Cette deuxième hypothèse de recherche sur les enjeux de pouvoir qui gravitent autour du concept de RS nous permet, dans une vision holistique, de poser la problématique de la gouvernance des organisations tant publiques que privées, nationales ou internationales. Le système de direction et de contrôle des entreprises, conçu comme un ensemble de relations entre la direction de l'entreprise, son conseil d'administration, ses actionnaires et ses autres parties prenantes⁵, nous intéressera plus particulièrement car s'il repose essentiellement sur des recommandations et des principes de *compliance* (selon la formule « *comply or explain* »), n'exclut pas des normes juridiques plus contraignantes (de conformité classique).

Les juges, dépassés par les événements récents, peinent à sanctionner les comportements illicites, faute de dispositions adéquates. Aucune mesure n'a pu vraiment mettre fin aux scandales financiers à répétition qui jalonnent l'histoire récente. Ni la loi américaine Sarbanes Oxley de 2002, ni la loi française Sécurité Financière de 2003, par exemple, n'ont permis de rétablir l'éthique dans les affaires, ni *a fortiori* redonné la confiance sur les marchés boursiers aux investisseurs. Les gages de transparence sont à peine suffisants. Les normes juridiques ne sont pas toutes dotées de la même efficacité. Un constat s'impose : jusqu'à présent, la *soft law* s'est avérée un nouveau champ d'expérimentation permettant de combler le vide éthique par le poids des normes ; elle ne suffit pas, à elle seule, à remettre de l'ordre sur les marchés.

L'étude approfondie du gouvernement d'entreprise est, à cet égard, l'expression même de cette tension entre *soft law* et *hard law*, qui interpelle sur l'efficacité des normes juridiques, en tant qu'outils de gestion. Par-delà la recherche sur les fondements normatifs de la RSE, qui est un biais, c'est tout l'enjeu de notre thèse. En démontrant que

⁵ Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE, 2004, p. 11, disponible sur: <http://www.oecd.org/dataoecd/32/19/31652074.PDF>

la *soft law* constitue le point d'aboutissement du système de la Common Law, productrice de normes efficaces au sens de Pareto par exposition au phénomène de la « *relitigation* »⁶, on redécouvre l'opposition originelle avec la Civil Law, où la jurisprudence est synonyme de contentieux, plus que de source de droit.

Avec la mondialisation du droit ou plutôt des mondialisations des droits (Halperin, 2009), l'évolution structurelle du droit vers un rapprochement tempère cette distinction sans pour autant toujours gagner en clarté. Peut-on se contenter d'un compromis, de concessions, à défaut de consensus entre systèmes juridiques irréductibles ?

Les normes floues de RSE dont certaines ne sont pas juridiques interrogent sur la signification même du mot norme ? Le droit, dans cette dégénérescence, est perçu au mieux comme un simple moyen d'augmenter la performance de l'entreprise, au pire comme une contrainte justifiant déréglementation et dérégulation. « Objet frontière »⁷, la RSE oblige ainsi à redéfinir les frontières entre droit et norme, norme et RSE et RSE et responsabilité juridique.

Sans fondement normatif explicite ou déterminable, quelle responsabilité est encourue ? La responsabilité sociale des entreprises est-elle d'une nature différente par rapport aux précédentes ? La RSE (responsabilité sociale des entreprises) ou bien encore la RSO (responsabilité sociétale des organisations) répond-t-elle à un manque de droit ou une soif d'échapper à un trop plein de normes ?

La montée en puissance de la normalisation par la *soft law* dénote avant tout une stratégie des organisations destinée à esquiver les sanctions juridiques ou à les aggraver. Faute de maîtriser les comportements, le droit feint d'encadrer une hypothétique régulation par les normes.

Le développement de la normalisation privée, de normes endogènes, où le mot « norme » même ne fait plus sens car la reconnaissance par une autorité disparaît au profit de comportements individuels. Le tiers garant disparaît, sans certification aucune. L'unilatéralisme ou les intégrismes (Bourguinat, 2006) peuvent prospérer en toute impunité.

Ce nouveau contexte n'est pas sans rappeler le « Nouveau Moyen-Age » dépeint par Alain Minc en 1993. La structuration en réseau prend le pas sur la structure pyramidale ; les liens de servitude remplacent les liens contractuels équilibrés. Les actes d'allégeance aux nouveaux seigneurs de la guerre économique représentés par les entreprises transnationales les plus puissantes devant lesquelles plient les Etats confèrent aux normes privées un statut privilégié.

⁶ Teubner G. (1989) définit la « *relitigation* » comme le fait de disputer toujours les mêmes causes devant les procès (répétition de litiges)

⁷ « Une référence à un objet qui peut circuler à l'intérieur de plusieurs communautés tout en conservant le même nom sans pour autant recouvrir les mêmes réalités ». (Pesqueux, 2006, p.19)

La question a été ouvertement posée lors d'un colloque récent sur le développement durable organisé par le Journal Le Monde, de savoir, si compte tenu de leur puissance, certaines multinationales n'allaient pas remplacer les Etats dans la gouvernance mondiale⁸. La question n'est pas nouvelle (Carson 1962, Goldman et Francescakis, 1977): elle est devenue une réalité !

Plus récente, l'interrogation sur les normes qui encadrent les multinationales et la gouvernance mondiale a été posée (Robert-Demontrond, 2006, Pesqueux, 2007b, Trébulle 2012). L'axiologie des droits de l'Homme sur laquelle se fonde progressivement la RSE retiendra une grande partie de notre attention, pour connaître la valeur de ces droits ou de ces normes que le Professeur Delmas-Marty range dans la catégorie du droit flou (« *fuzzy law* »), avec tous les risques qui en résultent. A défaut de volonté politique pour encadrer et sanctionner les comportements dans les sociétés, les normes se raccrochent toutes à l'éthique au sens large (déontologie pour les normes techniques) ; les droits de l'Homme ayant trouvé une certaine résonance dans les normes sociales et sociétales, du moins dans nos démocraties occidentales, sont propulsés, au niveau international, au rang de conférant à ces droits une nouvelle portée (prétention à l'éthique universelle).

S'intéresser aux significations profondes de la régulation par les normes, et des nouvelles formes de normalisation, renvoie par conséquent surtout à des questions éthiques et politiques. Il existe un découplage cyclique que nous exposerons entre l'éthique et le droit, mais ériger des normes juridiques sans éthique relève de l'utopie, au sens idéologique du terme. L'utopie réalisable, en matière de responsabilité de RSE et, par extension dans le cadre de la RS, consiste à considérer le droit comme technique opératoire de gestion, dans la gouvernance de toute organisation, laquelle gouvernance ne peut se construire sans éthique, sans valeurs, sans fondements normatifs.

Une revue de littérature très conséquente sera donc développée sur l'opposition *soft law/ hard law*, sur l'évolution du droit mondialisé dans un cadre flou. Nous apporterons la preuve par les sciences juridiques, sur les traces d'Alain Supiot (2002) notamment, que l'orchestration du droit souple, de plus en plus mou, participe d'une volonté de mettre à mal les structures classiques sans alternative proposée sinon celle de vouloir maintenir une flexibilité sans sanction, une recherche pour se tenir hors du portée du droit et des responsabilités juridiques qui vont de pair. Tour à tour, nous mobiliserons à la fois les théories de sciences de gestion comme objet de recherche et les sciences juridiques comme outil d'administration de la

⁸ http://www.lemonde.fr/a-la-une/article/2012/11/26/colloque-developpement-durable_1795938_3208.html

preuve. Différentes affaires ou cas seront cités pour agréments le propos. L'approche se veut résolument pluridisciplinaire. La philosophie en filigrane restera sur les questions éthiques pures un moyen de gagner en profondeur ou prendre du recul pour une réflexion plus riche permettant de rendre compte d'un concept de gestion complexe et foisonnant.

La question de la « gestion juridique de l'entreprise » (Ferry-Maccario et *alii*, 2006) a-t-elle alors un sens ? Est-ce un pléonasme ou un contre sens ? Le droit ne peut être un nouvel « outil de gestion »⁹ que si une définition au moins dans le champ de la gestion est arrêtée. C'est l'objet même de notre recherche de thèse en définitive. Elle ne peut être résolue sans vérification des hypothèses précédentes.

L'absence de volonté ne modifie pas nécessairement la nature de la responsabilité. Il ne faut pas confondre irresponsabilité juridique et nouvelle forme de responsabilité.

L'utopie réalisable, au sens de Yona Friedman (2000), serait de mettre en place un véritable cadre juridique national et international pour faire respecter les mêmes règles du jeu par tous dans les entreprises, en dépassant la souveraineté des Etats. Sinon, nous serions contraints de subir, ce que Jean de La Fontaine décrit avec beaucoup d'ironie, *la « loi » du plus fort est toujours la meilleure...*

Liée à la précédente, la question philosophique de savoir si la responsabilité sociale voire sociétale est avant tout une responsabilité éthique se pose. Le courant *jusnaturaliste* en droit a fait long feu. Le droit positif a ses adeptes mais il devient arbitraire quand il est lui-même à l'origine du fondement contraignant de la norme. Il perd de surcroît toute légitimité compte tenu des normes juridiques pléthoriques et contradictoires.

Par un juste parallélisme des formes, la méthodologie retenue, surtout dans la troisième partie, relèvera du courant interprétativiste ou constructiviste, plus que positiviste (*de lege lata*). Car la tentation de vouloir donner une lecture univoque des textes est certes rassurante car elle lutte contre un volet insécurité juridique, dès lors que l'arbitraire n'effraye pas, mais elle est surtout vouée à l'échec tant par le nombre impressionnant de dispositions dites impératives que par l'impossibilité d'appliquer une norme sur un territoire, quand le jeu normatif s'opère à plus grande échelle. Incertitude, contingence et aporie du droit conduisent à plus de modestie. Il convient de prendre la mesure de la désacralisation du territoire. La mondialisation des échanges appelle effectivement des solutions plus réalistes.

Dans le concept d'hétérotopie de Foucault, on perçoit certaines trajectoires proches des nôtres. La révolution normative que nous vivons est sans nul doute aussi importante que celle

⁹ V. n° spécial de la Revue Française de Gestion, n°81, (nov-déc.1990)

que Galilée a insufflée en son temps. Il a fallu plusieurs siècles pour l'admettre. Nous n'en sommes qu'aux prémises. La phénoménologie (Husserl, 1913; Schopenhauer, 1966) nous a appris que nous ne vivons pas dans un espace fermé et fini.

Le potentiel « régulateur » de la RSE, comme nouvelle force normative, non (encore) cadrée, ne serait-elle qu'une nouvelle utopie ou une traduction de ce courant philosophique? La force discursive ou illocutoire (Kissine, 2007) de la RSE résonne chez les juristes comme l'élément psychologique qui prendrait le pas sur l'élément matériel pour démontrer une responsabilité fondée exclusivement sur l'intention, la *volonté* au détriment parfois de son effectivité ou de son efficacité voire de sa réalité. L'épreuve du droit, nous apprend qu'on ne peut dissocier élément matériel et élément psychologique, que les deux sont nécessairement liés. Avec beaucoup de cynisme, l'analyse économique du droit pourrait se satisfaire de cet état de fait : l'absence de contrainte juridique, avec une RSE qui se placerait idéalement au-dessus du droit remplirait bien sa mission d'efficacité économique avec une idéologie de la valeur actionnariale au sommet. Mais, dans cette perspective, l'humain n'est pas au cœur du jugement de valeur. Il y a complète dissociation entre le discours affiché et la réalité économique : personne n'est responsable de ces actes. La RSE serait une idéologie, un mythe, une mystification.

Or, le libéralisme ou le néolibéralisme est fondé sur la liberté avant tout. Vouloir être libre sans exercice de la responsabilité, tant juridique qu'éthique, ou plus exactement, libéré des contraintes juridiques et morales n'est pas une utopie, c'est une déviance qui cache une soif d'exonération absolue, une volonté de toute puissance, une sorte d'escapisme, qui peut se définir comme « la décision de se soustraire à une société, tenue pour illégitime et pourtant trop forte pour qu'on lui résiste, et qui est susceptible de prendre des formes différentes. Il peut être individuel (« *pour vivre heureux, vivons cachés* »), ou au contraire s'étendre au comportement d'un groupe tout entier, qui cherche avec plus ou moins de bonheur à se soustraire aux pressions d'un milieu hostile, par exemple en s'y fondant au moins en apparence » (Pesqueux, 2010b, p.8). Le libéralisme conduit à sa propre perte puisqu'il va jusqu'à marchander la loi, ce qui est contraire à l'éthique (la « main invisible » chez Smith ne pouvait fonctionner sans un minimum d'éthique partagée...

Les résultats de la recherche permettent de mettre en lumière qu'il n'existe pas de norme éthique mais des normes de comportement éthique. Les responsabilités éthiques n'ont de sens que lorsque l'on inverse la perspective pour repenser l'éthique de la responsabilité. Car les responsabilités éthiques ou morales sont purement individuelles.

Elles ne sauraient se traduire par une éthique collective, sans fondement philosophique aucun. La RSE est à la recherche de normes fondamentales universelles.

Existe-t-il des normes universelles ? Doit-on, alors, au niveau international, ériger des normes et de quelle nature seraient-elles ? Les lignes directrices de l'ISO 26000 sur la responsabilité sociétale, fondée sur la question centrale de la gouvernance, se sont ordonnées, autour d'une matrice relative aux droits de l'Homme : relèvent-elles pour autant d'une nouvelle forme de normalisation et par-là même d'une nouvelle catégorie de normes ?

Nous pourrions mettre en évidence, par nos travaux de terrain à l'AFNOR, avec une confrontation constante entre différentes parties prenantes aux intérêts opposés, que l'ISO 26000, norme « paroxystique », parce que d'origine privée d'intérêt général, apporte par cette recherche de fondements normatifs en matière sociétale, de traduction de la responsabilité sociale des organisations, la preuve matérielle d'une nécessaire convergence entre normes publiques et privées. A l'image de la *lex mercatoria*, l'ISO 26000 ne peut, au plus, qu'être source d'usages internationaux. L'impossible certification renvoie à l'interdit fondamental de substitution à l'Etat comme source exclusive formelle de normes sociales, juridiques et structurantes. Ce n'est pas tant l'articulation des normes, qui par la forme et leur validité interne, définit leur cohérence, que l'utopie du devoir-être selon Kelsen (1990) qui par essence suppose une certaine hiérarchie des normes.

L'influence réciproque de la RSE sur le droit est révélatrice dans cette première norme internationale de gouvernance. Nous étudierons tout particulièrement quelques résultats tangibles auxquels nous avons pu aboutir dans différentes publications, notamment la théorie du risque comme remise en cause du système classique de responsabilité, les biens communs mondiaux comme réification des moyens et sacralisation des fins, et les SCOP comme modèle d'utopie réalisable en matière de gouvernance.

La RSE offre des perspectives de dépassement de la souveraineté des Etats en s'appuyant avant tout sur des normes issues des droits de l'Homme. Ces normes fondamentales ne relèvent pas d'un territoire, mais de plusieurs. Leur étendue n'est pas figée. Trois générations de normes offrent un complexe original entre droits subjectifs, droit objectif voire participe au *jus cogens* (normes internationales impératives) naissant. Elles connaissent des traductions diverses suivant les cultures mais, à défaut d'être appliqués partout, elles sont revendiquées universellement.

Elles fondent l'action de diverses ONG et de la société civile qui s'est invitée subrepticement sur la scène internationale (Roche, 2009 ; Boy, 2003 ; Robé, 2011 ; Giraud, 2012) pour mettre un terme au « laissez-faire ». Une forme de démocratie participative s'est mise en place et la

revendication de la trilogie Etat de droit, démocratie et droits de l'Homme va de pair. De nouveaux principes de comportement voient le jour fondés sur la transparence et la concertation avec les parties prenantes. Un nouvel ordre cosmopolitique se construit (Frydman et Haarscher, 2010, Tabournel, 2010), une gouvernance moderne, où les institutions internationales et les Etats doivent offrir des garanties dans leur modes de fonctionnement. L'action politique consiste à assurer la coordination en vue de cette finalité. Le jeu de la gouvernance mondiale s'effectue à plusieurs en réseau. La gouvernance des entreprises dans le cadre de la RSE serait une déclinaison de ses principes de bonne gouvernance, ou plus exactement de gouvernance responsable.

Un tableau des principales de nos publications sur la thématique permet d'apporter un éclairage synthétique sur l'évolution de nos recherches et les premiers apports de ces travaux pluridisciplinaires, effectués en parallèle de la thèse pour montrer les transformations de la responsabilité. Les tentatives de symbiose offrent des perspectives intéressantes pour les sciences de gestion et, corrélativement, les sciences juridiques.

Thèmes et publications	1^{ère} phase : le cadre juridique	2^{ème} phase : les enjeux de la règle juridique	3^{ème} phase : le droit, outil de gestion	4^{ème} phase : la régénération de la norme
Le risque et le management responsable	« Le management responsable : l'importance du cadre juridique », <i>Economie & Humanisme</i> (n° 370, oct. 2004), p.63-67	« La consécration de la théorie du risque », in <i>Méthodes et thématiques pour la gestion des risques</i> , (dir.) B.Guillon, Coll. Recherches en gestion, L'Harmattan, Paris, 2008, p.21 à 32.	« Le droit de la responsabilité des entreprises : Entre la prévention des risques et l'idéologie de la réparation » <i>Dossier Le management responsable</i> , Revue des Sciences de Gestion, n°211-212, 2005, p.71-83	« Les changements organisationnels engendrés par la prise en compte du risque », (dir.) Henri Savall, Marc Bonnet, Véronique Zardet et Michel Péron, ISBN 978-2917078-07-5, Vol.1, p.303-319, Lyon, Ed. ISEOR, 2008
La RSE	« La RSE ou une extension du concept de responsabilité pour autrui », in <i>Responsabilité sociale de l'entreprise</i> , (dir.) Henri Savall, Marc Bonnet, Véronique Zardet et Michel Péron, Ed. ISEOR Lyon, Vol.2, ISBN 2-9503583-9-X, p.1057-1066, Lyon, Ed. ISEOR, 2005.	« Du besoin au changement dans l'optique du développement durable et responsabilité sociale de l'entreprise, la règle juridique comme passage obligé », in <i>Développement organisationnel et changement</i> , (dir.) Henri Savall, Marc Bonnet, Véronique Zardet et Michel Péron, ISBN 978-2917078-07-5, p.113- 126, Lyon Ed. ISEOR, 2006.	« La responsabilité sociétale des entreprises : quelles responsabilités juridiques pour les managers? », <i>Revue Qualitative</i> , n°217 juin 2010, p.44 à 51	« Le temps, la règle de droit et le développement durable », <i>Revue Sciences de gestion</i> , n° 49, 2005, p.39-59
Les normes et la normalisation	Le nouveau guide pratique juridique et fiscal de l'entreprise, rédaction d'un chapitre sur la normalisation, (coord.) M.-P. Degehl, Ed. Dalian/LAMY, Groupe Wolters Kluwer France 2000-2004.	« Les aspects juridiques de l'ISO 26000 » : mise à jour 45, V-91 in <i>Management de la qualité</i> (coord.) J.-Cl. Pannekouke, AFNOR Éditions, septembre 2011.	« Certification ISO 26000: entre mythes et réalités », octobre 2010, <i>Revue Qualitative</i> , n°219 p.28 à 35	« La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux », <i>Revue internationale de droit économique</i> (2010 / 4), p. 401 à 439.
L'éthique	« Discordance entre les droits de l'Homme et le droit commercial : la globalisation ne rime pas avec universalisation des droits de l'Homme » in <i>Indicateurs d'évaluation de la responsabilité sociale et environnementale des entreprises</i> (dir.) Henri Savall, Véronique Zardet, Marc Bonnet et Michel Péron, ISBN 978-2-917078-13-6, Vol.1, p.377-388, Lyon, Ed. ISEOR, 2009.	« Les droits de l'homme dans l'Union européenne : un modèle de normes universelles ? » : Chapitre 16, p.149 à 162 in <i>Normes : Origines et Conséquences des Crises</i> (dir.) Dominique Bessire, Laurent Cappelletti et Benoît Pigné, <i>Economica</i> , Coll. Recherche en gestion, 2010.	« Les nouveaux risques liés à l'éthique et à la bonne gouvernance environnementale ou l'effet papillon », <i>Revue Droit de l'environnement</i> , n° 174/10, 2009, p.20-22	« Le capital humain et performances de l'entreprise : quels modèles de valorisation ? » (Acteurs de l'Economie & l'ESDES, Université Catholique de Lyon, 21 mars 2012), <i>Les Débats autrement</i> (Propos recueillis par Audrey Henrion in <i>Acteurs de l'Economie</i> n°106, juin 2012)

Synthèse de l'évolution des travaux de recherches par thèmes

Plus spécifiquement, aux 3P exposés par Jacques Benoît en 2005, nous montrerons que dans la structure pyramidale recomposée, les **principes éthiques représentent le 4^{ème} P de la RSE** représente le pilier éthique, qui gouvernent les normes et non l'inverse. Il est une issue possible de la Tétranormalisation. Dans une société laïcisée, ces principes éthiques coïncident avec l'idéologie des droits de l'Homme.

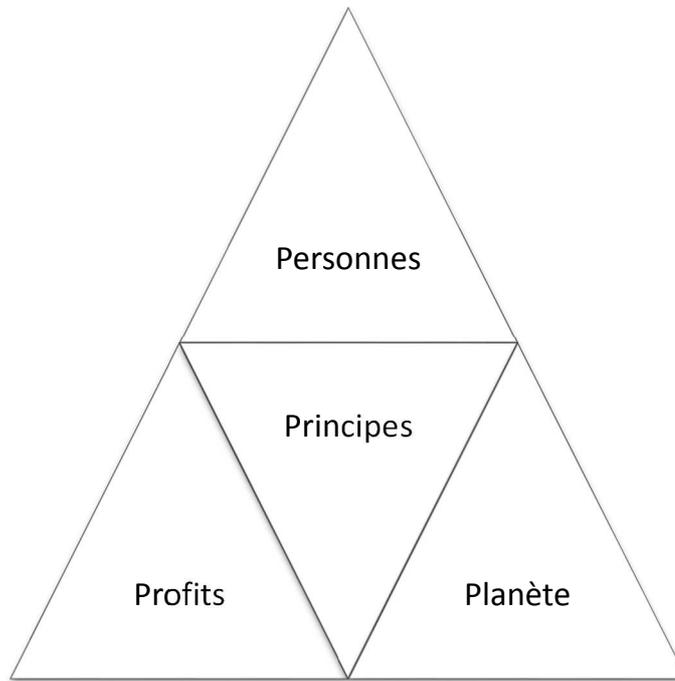


Figure 2 Le 4^{ème} P de la RSE

Dans une perspective de dépassement des travaux ou de leur aboutissement, nous ajouterons de manière plus novatrice dans cette thèse, aux 4 registres de la fiction en philosophie politique et morale d'après Yves-Charles Zarka, un cinquième registre sur les figures du pouvoir : la fiction juridique de la RSE. C'est une des inventions de cette thèse qui permet sans nul doute de donner corps juridiquement à une notion complexe qui ne laisse nullement l'Etat indifférent. Elle est un prolongement de la « fiction instituante » créée par la rhétorique de la RSE développée par Yvon Pesqueux.

Les grilles de lecture mobilisées sont ainsi enrichies par le droit, souvent parent pauvre ou marginalisé de l'épistémologie ou de la gestion. La fiction juridique reposant ici sur la RSE, conçue comme une responsabilité pour autrui ou du fait d'autrui, responsabilité du 4^{ème} type puisqu'elle concerne souvent les parties prenantes muettes (celles qui ne peuvent se défendre faute de moyens suffisants, ou la planète qui ne constitue pas un sujet de droit, et surtout les générations futures qui n'en sont pas encore) offre un véritable outil juridique au service de la gestion.

Les fictions juridiques sont nées des lacunes du droit, de la nécessité, et des faits qui ont résisté aux règles dogmatiques. Mais loin d'être des utopies, au sens d'idéaux, emprunts de virtualités, elles revêtent un caractère fonctionnel qui permet d'obtenir les effets juridiques, que le droit positif ne permet pas toujours. *De lege ferenda est...*

Nous adhérons à cette dialectique de l'être et du devoir être, que Léon Husson exprimait en ces termes : « La science du droit n'est pas, comme les sciences positives, extérieures à son objet, mais elle s'y incorpore en partie, parce que, le droit s'exprimant en commandements qui doivent être compris pour être exécutés, il n'est pas possible de l'exposer sans l'interpréter et donc sans le penser et le repenser, de telle sorte que la science du droit n'est rien d'autre que la pointe la plus avancée de la pensée qui implicitement inhérente au droit » (Wicker, 1997, p.2).

La responsabilité sociale de l'entreprise serait ainsi assimilée, par fiction, à une extension de la responsabilité du fait d'autrui. La fiction a le mérite de dépasser le cadre conventionnel, souvent prêté comme fondement à la RSE mais qui nécessite des sujets de droit. Par cette technique juridique qui consiste à supposer un fait une situation différente de la réalité en vue de produire un effet de droit (Cornu, 2002), la RSE prend corps. Le raisonnement juridique, par son efficacité fondée essentiellement sur sa finalité, est un outil de stratégie en gestion incontournable.

Problématique

Le lien très étroit qui unit la société, le droit et les sources normatives s'expliquent par le fait que ces dernières constituent une rationalisation du pouvoir dans une organisation donnée. Les normes représentent l'outil privilégié de l'éthique des affaires (Le Tourneau, 2000). Toute crise des normes est une crise des sources du pouvoir et de la répartition de la gouvernance (Savall et Zardet, « le cyclone de la tétranormalisation », 2005, p.20)¹⁰.

Le risque que les multinationales imposent à travers la normalisation une forme de législation des relations économiques internationales non seulement aux opérateurs économiques mais aux Etats n'est pas exclu. Par le biais des codes de conduite ou autres normes techniques, véritables obstacles tarifaires aux échanges (OTC) au sens des accords de Marrakech, une véritable subversion se produit, l'Etat ne jouant plus ou pas toujours son rôle de régulateur. La *soft law* prépondérante dans de nombreux échanges s'imposent dans les contrats et conduit à une « dégradation » des sources privées du droit (Osman, 1995, Deumier, 2005, 2009a, 2009b). Mais le droit, en tant que référence normative publique, est l'unique moyen d'établir progressivement une gouvernance mondiale voire d'esquisser la construction d'un ordre public international (Delmas-Marty, 1998). Les transformations de la régulation économique et juridique passeront par un Etat (un droit) post-moderne (Chevallier, 1998, 2001b, 2004).

Ce sont les deux faces du Janus politique: d'un côté un « volet intégration », dans le but d'établir un certain ordre, une véritable architecture sociétale, un équilibre des pouvoirs au sein d'une gouvernance mondiale, de l'autre côté, un « volet lutte », situation permanente de rapports de forces, où tous les moyens justifient la fin, au nom de telle ou telle idéologie ou éthique (Tabournel, 2003, p.4).

Dans les modèles et représentations classiques, on oppose volontiers intérêt général et intérêts privés. L'un serait défendu par le Politique, ou l'Etat de droit comme vision moderne d'un pouvoir légitime et démocratique, et ses démembrements (collectivités territoriales) voire certaines ONG (organisations non gouvernementales), les autres par les entreprises privées (entreprises industrielles et commerciales, sociétés de services) syndicats ou associations.

L'interdépendance progressive, pour le bien-être de tous, entre l'Etat devenu protecteur, régulateur, puis interventionniste aux fins de corriger les inégalités économiques et sociales et les entreprises dites « citoyennes », a introduit une vision holistique¹¹ des rapports entre parties prenantes. Dans cette perspective, les obligations qui incombent à tout type

¹⁰ Nos écrits : (2009) « Mondialisation du droit, privatisation, crise du droit » Cahier de recherche Tétranormalisation, coord. D. Bessire et Y. Dupuy, www.iseor.com

¹¹ Holistique vient d'un mot grec, *holè*, qui signifie totalité.

d'organisation, au sens large, seraient nécessairement et volontairement partagées dans le cadre du développement durable. L'entreprise serait une organisation comme une autre, sa mission ne pourrait avoir que l'Homme en finitude.

A l'inverse, l'Etat, même dans ses fonctions régaliennes, ne pourrait occulter une certaine conception économique dans la réalisation de sa mission de service public, sans porter atteinte à l'intérêt général, donc à l'éthique du système. Les nouvelles frontières entre le public et le privé tendent à s'estomper. Selon que l'on propose une approche libérale, utilitariste ou plutôt marxiste-socialiste du rôle de chaque organisation, les conceptions divergent mais sans incompatibilité irréductible, sinon sur les moyens.

La relation entre les normes de source privée et les normes juridiques d'origine publique est ambiguë. L'oscillation entre complémentarité et concurrence se traduit par un flou du droit et un foisonnement des normes propice à l'insécurité juridique (Zardet et Bonnet, 2010; Pesqueux, 2007c; Besse, 2005). On assiste sans nul doute à l'apothéose du « moment libéral » (Pesqueux, 2007a, p.36) incarné par le Pacte Mondial des Nations Unies suivi de peu par la norme politique et protubérante ISO 26000, digne de la construction utopique de la cité idéale de l'Atlantide, avec ses ambitions démesurées et ses lacunes au regard des traductions non juridiques des textes internationaux de base. La Tétranormalisation est manifeste.

Il s'agit ici de dépasser la sociologie pour reconsidérer la règle de droit comme la métanorme, c'est-à-dire de la finalité de la norme éthique et juridique. En ce sens, la recherche sur les fondements du droit rejoint l'approche des positivistes, dans l'optique d'une justification ou d'encadrement de la RSE, au niveau macroéconomique. Aucune gouvernance mondiale, aucun ordre public international ne pourront se construire sans que l'Etat reprenne sa place¹² et ordonne, coordonne, sanctionne les normes privées sur lesquelles il doit conserver le contrôle. Il faut redonner ses lettres de noblesse au triptyque « règles juridiques, souveraineté et ordre » (Bazzoli L. et Kirat T., 1999).

Schématiquement, il faut disséquer les jeux de pouvoir dans la *soft law* et montrer les limites intrinsèques de la prolifération de réglementations techniques et administratives pour développer une théorie de l'utopie réalisable par une redéfinition de la place du droit, en tant que norme de référence, dans le cadre de la RSE.

¹² « L'Etat dans son droit », expression de Patrice Duran (Piloter l'action publique avec ou sans droit, Politique et management public, vol.11, n°11-4, 1993, p.1-45)

RSE, responsabilités éthiques et utopies

Les fondements normatifs de la RSE

Place du droit comme outil de gestion



Partie 1 : La norme
contre l'Etat : l'utopie

Titre 1 : L'univers des normes

Titre 2 : Les normes de RSE

Titre 3 : Les lignes directrices de l'ISO 26000



Partie 2 : L'envers
du droit : la
Tétranormalisation

Titre 1 : Les conflits de normes

Titre 2 : L'usage de la norme contre le droit

Titre 3 : Les oxymores



Partie 3 : Le droit
contre les normes :
l'utopie réalisable

Titre 1 : Le droit comme passage obligé des
changements organisationnels

Titre 2 : Une nouvelle éthique de la responsabilité

Titre 3 : La fiction juridique comme outil de gestion

Première partie

La norme outre l'Etat : l'utopie

« *Les utopies ne sont que des vérités prématurées* » (Lamartine)

La responsabilité sociale des entreprises (RSE) serait-elle une « nouvelle utopie » ? Ou « l'héritière des mouvements utopistes » (David, 2009, p.42) ? Etymologiquement, l'utopie est un néologisme forgé par l'homme d'Etat et philosophe Morus (1477-1535) de deux mots grecs (*ou* et *topos*) signifiant « non-lieu », lieu imaginaire, en dehors des réalités. Mythe, illusion, rêve, fiction... les synonymes ne manquent pas¹³. Par extension, l'utopie peut signifier « désir d'altérité, recherche de l'émancipation sociale, conquête de la liberté » (Cattani, 2006, p.652). Une littérature importante est rattachée à la recherche d'une société idéale, tantôt comme vision critique du présent, tantôt comme idéologie. Progressivement, l'idée même d'une « utopie réalisable » fait son chemin (Friedman Y., 2000) pour bâtir une infrastructure mondiale avec, comme condition, un consentement collectif. Dans ce cadre, l'entreprise des temps modernes n'a pas échappé à cette quête comme outil de transformation de la société.

Les thèmes de l'éthique d'entreprise, de la RSE et du développement durable font l'objet d'un intérêt croissant depuis les années 1980. Tous trois recouvrent l'idée d'obligations que l'entreprise s'assigne à elle-même du fait des pressions du corps social et des contraintes écologiques, dépassant parfois le cadre de ses obligations strictement légales ou économiques (Najar, 2013). Ce phénomène de société n'est pas un effet de mode passager car il s'enracine dans des préoccupations séculaires sur les conséquences et la finalité des activités économiques, mais de nouveaux impératifs obligent à une prise de conscience d'une nécessaire mutation et à l'émergence de pratiques plus responsables (Descolanges et Saincy, 2004, Féron *et alii*, 2004, Laville, 2009). Il en est ainsi de l'explosion démographique, du réchauffement climatique, de la pollution, des détériorations diverses de la planète, de la disparition de la biodiversité, de l'épuisement des énergies fossiles, de la surconsommation, des déchets irréductibles, de la violation des droits de l'Homme... Ce sont toutes des questions organisationnelles relevant de la responsabilité humaine. Bon nombre d'entre elles sont en interaction.

Ces problématiques planétaires ont donné naissance à de nombreuses théories sur les biens communs mondiaux, la gouvernance ou de nouvelles formes de responsabilité. Elles ont aussi et surtout, modifié les postures de réflexion pour proposer des réponses adéquates à l'échelle mondiale (Ducroux, 2002). Très logiquement, la question de la souveraineté des Etats face à

¹³ http://www.utopies.com/docs/LesEchos_Crise_RSE_291008.pdf
<http://www.monde-diplomatique.fr/1998/05/RAMONET/10521.html>

des multinationales dont le chiffre d'affaires dépasse le PNB de plusieurs pays réunis (Robert Demontrond, 2006) a été posée au point d'imaginer des normes outre l'Etat. A la différence du développement durable (DD), l'enjeu de la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) est au départ microéconomique mais l'entreprise ne connaît pas les frontières de la société, au sens juridique du terme, *a fortiori* l'entreprise multinationale. Les perspectives se sont élargies et la RSE a trouvé un cadre à la fois dans la gouvernance américaine (modèle anglo-saxon) puis dans la gouvernance européenne (modèle rhénan) qui l'a intégrée aux perspectives du DD. Nous confronterons ces deux conceptions dans une approche historique, mais l'essentiel de nos propos portera essentiellement sur la vision européenne de la RSE.

L'évolution de la RSE, du fait même qu'elle tend vers une responsabilité plus sociétale, dite parfois « globale »¹⁴, interroge de nombreux champs disciplinaires des sciences humaines ou sociales. Toutefois, les gestionnaires réclament la paternité d'une nouvelle forme de responsabilité hors du champ juridique. Cet appel à la créativité renvoie pourtant au « moment libéral » (Pesqueux, 2007a) qui ne connaît guère les cloisons des différentes chapelles scientifiques. La mondialisation s'accompagne effectivement d'un phénomène d'hétérotopie, par des créations normatives originales, hybrides ou floues, de sources variées, où les outils de régulation sont prépondérants.

Le concept flirte pourtant avec le droit. Cet « objet-frontière », ou plus exactement, cet objet encadré dans les normes, interpelle à plus d'un titre. Car la RSE bouscule les lignes politiques, ébranle la pyramide de Kelsen (1990) sur laquelle est fondé tout l'édifice constitutionnel des pays de droit romain germanique, pour finalement tomber dans l'« ornière normative » (Pesqueux, 2013¹⁵), mais se défend paradoxalement d'être un concept juridique. Utopie destinée à humaniser l'économie ou manœuvre subversive pour échapper à toute forme de responsabilité ?

Cette tension entre le droit et la gestion nous intéresse plus particulièrement. Elle gravite autour de la notion de norme, qui progressivement a pris ses distances avec la règle juridique. Pour autant, nous avançons l'hypothèse que cette tentative d'autonomisation de la norme relève plus d'enjeux de pouvoir, que d'une différence de nature. La force normative de la RSE provient justement du fait qu'elle finit par être absorbée ou plus

¹⁴ Liée à la globalisation (mondialisation < *globalization* en anglais), c'est un néologisme, renvoyant à l'idée de « village planétaire » forgée à l'ère des nouvelles technologies de l'information, pour désigner une interdépendance accrue des économies, et par extension, des cultures. Certains auteurs ont même proposé de qualifier la RSE de « globalisation alternative » (Chauveau et Rosé, 2003, p.255).

¹⁵ Pesqueux Y., Allocation d'ouverture, 10^{ème} Congrès international de l'ADERSE, 27-28 mars 2013

exactement rattrapée par la règle de droit. A défaut, la RSE ne serait qu'un discours, sans validité aucune, puisqu'elle perdrait toute chance d'effectivité ou d'efficacité.

Nous nous inscrivons donc résolument dans l'optique des sciences de gestion qui considèrent le droit comme un outil. L'apport n'est pas unilatéral : des influences réciproques sont notables. La RSE, en tant qu'objet pluridisciplinaire, permettra cette mise en exergue. Et parce que l'osmose ne peut s'observer sans un regard extérieur, des réflexions philosophiques, éthiques voire politiques très critiques sur le phénomène normatif en tant qu'outil de régulation apporteront un éclairage complémentaire¹⁶.

Sans briguer l'exhaustivité, nous dresserons un état des lieux dans cette première partie sur les fondements normatifs possibles de la RSE à partir des dispositifs d'encadrement institutionnels de la RSE et de la littérature académique en sciences de gestion. La posture épistémologique s'appuie sur le courant « interprétativiste » (Girod-Séville & Perret, 1999). Dans sa fonction discursive, l'utopie de la RSE s'affiche dans une perspective de dépassement de la loi qui se révèle davantage une « hétérotopie » (1984), au sens de Foucault. Ce que nous nommons « la norme outre l'Etat ». Le positivisme n'a guère sa place dans cette perspective.

Nous démontrerons qu'il ne s'agit pas d'une responsabilité « hors normes », mais plutôt d'une responsabilité parajuridique, par une recherche de nouveaux paradigmes (**Titre 2**). La Norme internationale ISO 26000, dont l'isomorphisme avec les normes publiques a soulevé maints débats politiques, tant dans sa phase de conception que dans son contenu, en est la consécration. Notre conclusion est qu'il s'agit d'une « métanorme » (**Titre 3**). Pour comprendre le succès de cette nouvelle utopie, il convient de donner un aperçu de l'univers des normes dans lequel la RSE gravite, dans un cadre mondialisé où la souveraineté des Etats est remise en cause (**Titre 1**).

¹⁶ Ce que nous étudierons davantage dans le chapitre 2 et la troisième partie de cette thèse.

Titre 1. L'univers des normes

Au début du siècle dernier, Albert Einstein bouleverse la physique newtonienne avec sa théorie de la relativité. La logique aristotélicienne fondée sur un système rigoureux et binaire se fissure. La représentation euclidienne de l'espace où s'exerce la souveraineté des États sur des territoires stabilisés avec des frontières délimitées se brouille. Même l'univers juridique très hiérarchisé est ébranlé (Ost et Van de Kerchove, 2002). La mondialisation a entraîné, de surcroît, un pluralisme, un enchevêtrement et un flou normatifs qui ont achevé de remettre en cause la pyramide de Kelsen comme ordre vertical, transcendantal et sacré (Delmas-Marty, 2004a et b, 2006). De nouvelles formes de normativités, normes de « valeur illocutoire » différente (Géniaut, 2009, p.185), sont nées. Des interactions s'opèrent entre les niveaux, nationaux et globaux, voire infra- ou supra- étatiques, marquant une forme de privatisation du droit. Dans cette internormativité pour limiter ou feindre de contrôler l'autorégulation qui en découle, l'État ou les organisations internationales sollicitent des acteurs non gouvernementaux et créent des autorités de régulation. La gouvernance en réseau se met en place. Un système normatif outre l'État se construit (**Chapitre 2**).

Mais comment se repérer dans ce « maquis de normes » (Capron et Quairel-Lanoizelée, 2010, p.93)? Les normes se multiplient en raison de leur objet, de leur portée et de la qualité de leur auteur : une définition ne suffit plus à les circonscrire.

Le mot norme vient du latin « *norma* » qui signifie « équerre » (Gambelli, 1998, p.5). C'est un instrument de référence qui aurait un double rôle de « tracé » et de « mesure » (Thibierge, 2008, p.254). Par des aspects techniques, la norme semble relever essentiellement de la science, parfois économique (Violet, 2003) ; celle-ci comporte néanmoins de nombreuses équivalences avec la règle de droit (Boy, 1998 ; Cornu, 2002 ; Cadet, 2003 ; Rouland, 2004). Formelle ou non formelle (Helfrich, 2011) elle présente l'apparence d'une recommandation mais peut valoir commandement, selon le degré de la fonction directive. Il est vrai que les termes latin de *norma* et *regula* (du grec ancien *gnômon*), traduits aussi par « réglettes », désignent, tous deux, des outils matériels pour vérifier la droiture, la rectitude, la linéarité. Ils sont donc, « comme l'atteste leur étymologie, rigoureusement synonymes » (Amselek, 1989, p.7). Par extension, de manière abstraite, ces étalons ont servi d'instruments pour régler également les conduites humaines (Amselek, 1990, p.87).

C'est donc par un glissement de sens, que l'on a voulu en définitive opposer la norme à la règle, la norme et les obligations voire la norme et le droit. Le découplage est purement formel. **A la différence de la morale ou de l'éthique, les règles de conduite juridiques sont parmi les normes, des règles particulières qui impliquent un commandement public ou une sanction par une autorité publique. Mais l'intensité est très variable : elle oscille de l'incitatif à l'impératif. Et comme dans la règle morale, il peut s'agir d'interdits ou de prescriptions.** Au point que bon nombre de juristes, pris de vertiges, se contentent d'énoncer *ce qui est droit* mais renonceront à dire *ce qu'est le droit* (Goyard-Fabre, 2003 ; Miaille, Ost et Van de Kerchove, 2002 ; Rouland, 1991, p.77 ; Virally, 1960, p.1) laissant aux philosophes le soin de le définir (Sériaux, 1989, p.85). Quand ils se plient à l'exercice de définir le droit (Carbonnier, 1990), ils prennent le soin d'avertir que les conceptions divergent selon les écoles (Atias, 2012). Nous évoquerons ces conceptions plurivoques dans le cadre de l'institutionnalisation de la RSE, comme éléments de référence.

De manière simple, Cornu (2002) définit le droit comme « le contraire de ce qui est **tordu** ». L'antonyme a le mérite de lancer le débat de manière large mais, de manière plus positive, pour commencer, nous proposons une palette éclectique de mots clefs, pour ouvrir la réflexion sur l'amplitude du champ juridique et la complexité du droit¹⁷ : *rectiligne, avantage, intérêt, impôt, faculté, franc, honnête, juste, équitable, référence, instrument, jurisprudence, réglementation, loi, privilège, légitimité, permission, pouvoir, dû, loyal, redevance, coutume, règle, liberté, licite, moral, éthique, etc.* Les épithètes alternent avec les noms communs, les exemples jonglent avec les synonymes, d'aucuns n'épuisent la définition. Avec la mondialisation, de nouveaux termes et composantes apparaissent : *norme, (dé)régulation, soft law, hard law, droits de l'homme...* Le Droit - avec une majuscule - est aussi défini par sa fonction : *organisation juridique* ou *système juridique*, encore appelée *gouvernance*. Au *droit objectif*, on oppose également les *droits subjectifs* – le passage du singulier au pluriel est le signe de la reconnaissance de *normes juridiques ascendantes* du fait de la *pluralité des ordres juridiques* (Chazel et Commaille, 1991). A ces caractéristiques s'ajoutent les domaines ou *branches du droit* (*droit privé, droit pénal, droit public*) et même *le droit commun* qu'on assimile à *droit*, tant *la norme de référence, en France*, est celle du *droit civil*, c'est-à-dire le *droit consacré aux lois en général, aux personnes et à la façon dont on acquiert la propriété*. Le droit constitue surtout un *phénomène social*, il est donc *mortel* (« *Ubi societas, ibi jus* »).

¹⁷ Tirée d'une de nos conférences, dans le cadre de l'Equipe interdisciplinaire d'éthique, sur « la mondialisation du droit, facteur de déshumanisation », 17 mars 2009, Université Catholique de Lyon

Aucune organisation sociale ne peut s'en départir, quoique le droit ne présente aucun caractère d'unidimensionnalité, ni d'unilatéralité, ni de monisme (Le Goff, 2007, p.103). Nous nous interrogerons sur les incidences de l'absence curieuse du droit de l'*entreprise* (celle-ci n'étant pas définie par le droit) en sciences de gestion, et sur l'intégration du code des sociétés (qui n'existe pas en tant que tel) dans le code de commerce à l'heure où nous dissertons paradoxalement de la responsabilité sociale de l'entreprise comme d'un objet juridiquement identifiable...

Malgré l'amphibologie des termes *droit* et *droits*, *droit objectif* ou *subjectif* (Atias, 2012, p.210), l'épistémologie juridique s'efforce de considérer le phénomène juridique comme un objet de connaissance (Atias, 1985, p.11). Sans prendre parti sur le point de savoir si le droit est œuvre de vérité ou de justice, ainsi rend possible un raisonnement et une modélisation qui, compte tenu de son raffinement, ouvre des perspectives utiles pour la gestion. Du moins c'est notre hypothèse.

S'il n'est plus question de se noyer dans des théories sur l'essence du droit (*quid jus ?*) les conditions de validité de la règle juridique (*quid juris ?*) restent un objet de recherche. Le dynamisme de la norme juridique compense son ambiguïté originelle, qui tout en limitant sa portée, ouvre, de ce fait, le champ à d'autres types de normes. La RSE n'échappe pas à ce pouvoir d'attraction de la norme, et tout particulièrement de la norme juridique. La question pourrait alors se résoudre de savoir si n'entrant pas dans le champ du *droit*, la RSE représente un objet, par définition, **tordu** ? La réponse n'est pas si simple...

Les sociologues vont rechercher dans le magma des normes de conduite, celles dont « le seuil de juridicité » est tel qu'il permet de les dissocier des mœurs et de la morale ou de l'éthique, parfois religieuse, pour les qualifier de normes juridiques (Carbonnier, 1994, p.313). La tâche est infinie.

Loin d'être immuables, les critères de distinction entre les normes sont souvent liés à l'histoire et la culture ; mais leur absence de caractère mécanique, ou automatique, leur confère surtout, une dimension politique, éthique et philosophique. Ils varient encore d'un pays à l'autre. Leur détermination permet de comprendre où est située la frontière entre le droit et la RSE, les conflits possibles et l'apport de l'inter-normativité. Ces tentatives pour cerner l'idée de norme permettront d'analyser les termes voisins d'éthique, de principes ou de valeurs qui se retrouvent également dans l'institutionnalisation de la RSE, parfois à un niveau équivalent ou métajuridique. A cet égard, nous examinerons le cas des « normes éthiques » constitutif, selon certains philosophes ou gestionnaires férus d'éthique, d'un abus de langage.

La norme, est quoiqu'il en soit, un terme générique qui recouvre diverses réalités mais qu'il convient de manier avec circonspection. Le processus de signification évolue avec l'utilisation qui en est faite. Il est délicat d'échafauder une typologie dans un univers en pleine mutation. De plus, compte tenu de l'inflation normative, tant publique que privée, dresser un inventaire des normes n'aurait pas beaucoup de sens, *a fortiori* dans un domaine multidisciplinaire où les normes sont éclectiques et hétérogènes. Pour découvrir les fondements normatifs possibles de la RSE dans cet univers des normes, il est donc préférable d'expliquer ces mutations normatives (**Chapitre 1**).

Chapitre 1. Les mutations normatives

La norme, définie comme ayant pour double fonction de « guider l'agir et contrôler l'activité humaine » (Jeammaud, 1990, p.199), la fonction prend, par conséquent, le pas sur le contenu ou sur la forme. Et, c'est cette fonction qui est en plein processus de mutation.

En principe, la règle (*devoir* et *obligation*) appelle un système d'*arbitrage* à la différence de la norme (*tracé* et *mesure*) qui repose plus sur un système d'*arpentage* (Supiot, 2005, p.86). On retrouve, de nos jours, cette subtile division parmi les normes à caractère fonctionnel dans les entreprises, entre celles qui sont d'application volontaire et celles qui sont jugées obligatoires. Les premières relèvent de la régulation (souvent appelée « douce ») par opposition aux secondes fondées sur une réglementation (dite « dure ») ou classique. L'exigence de conformité s'est muée en recherche de compatibilité. Le législateur vise la régularité des comportements sociaux en fixant un modèle d'équilibre, un programme, une ligne de conduite. Or, la norme prescriptive appelle l'*adhésion* plus que la *sanction*. La nature de la règle a donc changé parfois imperceptiblement du fait de cette flexibilité. La régulation appelle originellement un réglage, dans le domaine technique. Les cloisons entre normes juridiques traditionnelles et techniques deviennent ainsi poreuses. La France a consacré cette forme de normativité, en 2001, par une *loi* sur « les nouvelles *régulations* économiques ». La nature du texte, législatif ou réglementaire, est alors indifférente, quoique le pouvoir réglementaire y soit davantage prédisposé. Il s'agit de trouver une règle de fonctionnement.

Une brèche s'est ouverte dans le cadre des normes juridiques ou dites impératives (Supiot, 2005 ; Atias, 2012, p.190). Certaines dispositions, pourtant légales, dénuées de sanction directe, n'exigent plus une *conformité* absolue. Mieux, certaines normes seront considérées uniquement comme *opposables*. Il en résulte que, formellement les entreprises ne sont pas liées, ni par un contrat, sinon moral ou psychologique, ni par une loi dont ils seraient les destinataires, mais par le fait social que la norme est posée. Ainsi en est-il, et nous y reviendrons de la régulation par les droits de l'Homme, « normativités émergentes » (Benyekhlef, 2008), devenues le plus souvent inclusives dans de nombreux traités internationaux ou conventions de droit privé international. **L'invitation à suivre (plus que respecter) la norme provient d'une pression sociale : le risque d'image déclenche la « volonté » des entreprises de se « mettre aux normes » par conformisme.**

Là encore, une **nuance importante sera à apporter, entre normes facultatives, incitatives et volontaires**. Ce nuancier ressemble à une palette de touches impressionnistes.

En contresens, la normalisation, d'origine privée, rangée *a priori* dans les normes non juridiques, ne présenterait pas, par essence, de caractère d'impérativité compte tenu de la fonction de ces normes. Or, l'évolution de la normalisation oblige à nuancer cette assertion car bon nombre de normes techniques sont reprises dans des réglementations publiques et même dans des contrats privés.

Normes descendantes ou ascendantes, le processus de régulation par la norme opposable produit un résultat identique. Et les lignes parallèles se croisent à l'infini... Est-il possible de trouver une application de ce théorème d'Euclide en sciences humaines ? Le rapprochement inéluctable entre normes privées et normes publiques, donne effectivement naissance à **une catégorie hybride**, dans la logique du marché mondial, entre les normes volontaires et les normes impératives. Nous verrons que **ce point de jonction représente le cœur du potentiel de régulation de la RSE** et qu'il n'est pas dénué de caractère contraignant, même si les apparences sont contraires. La nouvelle ligne formée, est-elle « **droite** » ? Telle est la question.

Dans la nomenclature des normes juridiques, la *soft law* ou encore « droit souple » émane des Etats ou d'autorités publiques. Il s'agit bien de « loi molle » ou de « droit doux ». Les normes privées, quant à elles, participent activement à la *soft law*, mais en tant qu'instruments au service de la régulation publique. Quand bien même les pouvoirs publics, au sens large, entérineraient des normes privées, dans un rapport de force somme toute inversé, on ne peut considérer, en toute rigueur, qu'elles appartiennent à la *soft law*. Pour la suite de nos développements, nous distinguerons donc le *soft power*, exercé par les *lobbies* privés via notamment le jeu des normes techniques, de la *soft law* proprement dite.

Nous revisiterons la classification traditionnelle des normes juridiques fondée exclusivement sur les compétences liées à la matière et à leur auteur (*ratione materiae, ratione personae*) pour présenter une typologie plus complexe ou plus exactement une échelle de normes fondées sur le degré d'élasticité de la contrainte, à l'instar des modèles proposés par la sociologie.

Les relations d'ordre et d'appartenance ont laissé place à « des interdépendances, des interactions et des discontinuités » (Delmas-Marty, 2005b, p.89s.) : une normativité protéiforme en découle.

Dans ce chapitre, nous nous intéresserons, à la causalité, et plus spécifiquement, dans cette section, à la montée en puissance corrélative de la régulation et de la normalisation privée.

L'axiome que nous formulons est celui-ci :

- plus la contrainte se renforce, plus la norme tend à être propulsée dans le champ des règles juridiques.
- plus la contrainte est répartie, plus l'intensité normative croît.

A l'instar de la poussée d'Archimède, nous pouvons dire que l'extension du droit positif agit comme une force conservatrice réactionnelle.

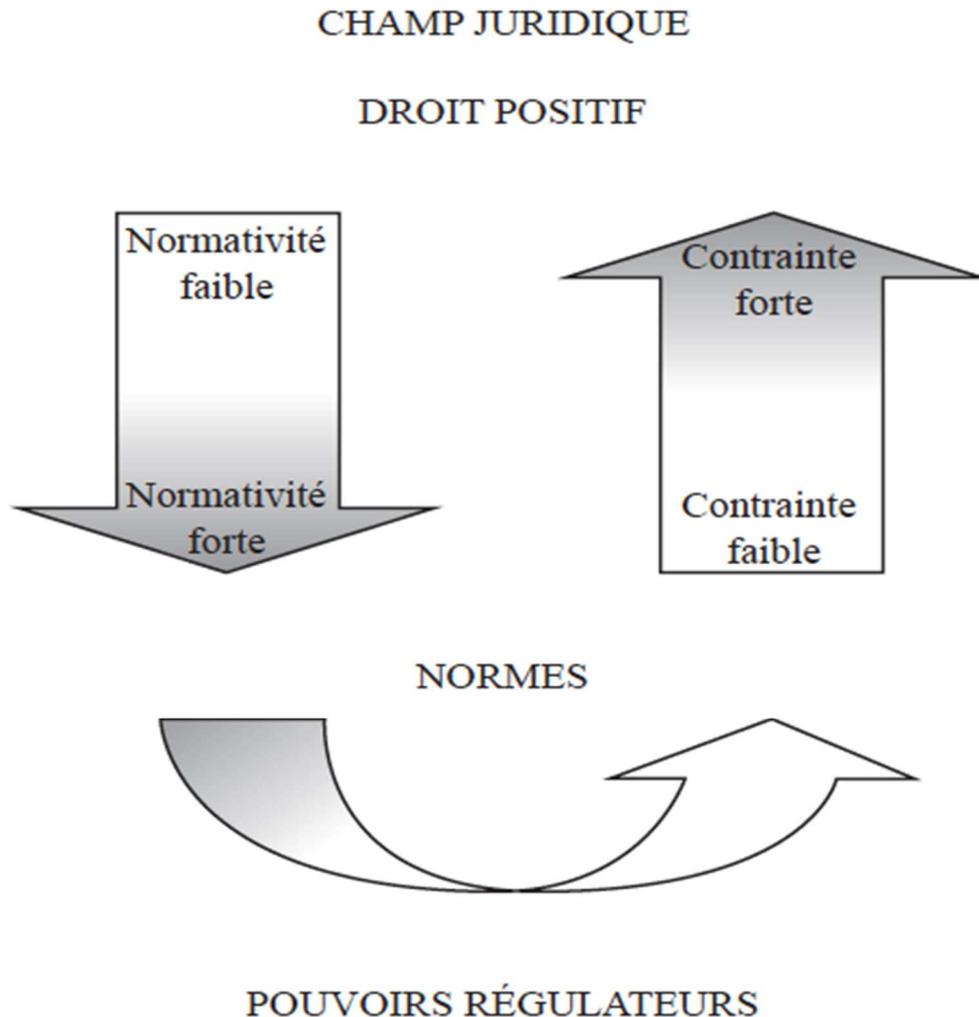


Figure 3 La poussée normative

Nous tâcherons de décrire le phénomène normatif, en explorant certains de ces mécanismes pour expliquer la logique conceptuelle qu'elle sous-tend au regard du droit et ses conséquences sur la RSE, qui relève à la fois de *hard law* et *soft law* (De Cannard d'Hammale, 2007). Nous pourrions également prendre conscience que certains concepts, du

fait de leur fluidité, relèvent davantage du droit flou (*fuzzy law*) du fait d'une intégration dans l'ordre juridique interne génératrice de nombreuses incertitudes (Delmas-Marty, 2004a) *a fortiori* lorsqu'ils viennent d'ailleurs.

Titre du paragraphe	Problématique	Nature du droit	Hiérarchie des normes
Entre législation et réglementation : la régulation sociale ou la norme publique souple	Peut-on encore parler de règle juridique ?	= droit positif entre <i>hard law</i> et <i>soft law</i>	Norme juridique ≥ Norme technique Entre conformité et compatibilité
La normalisation : une norme privée en cours de publicisation	De la norme technique à la norme politique ?	< droit positif outil de la <i>soft law</i> ou de la <i>hard law</i>	Norme technique ≤ Norme juridique Complémentarité ou concurrence
Les principes, les valeurs, l'éthique, les droits de l'Homme : nouveaux concepts normatifs ?	Sont-ce des normes ?	= « droits de nulle part » ?* ou bien = non - droit ? = droit naturel ? <i>fuzzy law</i>	Utopie ? Métanorme ? > Norme juridique ou morales ? Opposabilité ?

*(Carbonnier, 1996, p.48)

Figure 4 Typologie des normes

Section 1. Entre législation et réglementation : la régulation sociale ou la norme publique souple

De nombreux phénomènes expliquent les mutations normatives auxquelles nous assistons depuis la seconde moitié du XXème siècle. Pourtant, de prime abord, on peut se demander s'il ne s'agit pas d'une simple coquetterie de langage, car la régulation n'est rien d'autre que l'action de régler¹⁸ : il n'y a donc pas d'opposition avec la réglementation qu'elle englobe comme l'un des mécanismes possibles de régulation. En anglais les termes sont synonymes

¹⁸ Dictionnaire Larousse

(Frison-Roche, 2004b, p.129). On peut, à l'extrême, considérer qu'il y a quelque snobisme à vouloir utiliser un jargon ou des termes abscons (Cozian *et alii*, 2012, n°1581, p.804-806) pour échafauder des théories sulfureuses. Pourtant l'histoire constitutionnelle française permet de mieux comprendre qu'il ne s'agit nullement d'un effet de style mais bien d'un profond changement dans les modes d'exercice du pouvoir normatif.

On distingue ainsi de manière assez classique, dans le cadre de la séparation des pouvoirs, selon la trilogie fixée par Montesquieu (1979, p. 327-328) entre le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. Du premier dérive la législation (L), du second la réglementation (R) et du troisième la jurisprudence (J).

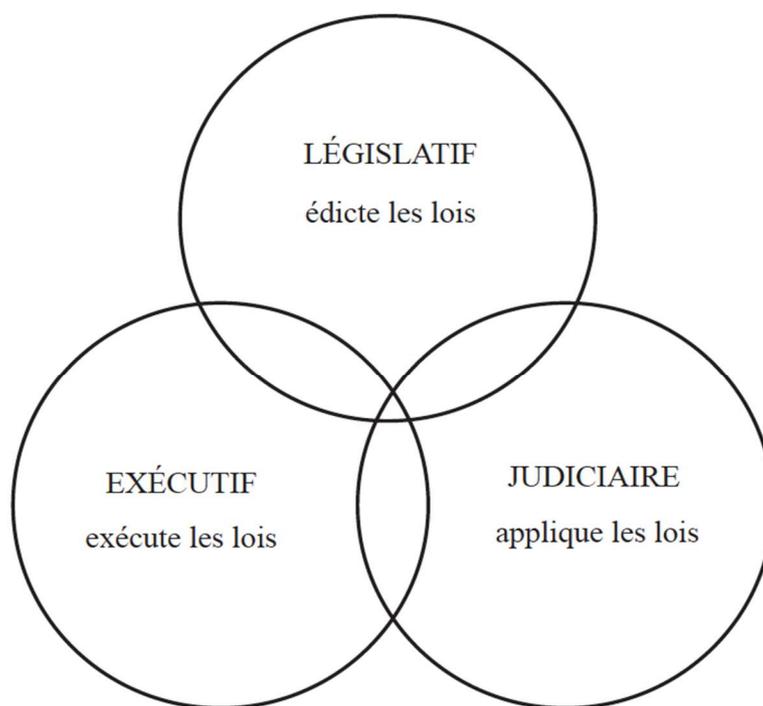


Figure 5 Séparation des pouvoirs

Schématiquement, la législation fixe les règles juridiques fondamentales et la réglementation exécute les lois (par des décrets et arrêtés). Cette séparation des pouvoirs, propres des Etats de droit, est cependant interprétée selon les régimes (parlementaires ou présidentiels) très diversement.

En France, l'évolution est symptomatique. **Depuis 1789, le législateur était souverain, tandis que le pouvoir réglementaire lui était subordonné. C'étaient les conséquences de la Révolution française ... Mais dans l'histoire constitutionnelle du XXème siècle, la séparation a été entendue de manière moins stricte.** En particulier, sous la IVème

République, une pratique dérogatoire a été mise en oeuvre, celle des décrets-lois. Tout règlement n'était donc plus nécessairement un décret d'application (de la loi) ou un arrêté (d'application du décret) : certains textes dit réglementaires car émanant du pouvoir exécutif, étaient pris dans le domaine législatif. Puis, de manière plus marquée sous la Vème République et, par une inversion des polarités, le pouvoir réglementaire a pris le dessus par rapport au pouvoir législatif. L'empiètement devient la norme...

Les apparences sont effectivement trompeuses. Dans un sens général, la loi signifie toute règle juridique formulée par écrit. Le mot « loi » correspond à toutes les dispositions abstraites qui s'appliquent à tous ceux, présents ou futurs, qui se trouveront à un moment donné dans la situation décrite par la règle énoncée. C'est d'ailleurs le sens générique. A cet égard, tout texte provenant d'une autorité étatique (loi, ordonnance, décret, arrêté voire directive ou règlement...) peut être qualifié de loi. La loi semble donc prépondérante et sans limite. Mais, *ratione personae*, les lois ne sont plus que les dispositions prises, par les autorités ayant le pouvoir législatif : la loi émane du Parlement (Assemblée nationale et Sénat) exclusivement. En outre, et pour la première fois, notre Constitution du 4 octobre 1958, fixe, *ratione materiae*, le domaine de la loi, à l'article 34 en énumérant les matières relevant de sa compétence *stricto sensu*. Tout texte pris par le parlement est contraint par cette double limite – et c'est une autre révolution, mais silencieuse cette fois-ci, qui dure encore ! Le règlement autonome est donc né : un nouveau pouvoir normatif de l'exécutif est consacré par l'article 37 de la constitution française. Or, celui-ci se définit par la négative : tout ce qui ne relève pas de du pouvoir législatif, ou bien sûr, d'un autre organe constitutionnellement investi. Son champ est donc beaucoup large que le domaine de la loi, même si les questions les plus importantes, comme les atteintes à la liberté et au droit de propriété, relèvent encore, en principe, du pouvoir législatif. Et, la pratique des décrets-lois, qui pouvait se justifier comme un assouplissement nécessaire quand le parlement détenait le monopole du pouvoir législatif, est aujourd'hui relayée par la création des ordonnances (article 38).

La séparation entre législation et réglementation devient plus souple au détriment du pouvoir législatif qui a perdu sa souveraineté au profit d'une réglementation de plus en plus technique. On est passé, selon Gérard Timsit (1997), d'un *ordre* normatif (relation hiérarchique) à un *espace* normatif (relation d'appartenance ou d'inclusion des normes).

1) Approche par la hiérarchie des normes

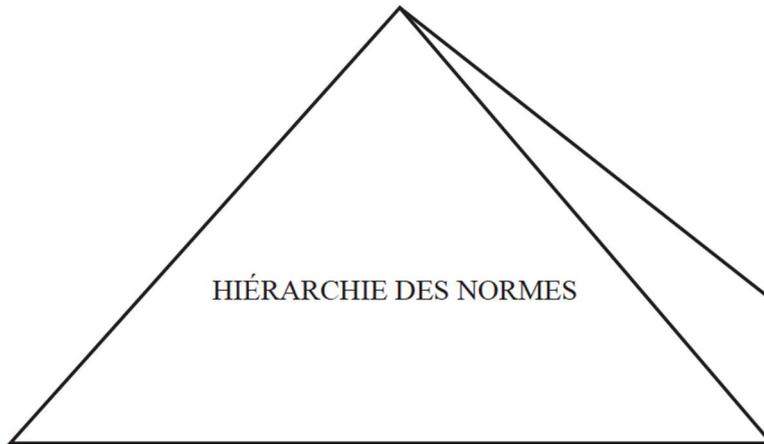


Figure 6 Pyramide des normes de Kelsen

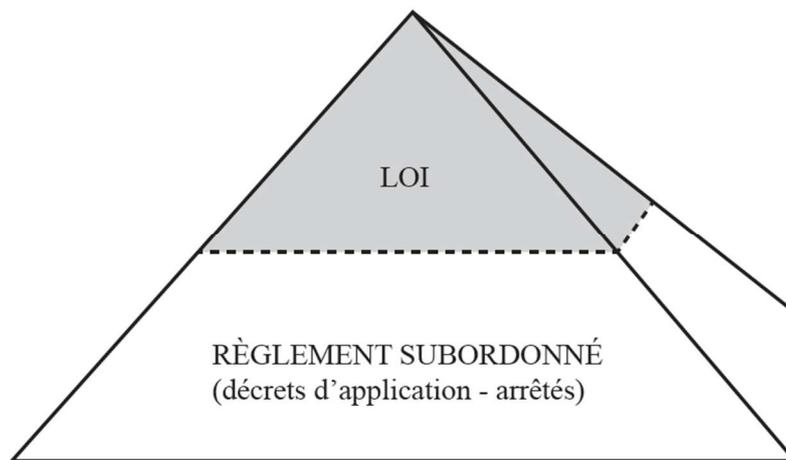


Figure 7 Hiérarchie classique

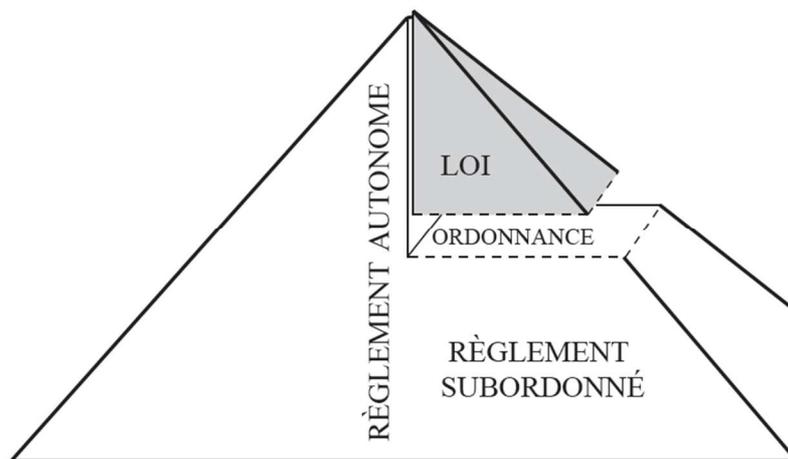


Figure 8 Hiérarchie moderne

La loi se situe maintenant à égalité avec le règlement autonome. Mais, en termes de pouvoirs, elle a perdu sa souveraineté. Cette représentation pyramidale classique, en apparence cohérente et rigoureuse est donc très fortement critiquée à la fois dans ses fondements mais également dans ses implications (Amselek, 2000, 2007).

2) Approche par sphères de compétences

Désormais, le pouvoir législatif est défini strictement selon le raisonnement suivant : tout ce qui ne relève plus du pouvoir législatif appartient au domaine règlementaire. Le pouvoir exécutif n'a donc plus de limite sinon celle de respecter le domaine de compétences de la loi.

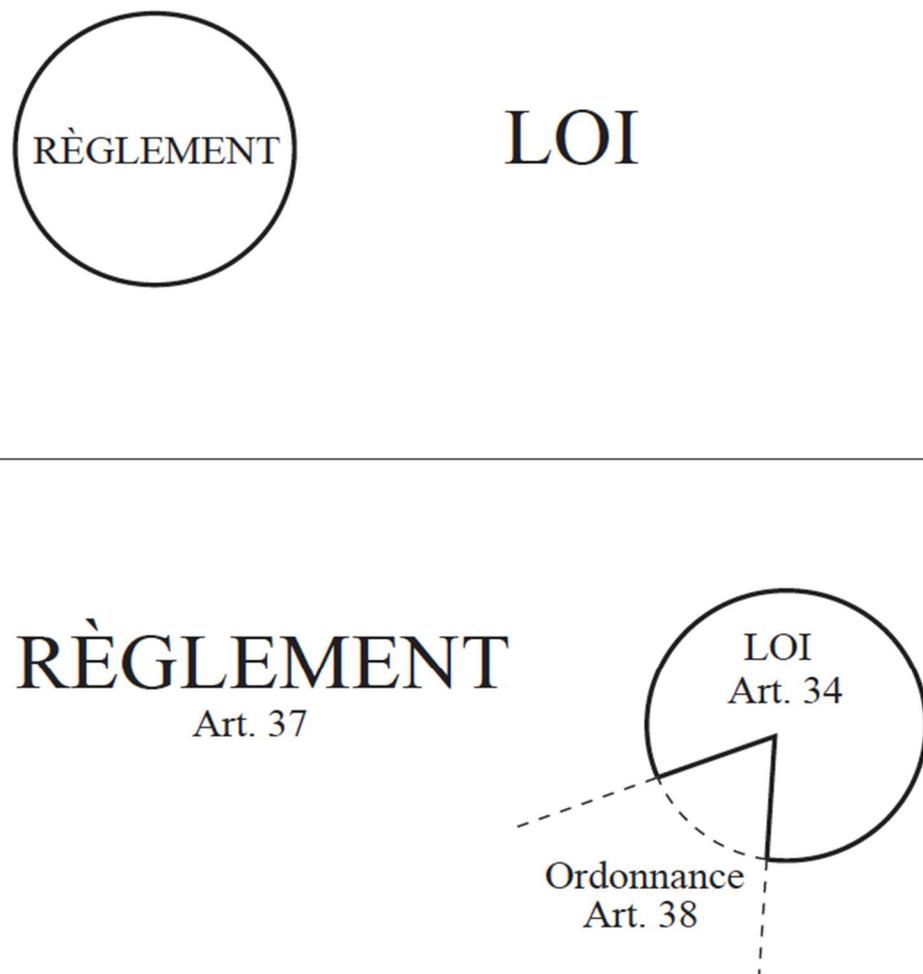


Figure 9 Pouvoir législatif partagé

Lorsque l'on regarde très précisément ces schémas, on s'aperçoit que c'est une nouvelle représentation des pouvoirs qui crée ce phénomène normatif. Il ne s'agit pas seulement d'une question d'équilibre ou de hiérarchie. Il n'y a pas de partage de souveraineté mais une prise de pouvoir de l'exécutif sur le législatif. **C'est un renversement des pouvoirs.**

Pour contrebalancer la liberté d'initiative prise par le gouvernement, progressivement, une **nouvelle forme de législation s'est alors développée appelée « régulation »**. Certaines lois utilisent ce terme (loi NRE, sur la « régulation financière, la régulation de la concurrence et la régulation de l'entreprise »). Des autorités publiques de régulation sont créées (exemple de l'Autorité des marchés financiers) pour encadrer les industries en réseaux en cours de libéralisation (télécommunications, audiovisuel, énergies, transports, etc.). Certains auteurs (Chevallier, 2001b ; Frison-Roche 2004b ; Clam et Martin, 1998 ; Supiot, 2005 ; Timsit, 2007) considèrent même qu'**il s'agit d'un nouveau droit, destiné à assurer la cohésion sociale par une nouvelle articulation des pouvoirs**. Les techniques du droit évoluent. Se développent les injonctions, suspensions et autorisations (Atias, 2012, p.191). On découvre des lois de programmation, de planification (Supiot, 2005) ou d'orientation¹⁹.

Au premier abord, on a l'impression qu'il s'agit d'un recul de l'Etat providence. L'Etat serait moins interventionniste, parce que moins coercitif. Il s'agit de réduire les procédures de contrôle pour accroître l'autonomie des acteurs économiques. La régulation « prétend agir sur les états d'esprit en suscitant l'adhésion. « En réalité, rendant plus discrète l'immixtion des autorités publiques dans l'économie, elle en prépare l'extension » (Atias, 2012, p.191). C'est une tentative de récupération du pouvoir par d'autres moyens. La norme est toujours descendante : elle vient du sommet (Jestaz, 2005). Car derrière cette recherche d'adhésion, de consensus, d'harmonisation, il y a en fait un refus du conflit, de la négociation, de la prise de position tranchée.

La régulation privilégie, il est vrai, le droit souple, c'est-à-dire un droit qui ne s'appuie pas sur un arsenal de sanctions juridiques. Le droit souple privilégie une normativité spontanée des acteurs économiques plus qu'imposée par l'Etat. « Son efficacité est conditionnelle. L'effectivité du droit souple ne saurait être postulée. Parce qu'il n'est pas contraignant, le droit souple ne peut s'imposer que s'il suscite une dynamique en sa faveur parmi ses destinataires. Cette dynamique peut être forte lorsque le droit souple acquiert un caractère de standard. Si le droit souple ne peut être directement sanctionné, il peut être pris en compte dans une décision de sanction ou entraîner des conséquences défavorables sur un plan extra-juridique (dégradation de l'image, désaffection des investisseurs, réprobation des pairs, etc.). Son effectivité est alors considérablement renforcée, par un effet qu'on pourrait qualifier 'd'ombre portée' de la sanction. Les recommandations des autorités administratives

¹⁹ Exemple : la LOLF : Loi organique n° 2001-692 du 1 août 2001 relative aux lois de finances

indépendantes sont d'autant plus suivies par leurs destinataires que ces autorités sont dotées par ailleurs de pouvoirs de sanction »²⁰.

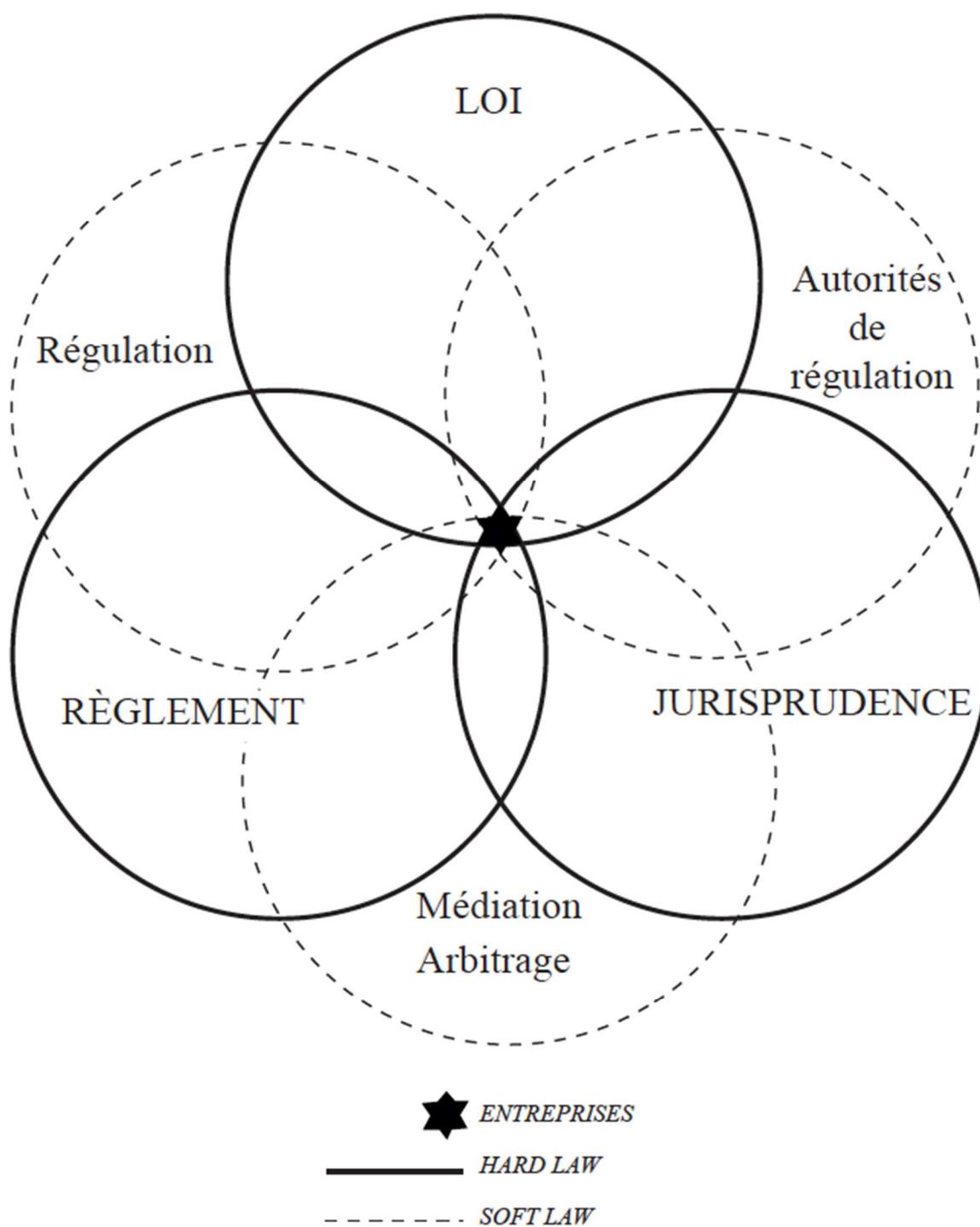


Figure 10 Mutation des pouvoirs

²⁰ Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat, « Le droit souple », La Documentation française, p.11

En matière de RSE, il n'en est rien et, très souvent, les intérêts financiers poussent les acteurs concernés à agir en sens contraire, soit de manière masquée, soit en toute impunité – oserait-on dire en toute légalité - faute de pouvoir comparer et contrôler les résultats de chacune d'elles. Cette souplesse génère une insécurité juridique propice aux dysfonctionnements multiples (V. Partie 2). Car les acteurs économiques n'ont alors plus aucune prise directe sur le système (ensemble de relations organisées), qui devient mouvant, parfois opaque en raison du nombre d'échelons intermédiaires créés, et, de fait, insaisissable. C'est un jeu de pouvoir plus complexe, une forme de triangulation, en tout état de cause un nœud de contraintes. Entre la législation proprement dite et la réglementation, il y a place pour une régulation « autopoïétique » par le système juridique, autrement dit par « un sous-système de normes (=mesures comportant des modèles) relié à ce sous-système de comportements (grandeurs à mesurer) isomorphes aux modèles véhiculés sous la contrainte de probabilités accrues d'intervention des mécanismes de mesurages avec autorité (sous-système judiciaire) » (Intzessiloglou 1991, p.395). La fonction normative est véritablement dédoublée. L'aspect technique ou instrumental donne l'illusion que la norme juridique serait neutre, dans une sphère indépendante du politique (Arnaud, 1991, p.85). Mais, c'est un leurre : seule la tension entre ces fonctions normatives dissociées permet de faire fonctionner le système. Dans le champ juridique que nous avons esquissé, ou champ de forces, l'interdépendance est bien visible.

Nier l'une des fonctions de règle juridique est une utopie dangereuse. A cet égard, deux idéologies peuvent ainsi être rejetées quant à leurs fondements :

- l'idéologie libérale qui prétend se passer du droit, en tant qu'instrument de gestion, dans une vision autorégulée de l'économie et par extension des relations humaines. Or, la « main invisible » supposait l'éthique comme préalable (forme de droit naturel), ce qui tend à montrer tout au moins les limites, sinon l'hypocrisie de cette théorie niant tout conflit à gérer par l'Etat.
- l'idéologie marxiste qui refuse la fonction normative de la règle juridique pour n'en retenir que l'instrument technique au service du politique, pour établir la dictature du prolétariat.

La première est à rejeter car elle place les lois de l'économie au-dessus de l'Homme en oubliant que la règle juridique est avant tout un acte de volonté (Sur, 1990 ; Amsselek, 2000). La seconde, parce qu'elle réduit la norme à son aspect quantitatif pour réguler les structures de production, comme une loi scientifique (Supiot, 2005, p.232).

Nous précisons pour la bonne compréhension de nos propos que nous n'assimilons pas acte de volonté à faculté d'agir. La nuance est importante. La loi est supplétive de volonté ; c'est-à-dire qu'elle trouve application à défaut de volonté contraire exprimée. En aucun cas, elle ne peut être subsidiaire. Nous ne plaignons donc pas pour une régulation parfois perçue comme une dérégulation qui reviendrait à donner la liberté à chacun de s'autogérer.

Dans la *soft law*, l'outil juridique n'est plus un moyen au service du politique, mais l'outil politique lui-même. C'est un rouage de plus qui dédouble la fonction politique, pour mieux la déployer, par un maillon supplémentaire dans la chaîne exécutive, pour se rapprocher *a priori* des destinataires de la norme, à l'échelon local, sectoriel, voire individuel. Or, du fait de ces intermédiations, la mesure politique peut perdre en lisibilité pour tous les acteurs concernés, voire en intensité surtout en bout de chaîne ou, à l'inverse, échapper à son auteur et donner l'impression de faire naître de « petits Etats dans l'Etat » ! Ce système engendre effectivement un certain nombre d'effets pervers (V. Partie 2 : la Tétranormalisation, l'envers du droit).

C'est comme si l'Etat déléguait la contrainte, autrement dit la pression sociale, à des « autorités de tutelle » le soin de faire pression, d'orienter, de décider à sa place des moyens ou encore demander directement au destinataire de la norme de prendre ses responsabilités (Frison-Roche, 1998). La régulation n'est jamais décisive, sinon en apparence. Elle fixe un cadre où s'ouvrent des espaces de semi-liberté : tout est dans la recherche de compromis. La régulation incite, instille, distille.

La directive est son instrument favori. Une marge de manœuvre est laissée à chaque acteur, fût-il un Etat. C'est la compatibilité avec la norme en vigueur qui est recherchée, l'harmonisation, non la conformité pure et simple. On découvre ainsi les directives-cadres, les DTA (Directives Territoriales d'Aménagement), les SCOT (Schéma de Cohérence Territoriale), les projets comme les PIG (Projet d'Intérêt Général), les PADD (Projets d'Aménagement et de Développement Durable), tous les plans (POS remplacés par les PLU, PDU, PEB, PPRN) sans compter les conventions (Agendas 21 locaux déclinaisons de la Déclaration de Rio de 1992) telles les CUCS (Conventions Urbaines de Cohésion Sociale), les chartes agricoles ou même les Agendas 21 locaux, déclinés de la Déclaration internationale de Rio de 1992, etc. qui sont aussi le fruit de cette régulation publique... Tout un droit déclaratoire ou encore programmatoire (Supiot, 2005) émerge de ces dispositifs.

La recherche d'harmonisation repousse les limites de la sanction, faute de conformité binaire à apprécier. Entre la conformité et la non-conformité, une zone se dessine pour

une catégorie d'actes sur le chemin de la conformité. La conformité n'est plus seulement un résultat à atteindre mais l'idéal vers lequel on doit tendre. C'est précisément le mode de construction de l'Union européenne. L'obligation de moyens supplante alors l'obligation de résultat. C'est la consécration d'un système processuel à l'instar de la roue de Deming. L'objectif est de sortir du schéma classique de la norme réglementaire *stricto sensu*, assortie de sanctions, pour entrer dans un univers de normes plus souples qui n'appellent pas de *répression* de la part des pouvoirs publics, mais une *pression* pour obliger à se conformer. **Mais quelle est la validité de ces textes ? Quelle est leur portée ?** Les paris sont lancés. Faites vos jeux !

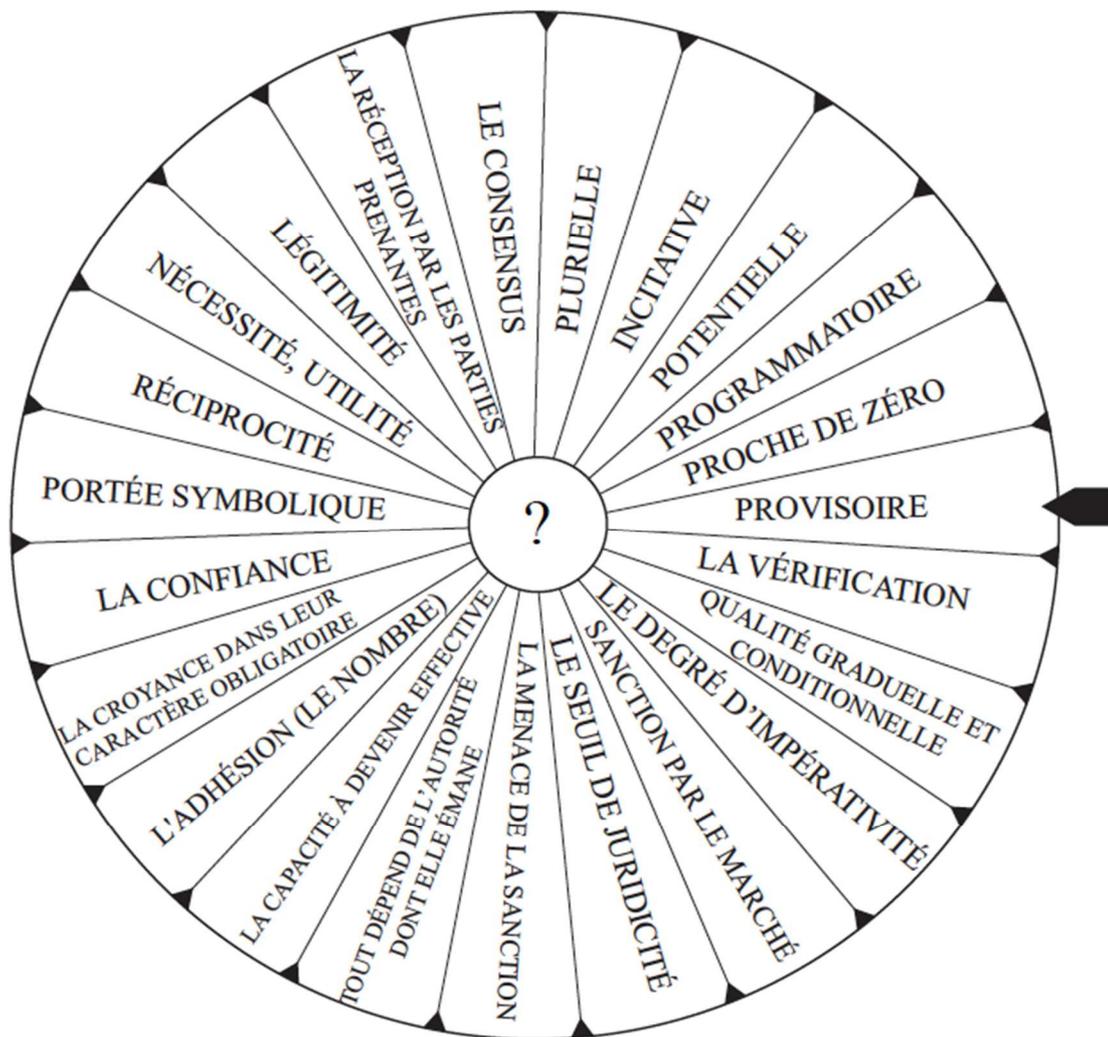


Figure 11 La force normative aléatoire de la régulation souple

Il ressort de l'étude très approfondie des travaux de Catherine Thibierge sur la force normative (2009) qui inspire cette roue²¹, symbole des jeux et du hasard, des résultats très mitigés sur le droit souple. « *C'est un droit qui agit par la persuasion d'un modèle, non par un commandement sans réplique ; par régulation, non point par règle* » (Carbonnier, 1978, p.146). **Avec des normes de régulation à plusieurs vitesses, les repères deviennent de plus en plus flous.**

C'est alors au stade du contentieux que la ligne se fixe. La jurisprudence, par son caractère rétroactif rend la mesure encore plus aléatoire et risquée. On passe alors du droit au fait juridique, que d'aucuns se risquent à ranger aujourd'hui dans la catégorie des « normes jurisprudentielles » (Bergel, 1993). Le Conseil constitutionnel lui-même cherche dans le contenu même des textes de loi la mesure de la normativité pour qualifier le texte et en déterminer le degré de contrainte. Mais à la différence de l'examen de la constitutionnalité des lois *a priori* avant promulgation pour en déterminer la validité, cet examen au stade du contentieux intervient *a posteriori*. Ont même été créées les questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) qui ont littéralement institutionnalisé ce phénomène de questionnement perpétuel sur la loi, avec effet rétroactif. Il ne s'agit plus alors de régler un conflit individuel de normes mais de remettre en cause, pour tout un chacun, la validité même de la norme votée. De comité des sages, les juges du Conseil constitutionnel s'arrogent les pouvoirs d'une « troisième chambre à voix prépondérante » (Granet, 2001, p.44)...

Cette remise en cause du pouvoir législatif démocratique prend un tour général et systématique. C'est une confiscation silencieuse. Le statut de chaque disposition est en suspens. Une véritable inquiétude au sens premier du terme en résulte, du fait de l'insécurité juridique générée par « l'impermanence » de la loi. Il y a inversion du schéma : la loi ne détient plus qu'une validité provisoire, même une fois entrée en vigueur. **La loi perd alors sa légitimité de principe : elle s'efface derrière d'autres référentiels institutionnels.** Le principe de légalité implique de respecter cette nouvelle hiérarchie. La loi n'est plus considérée comme objective en elle-même. C'est le juge constitutionnel qui fixe le curseur des évolutions législatives autorisées, sans être pour autant élu démocratiquement : on assiste, en définitive, à « la mise hors-jeu du peuple »²², ce qui peut paraître anticonstitutionnel²³. Sur

²¹ En particulier les schémas de synthèse p. 840 à 846

²² Rapport public du Conseil d'Etat, 1999, *Considérations générales : L'intérêt général*, Ed. Etudes et Documents du Conseil d'Etat, n° 50, 1999, p.65

²³ Article 3 de la Constitution de 1958 : « Nul corps nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément »

l'intérêt général, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle de proportionnalité, un contrôle du principe d'égalité et du caractère suffisant pour justifier des atteintes à un certain nombre de droits et de libertés. Même la loi, en définitive, relève d'un contrôle, d'une supervision, d'une expertise. La régulation publique n'est jamais qu'une institutionnalisation de ce processus.

Certains juristes y voient des « dérèglements du droit » (Carbonnier, 1996, p.106), le signe du « crépuscule des Lumières » (Pignerol, 2007), la tragédie des 3C²⁴ (Cornu, 2006)... De nombreux économistes et gestionnaires leur font écho. Ainsi Gendron (2010) évoque les suites d'une « carence de l'Etat », Stiglitz (2003) dénonce un « capitalisme qui perd la tête ». La régulation prend la forme certes d'une « déréglementation » ou d'une nouvelle forme « législation non juridique », voire d'une dérégulation. Le prisme est inversé : ce ne sont pas ces « droits venus de nulle part » qui sont une utopie comme le dit si bien le doyen Carbonnier en évoquant la métaphore de l'utopie (« lieu de nulle part ») mais le fait de croire que l'Etat a encore du pouvoir (Atias, 2012). Qui croire ?

La règle de droit doit ainsi gagner sa légitimité dans un processus continu d'interactions. Elle n'est plus qu'une réalité sociale parmi d'autres (de Tersac, 2003, p.186). C'est l'usage de la règle qui la fait norme, en tant que forme vivante portée par la régulation (Reynaud, 1997, p.296-297). Peut-on encore parler de droit positif ?

Dans les causes structurelles, est invoqué plus largement l'impact des nouvelles technologies dans une économie mondialisée (Pesqueux et Biefnot, 2002, p.19). La recherche (en sociologie, en épistémologie, en philosophie) juridique s'est alors intéressée à cette nouvelle intelligence du droit vivant, à la pensée du droit dans un système complexe, à la relation au temps, comme donnée inhérente à la fonction du droit (Cadet, 2005b). « Dans les sciences humaines, on ne peut prophétiser qu'au passé » (Gusdorf, 1998, p.116). Or, la régulation, par définition, projette des comportements. Elle se situe nécessairement sur une vision à moyen ou long terme. La force normative de la *soft law* provient de ce phénomène d'anticipation. Cette forme d'intervention de l'Etat connaît un essor considérable. Elle est finalement ambitieuse car elle se déploie dans la troisième dimension.

La règle de droit ne se contente plus d'ordonner, d'interdire de sanctionner. Elle joue un rôle préventif, cherche à préserver l'avenir, organiser les équilibres futurs. C'est véritablement un changement de posture, dans le but de conjurer le sort. C'est toute la réflexion menée autour du développement durable, du principe de précaution, de la

²⁴ Complète cohérente et complexe

théorie du risque. Le rapport au temps qui se construit sur l'utopie d'un nouveau contrat social intergénérationnel est inversé (V. Partie 3).

Le droit s'inscrit déjà dans la durée, de manière incompressible. Il est le reflet du fonctionnement de la société qu'il régit. La sanction juridique indissolublement liée à la règle édictée, suppose toujours l'écoulement d'un espace-temps, puisqu'il faut au préalable enfreindre une règle pour déclencher le processus de sanction. *A fortiori*, cet espace s'étend, sans délai prédéfini dans la régulation, puisqu'il ne s'agit pas de fixer la limite entre le licite et l'illicite, mais de donner une direction, tendre vers un objectif, qui peut ne jamais être atteint. Néanmoins, la durée ne peut être infinie. Sans limite temporelle, la régulation devient de plus en plus floue. Sans relation au temps, l'espace s'ouvre sur du non-droit. La prescription impose l'oubli, quand l'action en justice n'est pas exercée ou la peine n'est pas exécutée dans un certain délai.

Dans le cadre du développement durable, c'est l'inverse : il faudrait appréhender le droit, en amont, pour préserver les générations futures, c'est-à-dire anticiper les préjudices éventuels. Mais, cette méthodologie se révèle délicate, en matière de responsabilité. Soit celle-ci s'avère inadéquate, car, fondée sur la faute et le préjudice subi, elle exclut alors toute forme de prévention, soit obsolète, compte tenu des délais de prescription, soit, encore, inadaptée dès lors que les dommages causés ne sont pas réparables. Les responsabilités préconstituées n'existent pas; elles se définissent *a posteriori* comme des sanctions ou des modes de réparation plus ou moins idoines. Les victimes de sinistres, de pollutions, de préjudices divers se contentent de compensation, de réparation par équivalent, de substituts.

Le principe pollueur-payeur ne peut s'appréhender que dans ce cadre : un temps de réaction est nécessaire. Ce principe présuppose donc sa violation pour pouvoir trouver application. Paradoxalement, les derniers rapports alarmants des organisations internationales en matière d'environnement appellent des mesures d'urgence préventives. La timidité des décisions peut être mise au compte de la faiblesse politique : elle peut aussi et surtout s'expliquer par l'incapacité du droit comme technique de gestion pour gérer l'imprévisible. Un jugement de valeur ne peut s'appliquer. La violation du principe de précaution, applicable dans une zone d'incertitude scientifique et en cas de crainte d'un dommage irréversible, ne peut également s'apprécier qu'au stade de la réparation. Pourtant, il permet d'éviter une prise de risque inutile, et ce instantanément, en cas de doute, dès sa mise en œuvre. Principe d'action ou d'inaction, il est une forme de conscience du risque, la prise en compte du long terme dans les décisions managériales, avec pour finalité les Droits de l'Homme. Il relève bien plus souvent

de l'utopie, de l'intuition ou du pari, que d'un véritable principe juridique. Plus que du droit, il s'agit de l'éthique fondée sur l'heuristique de la peur (Ballet et de Bry et *alii*, 2011).

L'imprévisible appelle un flou juridique peu propice à un encadrement réel ou une véritable sanction. Seule la volonté collective, qui suppose le transfert d'information, une assimilation concomitante et une décision commune, est alors essentielle. Mais le processus de décision touche sa limite quand il ne peut prévoir l'impact sur les générations futures. Aucune décision de gestion ne peut être prise sans connaissance de cause. Le droit du développement durable reste à construire : il n'en est qu'aux prémisses.

L'économique précède le juridique; et avec la pratique, les comportements, les règles du jeu évoluent, de même que le contenu des sanctions. A l'heure des NTIC, il est vain de croire à l'existence de règles permanentes, intangibles, immuables. Sources elles-mêmes d'insécurité juridique, les modifications législatives et réglementaires fréquentes et constantes en attestent.

En définitive, à la différence de la réglementation qui pense sa propre transgression en termes de sanctions, la régulation connaît une certaine effectivité dès lors que la contrainte est jugée suffisamment forte. Le défi porte sur la contrainte non sur la crainte de la sanction (Carbonnier, 1994, p.320). Ce qui compte ce n'est pas la règle elle-même, mais son application. Le droit souple doit être non seulement légal pour être suivi, mais également légitime. Il fixe une norme et tend à réduire les écarts entre les comportements réels et la norme. « La régulation normative est à la fois le système de règles d'encadrement du marché (institution) et la mise en application de ces règles, là où les « mécanismes » du marché ne suffisent pas à produire un fonctionnement jugé satisfaisant » (Pesqueux, 2010a, p.223).

En ce sens, la *soft law* n'est pas l'antichambre de la *hard law*, mais bien une mesure alternative complémentaire. La logique binaire traditionnelle tente néanmoins de les opposer mais leur postulat est bien différent.

Critères de distinction	<i>Hard law</i> /droit dur	<i>Soft law</i> /droit souple
Auteurs	Acteurs institutionnels publics	Acteurs publics et privés
Formes	Conventions et traités internationaux, coutumes et usages internationaux, lois constitutionnelles et ordinaires, règlements, droit dérivé des institutions internationales, marchés publics, contrats...	Déclarations, principes directeurs, guides, livres, normes et labels, lignes directrices, résolutions, recommandations, circulaires, chartes éthiques et codes de gouvernement d'entreprise...
Nature juridique	Obligation	Liberté
Valeur juridique	Impérative et coercitive	Facultative et incitative
Force contraignante	Forte	Variable (application volontaire)
Sanctions	Juridiques	Contrôle par une autorité publique ou privée Economiques (par le marché)

« *Hard law et soft law : des frontières peu étanches* »²⁵

Les frontières sont parfois floues : il n'est pas rare que des dispositions de la *soft law* soient dotées d'une force contraignante certaine, ou bien, qu'à l'inverse, certaines obligations de *hard law* ne soient assorties d'aucune sanction (article 116 de la loi NRE qui exige un rapport de développement durable sans prévoir la sanction corrélative en cas de défaut) ou que les sanctions ne soient jamais appliquées... Prenons un exemple :

« Technip est prêt à payer « une charge exceptionnelle » pour solder une affaire de corruption au Nigeria... » (Extrait du Journal Le Monde : 15 février 2010)

Technip a annoncé qu'il est prêt à verser 245 millions d'euros pour mettre un terme à une affaire de corruption au Nigeria remontant aux années 1994-2004 pour laquelle le groupe de services pétroliers français est poursuivi aux Etats-Unis.

²⁵ Tableau complété, issu de l'annexe 7 de notre article (Cadet, 2011, p.19).

En principe, les conventions internationales de lutte contre la corruption, telles la convention dite de Merida (2003) ou la convention de l'OCDE (1997) interdisent de telles pratiques. Il s'agit de *hard law* : une sanction est prévue. La loi Perben II a donc transposé dans le code pénal français la liste des incriminations et la répression correspondante. Pour autant, on découvre ici, un exemple classique de proposition de transaction possible, même au pénal... Cette « charge exceptionnelle » sera-t-elle déductible ? C'est une autre histoire... Si le droit des sociétés présente un caractère moralisateur, le droit fiscal fait preuve de plus de réalisme. Les considérations pour qualifier l'acte anormal de gestion diffèrent d'une jurisprudence à une autre. Contrairement à tous les principes généraux du droit fiscal, il a été admis, depuis les années 80, suite à un revirement jurisprudentiel²⁶, de pouvoir déduire une amende dès lors que l'acte avait été pris dans l'intérêt de la société. Tout acte illicite, pénalement sanctionné, n'est pas nécessairement un acte anormal de gestion... (V. Partie 2, les conflits de normes). Les normes même juridiquement contraignantes sont à géométrie variable selon des critères éthiques et culturels différents.

En 1987, le célèbre rapport Brundtland de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement (CMED) « Notre avenir à tous » fait naître le concept même de développement durable qui progressivement acquiert la portée d'un principe général de droit international. En revanche, la controverse sur la valeur juridique des résolutions de l'Assemblée générale des Nations - Unies demeure. En tout état de cause, elle ne peut créer une norme et ses effets sont variables. A cet égard, la portée juridique de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats (1974) a été vivement contestée. Il est en effet contradictoire de soutenir le caractère obligatoire des résolutions et de proclamer, dans le même temps, la souveraineté des Etats (Ruzié, 2004, p.154).

Dans cette nomenclature, les cloisons ne sont donc pas étanches : une obligation de *hard law* n'est pas un pléonasme, une mesure de *soft law* contraignante n'est pas un contresens...

Ainsi les incitations deviennent souvent objet de clauses contractuelles, que les parties de droit privé s'engagent à respecter. Les principes directeurs de l'OCDE (1976) à destination des multinationales sont devenus un usage international, dont la valeur juridique a été reconnue par la Cour Internationale de Justice²⁷. Cela représente un standard minimal mais au moins, on évite par ce biais la pratique des « doubles standards » c'est-à-dire un clivage entre

²⁶ CE, 7^{ème} et 9^{ème} sous-sect., 11 juillet 1983, req. n° 33942 : *Dr. Fisc.* 1984, n° 16 comm. 813, concl. Léger

²⁷ <http://www.assosherpa.org/reflexions/SHERPA%20Etude%20Juridique%20OCDE%20V150607.pdf>

les normes de la maison mère (*hard law*) et celles, en général, moins contraignantes, de la filiale étrangère (*soft law* voire *fuzzy law*) (Ferry-Maccario *et alii*, 2006, p.326). Pour autant, des cas de responsabilité civile existaient dans les pays de la *Common Law*, à l'international, qu'aucun Etat de droit romano-germanique n'a connu naguère. Tout est relatif face au non-droit...

Les sanctions, juridiques ou économiques, envisagées par la *soft law* relèvent donc de l'utopie. Et c'est effectivement ce qui caractérise le mieux cette nouvelle forme de normativité qui mise sur la « déjuridicisation »²⁸ de la sanction. En droit des sociétés notamment, on observe : une limitation de l'étendue des effets des sanctions civiles, comme dans le cas des nullités (Robert-Cadet, 2000), la promotion des injonctions de faire et la multiplication des peines privées. Ce cadre est propice à l'avènement de la RSE.

L'Etat ne définit plus, seul, l'intérêt général. Dans le cadre de la régulation, un partage, plus ou moins consenti par l'Etat, en concurrence avec le poids des grandes entreprises, notamment du CAC 40, avec d'autres autorités publiques ou privées, est organisé. Un droit négocié prend place et fait reculer les bornes de l'ordre public économique, par un mélange subtil des deux formes de normativités, droit dur et droit souple, entre complémentarité et dépendance. Parmi ses principales manifestations, nous pouvons citer : la flexibilité des règles relatives à la SAS (sociétés par actions simplifiée), les pactes d'actionnaires, les codes de gouvernement d'entreprise, les recommandations de l'AMF (Autorité des Marchés Financiers) ou des agences de conseil en vote (« *proxy advisors* »), et plus précisément pour le sujet qui nous préoccupe, le rapport, par exemple, sur l'information publiée par les sociétés cotées, en matière de responsabilité sociale et environnementale²⁹.

Cette redistribution des pouvoirs entre l'Etat et les acteurs sociaux économiques confère des nouvelles rationalités. A un système de gouvernement centralisé et hiérarchisé se substitue un mode de gouvernance où tous les acteurs concernés exercent collectivement le pouvoir, dont le pouvoir normatif. Cette brèche dans le pouvoir étatique donne naissance à une certaine internormativité et l'espoir d'un partage corrélatif des responsabilités. Le passage à la régulation est, à notre sens, un des principaux fondements théoriques de la responsabilité sociétale des organisations. Les normes fondamentales de la RSE ressortissent de ce partage symbolique du pouvoir public-privé.

²⁸ Alain Couret, IFA, Club Recherche, 31 mars 2011, conférence-débat

²⁹ Rapport de l'AMF sur l'information publiée par les sociétés cotées en matière de responsabilité sociale, sociétale et environnementale (5 novembre 2013 ; 2 décembre 2010).

La question clef est de savoir si l'Etat demeure bien l'arbitre, en distribuant les rôles à chaque acteur, et en évaluant les résultats du dispositif (Froger, 2006). Or, l'équilibre créé par la régulation montre davantage une évaluation rendue publique (par l'obligation de transparence) qu'une évaluation véritablement publique. L'autorité publique guide l'action plus qu'elle ne la contrôle. Trop implicite voire fictive, la délégation de pouvoirs ne s'accompagne pas d'une prise de responsabilité par tous les acteurs économiques, en tout état de cause à égalité : l'entreprise n'est pas citoyenne par nature. Les intérêts sont contradictoires et l'exercice collectif du pouvoir n'est pas chose aisée. En matière de politique économique, il n'est pas certain que la privatisation des normes cantonne l'entreprise dans un rôle subsidiaire par rapport aux Etats. Des questions de légitimité se posent. Le risque de surenchère normative n'est effectivement pas exclu entre normes descendantes (normes publiques nationales ou internationales) et normes ascendantes (normes privées issues de la base) voire entre normes. Et la crainte que l'Etat feigne de maîtriser une situation qui lui échappe n'est pas infondée (V. Partie 2 sur la Tétranormalisation).

La *soft law* est la régulation publique qui articule l'ensemble de ces normes. L'imbrication est formelle ou informelle. Parfois, les normes ascendantes ont valeur d'usage ; elles deviennent sources de droit directes. Une régulation privée tend alors à prendre le relais de la régulation publique.

Les normes issues de la normalisation privée constituent ainsi des outils de la régulation, publique ou privée, en combinant obligations contraignantes et démarches volontaires avec l'intervention croissante de multiples acteurs.

Section 2. La normalisation : normes techniques ou normes juridiques ?

La normalisation a pour objectif d'assurer une sécurité minimale dans la circulation de produits et de services : quoique contraignante, au sens courant du terme (Carrieu-Costa et Bryden, 2012), c'est en principe le gage d'une confiance réciproque dans les échanges (Pierre, 2012), un appui aux politiques publiques du développement durable (Apied, 2012), ou encore un complément naturel à l'innovation, notamment sociale (Richez-Battesti et Vallade, 2012) par la diffusion de bonnes pratiques (Guibert et Neu, 2012).³⁰

³⁰ V. L'éditorial de Carrieu-Costa et Bryden, de même que les articles de Pierre, Apied et Guibert et Neu, n°67 de la Revue « Responsabilité & Environnement, consacré à « La normalisation : principes, histoire, évolutions et perspectives », juillet 2012.

Elle est de prime abord d'essence purement technique. Son autorité dépend de son utilité reconnue par les professionnels. *A priori*, sa valeur ne repose donc pas sur une règle de droit. Pour autant, la responsabilité de l'homme de l'art liée au respect des normes techniques ou à son non-respect n'est pas exempte de conséquences juridiques. Comme le droit, qui appréhende l'ensemble des personnes morales ou physiques et tous les biens leur appartenant, la normalisation traite, aujourd'hui, de tout l'éventail des activités humaines et du savoir-faire: la norme n'est plus seulement un outil technique réservé au secteur secondaire. Elle touche également les services³¹.

Pour s'en convaincre, il suffit également de se référer aux « chronologies imbriquées » de la métrologie et de la normalisation retranscrites par Bryden (2012, p.12). Autrement dit, la signification du terme « technique » est extrêmement « variable » (Wibaux, 1997). Toute une évolution stratégique a conduit la normalisation technique, originellement tournée vers la qualité des produits, à devenir des techniques d'organisation comme les normes du système de *management*, puis de gouvernance (V. Titre 3 sur la Norme ISO 26000).

Les interférences entre la normalisation et la matière juridique sont alors inéluctables. Ainsi une première définition juridique avait été donnée dans l'article 1er du décret n°84-74 du 26 janvier 1984: « *la normalisation a pour objet de fournir des documents de référence comportant des solutions à des problèmes techniques et commerciaux concernant les produits, biens et services qui se posent de façon répétée dans les relations entre partenaires économiques, scientifiques, techniques et sociaux.* » L'ISO en a tiré une définition de la norme, selon une acception très générale, équivalente à une règle de droit : « *document établi par consensus et approuvé par un organisme reconnu, qui fournit pour des usages communs et répétés, des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques pour des activités ou leurs résultats, garantissant un niveau d'ordre optimal dans un contexte donné* »³². De même, l'Union européenne, dans un règlement récent, entend par « *norme, une spécification technique pour une application répétée ou continue, dont le respect n'est pas obligatoire* »³³.

³¹ Le 4 octobre 2012, le Conseil a adopté le nouveau règlement relatif à la normalisation européenne. Ce règlement vise à moderniser et améliorer le système européen de normalisation. Le présent règlement s'applique à compter du 1er janvier 2013.

³² Le Guide ISO CEI, repris dans la Norme X 03-100, août 1997

³³ Règlement du Parlement européen et du Conseil (1 er juin 2011) relatif à la normalisation européenne et modifiant les directives 89/686/CEE et 93/15/CEE du Conseil, ainsi que les directives 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/105/CE et 2009/23/CE du Parlement européen et du Conseil.

Notre collègue Vincent Helfrich a esquissé en la matière une typologie intéressante des normalisations techniques qu'il intitule désormais « scripturales » compte tenu de leur tendance à adopter des normes plus formelles et plus large dans leur objet. Nous avons repris un extrait de son tableau (Helfrich, 2011, p.35) et l'avons remanié en fonction de notre expertise.

Sujets normalisés	Formes d'expertise	Formes de validation (explicites/ implicites)	Exemples
Objets techniques (depuis 1947)	Très réduite et homogène (un groupe d'ingénieurs dans un domaine)	Homologation Norme technique	Création de la marque NF (normes françaises) ou CE (européennes) Ex : format du papier (A4, A3...) Notion de qualité
Sujets socio-techniques (à partir des années 80)	Élargie et hétérogène (spécialistes du domaine, venus de divers horizons)	Certification Standard opérationnel	Famille ISO 9000 et ISO 14000 Systèmes de management
Sujets socio-politiques (à compter des années 90)	Très élargie à l'image de la société civile (scientifiques, industriels, consommateurs, représentants du gouvernement, des syndicats, ONG, etc.)	Evaluation ou pseudo-certification AFAQ 1000NR et AFAQ 26000 Bonnes pratiques, normes de comportement	SA 8000, SD 21000, ISO 26000 Terminologie commune de la responsabilité sociétale des organisations

La normalisation découle en effet de la standardisation, de l'augmentation du progrès économique et social (Igalens et Penan, 1994) et de l'évolution des marchés mondiaux (accords du GATT de 1947 et l'Uruguay Round de 1986 à 1994). L'objectif n'est pas la prescription de normes coercitives, légales ou réglementaires. C'est avant tout l'élaboration d'une politique de qualité, par présentation de référentiels harmonisés au niveau national,

européen et international. Elle procède d'une démarche volontaire des professionnels : le fabricant recherche la baisse maximale de ses coûts de production, par optimisation de la qualité d'un produit, offrant une meilleure sécurité, tandis que l'entreprise de services vise une performance (lignes directrices pour la gestion de la qualité sont fournies pour les services par la norme ISO 9004-2). En tout état de cause c'est une gestion complète de la satisfaction du client, par l'établissement de caractéristiques appelées spécifications (Lanord, 2005a). Elle est en outre d'origine purement privée. Il en résulte des rapports entre normalisation et réglementation très ambigus, en particulier en France (Boulin, 1989), où la norme publique est privilégiée.

Au nom du progrès économique, technique et social, de la sécurité des personnes, de la politique actuelle de précaution, la normalisation, phénomène d'origine éminemment volontaire et privée, va-t-elle devenir obligatoire ? Résoudre ce paradoxe suppose de fixer d'ores et déjà le degré d'impérativité de ces normes de qualité pour mesurer ensuite les conséquences de la normalisation en matière contractuelle.

Deux cas de figure sont alors à envisager :

- ou bien, la norme n'a pas été respectée alors qu'elle était stipulée (= indiquée dans une clause du contrat) au contrat comme obligatoire (Penneau, 1998, p.30)
- ou bien, la norme a été respectée et une responsabilité du fabricant est toutefois mise en cause pour un produit défectueux (Penneau, 1998, p.33).

Quelle que soit l'hypothèse envisagée, on assiste à un mouvement vers une reconnaissance d'une responsabilité objective des professionnels dès lors que la sécurité est en jeu.

Sous-section 1. Procédure de normalisation

Il faut étudier la procédure de normalisation pour mieux savoir quelle valeur juridique attribuer aux normes de qualité c'est-à-dire connaître la place de la normalisation technique au sein de la hiérarchie des normes.

1. La normalisation française

Il existe environ 30 bureaux de normalisation en France; l'AFNOR (Association Française de NORmalisation) les fédère tous.

a) L'AFNOR en quelques mots

Cette association loi 1901 a été créée en 1926 mais existe depuis 1941 sous cette forme juridique. Elle est sous le contrôle du Ministère de l'Industrie car elle a une mission générale

de recensement des besoins de normes nouvelles. Elle coordonne les travaux : un programme annuel est arrêté en fonction de 18 grands programmes de normalisation (GPN). Elle assure la diffusion des normes, représente les intérêts français à l'étranger.

Son conseil d'administration est constitué de 38 membres au *maximum*. Il existe un comité d'orientation et de programmation (COP) de 12 sages (dont un tiers issu du conseil d'administration) qui veillent à la cohérence de la normalisation française dans un objectif d'intérêt général. De même il existe des comités d'orientation stratégique (COS) qui élaborent des normes sectorielles : entreprises, administrations, organismes professionnels adhérents à l'AFNOR les composent. Des relais sont assurés avec les Chambres de Commerce et d'Industrie.

CA : 134 M€

1200 collaborateurs dont 300 à l'international

20 000 acteurs impliqués en normalisation

1800 auditeurs et formateurs

13 délégations régionales

28 implantations dans le monde et des relations commerciales avec 90 pays

50 000 clients

(Chiffres clefs du 31/12/12, extraits du site de l'AFNOR www.afnor.org)

L'objectif est d'obtenir un maximum de partenaires pour l'homologation d'une norme afin de pouvoir faire appliquer la norme à l'ensemble de la profession de manière consensuelle, un indice de qualité pour le consommateur final.

Il est à noter que la **qualité substantielle** au sens juridique du terme se définit comme une caractéristique d'une chose, objet d'un contrat, qui a été prise en considération par les parties contractantes, de telle sorte qu'en l'absence de cet élément l'accord de volonté n'aurait pu se réaliser. L'erreur sur la qualité substantielle peut entraîner la nullité de l'acte juridique. Aujourd'hui, le fait de tromper un cocontractant sur les qualités substantielles ou l'aptitude à l'emploi fait encourir une amende de 37 500€ au plus voire d'une peine d'emprisonnement (article L.213-1 du code de la consommation).

L'AFNOR centralise toutes les informations que celles-ci soient nationales, européennes ou internationales. Des organismes de certification et d'accréditation ont été mis en place.

b) Normalisation, certification et accréditation : les modalités de la régulation privée

La certification est l'expression de la normalisation, c'est-à-dire une évaluation de la conformité pour obtenir le marquage, NF, CE ou ISO. Elle est destinée à la délivrance d'un certificat de garantie par rapport à un référentiel établi en concertation avec fabricants et utilisateurs. L'organisme tiers le plus connu en France est l'AFNOR.

L'Etat français a développé la certification dans un objectif triple : la sécurité qui se traduit, en cas de non-respect par la responsabilité légale des fabricants du fait des produits défectueux, l'aptitude à l'emploi qui est une garantie contre les vices cachés en principe et la distinction d'une qualité supérieure.

La marque collective de certification (ex : le marquage NF) fait l'objet d'une protection similaire à celle accordée en matière de marques de fabrique, commerce et service (article L.155-28 du même code) : c'est un signe distinctif. Son usage est réglementé.

Il existe trois formes de certification :

- la certification des produits et des services par la marque nationale NF par l'AFNOR ou autres labels. Ainsi en est-il d'un mécanisme ancien comme celui des appellations d'origine avec la loi du 6 mai 1919 (qualifications de terroir pour le vin ou le fromage) ou tout autre label agricole ou alimentaire (exemple : « label rouge »). Là encore, il ne faut pas confondre label ou certificat avec autorisation de mise sur le marché (AMM) réglementée par le Code de santé publique (visa pour les médicaments), voire estampilles ou poinçons marquant l'origine.
- la certification de système d'assurance de la qualité des entreprises (AFAQ) association qui existe depuis 1988 et qui s'est substitué à biens d'autres organismes certificateurs,
- la certification de personnes attestant de leurs compétences professionnelles au regard des critères préétablis (SMQ, systèmes de management de la qualité).

Le 23 décembre 2004, L'AFNOR et l'AFAQ fusionnent pour créer le Groupe AFNOR doté de trois filiales commerciales. La certification avait déjà connu une réforme importante en 1994 (loi du 3 juin 1994 complétée par le décret d'application du 30 mars 1995 modifiant la loi Scrivener du 10 janvier 1978 sur la protection de l'information des consommateurs de produits et services) : les règlements techniques ont été remplacés par des référentiels qui dénotent à tout le moins une privatisation de la certification, quoique ces référentiels et ces

organismes de certification fassent l'objet d'un contrôle administratif (article L.115-30 du code de la consommation). Il en résulte que le juge administratif est incompétent pour se prononcer sur une demande d'annulation d'un référentiel établi par un organisme certificateur, dès lors que les règles établies par ce dernier ne procèdent de l'exercice d'aucune prérogative de puissance publique³⁴.

Enfin, la France dispose d'un comité français d'accréditation (COFRAC) depuis 1994 permettant d'apporter la preuve que les laboratoires d'essais et d'étalonnage et les organismes d'inspection et de certification respectent les normes de la série EN 45000 et les ISO. La Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes* supervise également ce nouveau dispositif en luttant contre les fausses certifications.

Les étapes de la normalisation

1. Enquête publique auprès des consommateurs
2. Définition des objectifs de sécurité, d'utilité et de qualité
3. Proposition de référentiel
4. Expertise par des professionnels
5. Choix collectif consensuel
6. Homologation
7. Publication au Journal officiel
8. Mise en conformité des entreprises
9. Demande de certification par les entreprises
10. Audit de certification
11. Attribution du certificat
12. Application de la norme
13. Contrôles réguliers par l'organisme certificateur
14. Lutte contre les fraudes par la DGCCRF*

2. La normalisation internationale

Depuis 1946 existe une normalisation internationale à laquelle adhèrent 120 pays, et depuis 1961, une normalisation plus régionale : celle de l'Union européenne.

³⁴ CE 24 mars 1994, Dr. adm. 1999, n°148

a) A l'échelon mondial

L'ISO (*International Standardization Organization*) ou Institut International de Normalisation est administré par une assemblée générale, un conseil, un président et un secrétariat basés à Genève. L'ISO travaille avec le CEI (Commission électrotechnique internationale qui existe depuis 1906) et a publié près de 19573 normes d'application volontaire (chiffre de décembre 2012). Celles-ci sont éditées dans le KWIC (Index des normes internationales). D'autres organismes, telle l'UIT (Union internationale des télécommunications) créée en 1986, existent également.

Un accord entre l'Union européenne et l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) a été passé pour lever les obstacles techniques au commerce³⁵. A cet égard, un certain nombre de normes techniques ont été reconnues. Aujourd'hui, un Code des normes a même été édicté (création en 1980). Ainsi à l'image de l'accord SPS (sanitaires et phytosanitaires) qui accorde une présomption de compatibilité aux mesures conformes aux recommandations de la commission du *Codex alimentarius* qui est un organe consultatif mixte de l'ONU, pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) et de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), le questionnement s'est alors déplacé pour savoir si toutes les normes issues de l'ISO pouvaient être rangées sous la bannière des normes techniques afin d'être reconnues comme telles. C'est ainsi que tout l'enjeu des débats a porté sur cette question clef à l'ISO, quand il a fallu qualifier la Norme³⁶ ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale des organisations. Norme sociale, norme technique, norme de management, norme commerciale ou norme politique ? Les conséquences juridiques au niveau international sont alors très différentes. Nous y reviendrons tout au long de cette thèse et des développements sur « cette norme hors norme » (Capron et Quairel-Lanoizelée, 2010).

b) A l'échelon européen

Pour s'inspirer des normes ISO, en 1961, a été créé le comité européen de la normalisation (CEN). Le CEN comprend 19 instituts et 260 comités techniques. Les documents normatifs sont votés. Le fonds normatif européen est constitué de normes européennes (EN), documents d'harmonisation (HD), pré-normes européennes (ENV). Les principaux organismes de normalisation européens (OEN) sont aujourd'hui les suivants: le CEN (Comité européen de normalisation), le CENELEC (Comité européen de normalisation électrotechnique) et l'ETSI

³⁵ Annexe JOCE n°L336 du 23 décembre 1994, p.86

³⁶ La norme prend un N majuscule quand il s'agit d'une norme internationale de l'ISO ou du CEI

(Institut européen de normalisation des télécommunications). Ce sont des organismes indépendants régis par des règles de droit privé.

A compter de l'année 1986, la reprise des normes par les Etats membres de la Communauté européenne est devenue obligatoire. La perspective est alors inversée : les normes européennes facultatives deviennent l'exception. Parfois celles-là font l'objet d'une directive (marque CE devant la norme). Conformément à la directive européenne 89/106/CEE et au décret n° 92-647 modifié, la transposant, peuvent seuls recevoir le marquage CE, les produits qui satisfont aux spécifications techniques (norme européenne harmonisée ou agrément technique européen). Le principe de ce type de référence aux normes homologuées dans les réglementations a été largement encouragé par la Résolution du 7 mai 1985 du Conseil de l'Union européenne, concernant une « nouvelle approche » en matière d'harmonisation technique et de normalisation (Frison-Roche, 2001).

Selon ce principe, la réglementation définit des objectifs à atteindre. **Ce sont les « exigences essentielles de sécurité » (Livre blanc de la Commission du 14 juin 1985) dont le respect est obligatoire. En tout état de cause, l'application d'une norme européenne crée une présomption de conformité à ces exigences. L'homologation publique a alors changé le statut de la norme (Wibaux, 1997) : celle-ci devient obligatoire sauf preuve contraire. C'est un renversement de la charge de la preuve.**

C'est aussi et surtout une forme de délégation de pouvoirs aux organismes de normalisation qui prennent, ici, le relais des politiques publiques européennes. Une recherche permanente d'équivalence des normes nationales dans les pays européens a débouché sur la création d'un outil comparatif de normes désigné par le sigle ICONE (Index comparatif des normes européennes). Ainsi, les normes techniques offrent une alternative pérenne au droit dur dérivé de l'Union européenne qui avait, du fait de sa rigidité, paralysé le système d'harmonisation des normes européennes.

Mais leur caractère volontaire s'estompe dès lors que cette reconnaissance prend le pas sur leur véritable nature. On passe alors de « la fonction directive souple » à un impératif conditionnel (Violet, 2003). L'institutionnalisation de la normalisation oblige à par conséquent à s'interroger sur la valeur juridique des normes techniques.

Sous-section 2. Valeur juridique des normes techniques

Les normes techniques sont en principe d'application volontaire. C'est leur caractéristique. Mais de nombreux paramètres et de multiples dérogations érigent un système de normalisation impératif. La valeur juridique des normes techniques dépend alors de leur

nature intrinsèque mai, également et surtout, de leur fonction attribuée en tant que complément du droit dur (Rouland, 2004).

1. Caractères de la norme technique

La norme technique est par essence facultative (article 12-13 du Décret n°84-74 du 26 janvier 1984 a *contrario*, puisque ce décret, par exception, a prévu des cas où la norme est obligatoire). Le décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation n'a pas inversé le principe. Elle ne devient obligatoire, en principe, que par le biais des contrats qui s'y réfèrent. Les normes techniques seraient-elles des règles supplétives de volonté ?

a) Une application volontaire en principe

La liberté contractuelle et le libre jeu de la concurrence empêchent de rendre, sinon de manière exceptionnelle, une norme obligatoire indépendamment de toute clause contractuelle. Il faut acheter le contenu des normes à l'AFNOR : l'accès n'est pas gratuit comme tout texte de loi. L'AFNOR perçoit, en outre, un droit d'usage dès lors qu'il est porté indication de la marque NF. Deux conséquences juridiques fondamentales sur le terrain des conflits de normes peuvent en être tirées :

- une norme même respectée ne peut exonérer un employeur de son obligation de sécurité vis-à-vis de ses salariés imposée par la législation du travail considérée comme d'ordre public : ainsi l'obligation de sécurité pesant sur l'employeur concernant les machines de travail est toujours prescrite même si celles-ci sont conformes aux normes en vigueur (Article L.4121-1 du Code du travail). L'employeur ne peut pas prouver son absence de faute : seule la force majeure peut l'exonérer de sa responsabilité. Par deux arrêts l'un du 12 janvier 2011, l'autre du 4 avril 2012, la chambre sociale de la Cour de cassation est venue rappeler qu'il pèse sur l'employeur une obligation de sécurité de résultat³⁷.

³⁷ Ces décisions de la chambre sociale rappellent la distinction qu'il y a lieu de faire entre le régime juridique de la faute inexcusable de l'employeur au sens de l'article L.452-1 du code de la sécurité sociale et celui de l'obligation de sécurité de résultat issu notamment de l'article L.4121-1 du code du travail, interprété à la lumière de la directive CEE n° 89-391 du 12 juin 1989, visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail. Alors que la faute inexcusable suppose la démonstration par la victime d'un accident du travail, que l'employeur a eu ou aurait dû avoir conscience du danger auquel elle était exposée et n'a pas pris toutes les mesures nécessaires pour l'en préserver (Soc., 28 février 2002, Bull. 2002, V, n° 81 ; Soc., 28 février 2002, Bull. 2002, V, n° 81), l'obligation de sécurité de résultat engage la responsabilité de l'employeur dès lors que le manquement à cette obligation est constaté et il ne pourra s'en exonérer qu'en démontrant que l'accident ou l'événement dénoncé est dû à une cause étrangère présentant le caractère de la force majeure, c'est-à-dire un caractère imprévisible, irrésistible, et extérieur à la personne qui l'invoque. Rappelons que l'obligation de sécurité qui pèse également sur le salarié en vertu de l'article L. 4122-1 du code du travail n'affecte nullement le principe de responsabilité de l'employeur.

- une norme technique ne confère aucun droit, puisque facultative, elle n'a pas sa place, en principe dans la hiérarchie des normes objectives (telles la constitution, la loi, les traités internationaux, etc.); d'application *a priori* volontaire dans les contrats, elle ne peut, par exemple, porter atteinte à un droit subjectif accordé par la propriété industrielle et intellectuelle (brevet, marque) à une personne (physique ou morale) individuellement. Certes la licence octroyée par l'INPI, en ce cas, n'est, toutefois, que d'un délai limité et une fois retombé dans le domaine public, le brevet peut faire l'objet d'un processus de normalisation. Sur 19000 normes, une telle éventualité n'est pas à exclure ; des solutions amiables ont toujours été trouvées pour éviter toute opposition des titulaires du brevet ou la construction d'un monopole ou d'une situation de position dominante sur le marché du titulaire du brevet auprès duquel tous les utilisateurs de la norme devront obtenir une licence de brevet. Il est vrai que le préjudice du titulaire du brevet est faible au regard de la publicité faite par l'homologation d'une norme faisant l'objet d'un droit privatif...

Mais le progrès économique et surtout les impératifs de sécurité imposent parfois une autre appréhension de la normalisation.

b) Le glissement vers des normes techniques obligatoires

Plusieurs critères peuvent être retenus dans le sens d'une certaine impérativité des normes :

- La liste des normes homologuées au cours de chaque mois est publiée au J.O. le mois suivant.

- L'article L115-28 du code de la consommation prévoit, en effet, que la consultation des référentiels techniques s'effectue gratuitement sur place auprès de l'organisme certificateur, soit par délivrance de copies aux frais du demandeur.

La norme devient même obligatoire dès lors qu'un texte de loi ou un règlement opère un renvoi impératif à celle-là. Une norme homologuée peut en conséquence être rendue obligatoire par arrêté ministériel (Article 17 du décret de 2009). Son accès devient alors gratuit sur le site de l'AFNOR, à l'instar d'une loi. Ainsi, les domaines touchant à l'ordre public, la sécurité et la santé des consommateurs impliquent souvent une référence automatique et incontournable aux normes en vigueur. Sur 20000 normes, une centaine environ a été rendue obligatoire :

- norme NF X 50.002 sur la « présentation des écrits relatifs aux contrats de garantie et de service après-vente d'appareils d'équipement ménagers et d'électronique grand public est obligatoire (art. R 211-1 et s. du Code de la consommation)

- art. L.233-5 du Code du travail relatif la sécurité des machines et des moyens de production (notamment « l'issue de la procédure de certification de conformité, qui peut être subordonnée au résultat à atteindre », III 2° alinéa 2)

- art. 2 du décret n°61-664 du 27 juin 1961 relatif à la normalisation des produits agricoles alimentaires

- art. 4 du décret n°88-1056 du 14 novembre 1988 relatif aux normes sur l'électricité...

Plusieurs directives récentes relatives à l'emballage ou au marquage considèrent le respect aux normes comme une obligation de résultat (art. L.215-18 du code de la consommation).

Dans les marchés publics, la référence aux normes est même obligatoire. La norme est également impérative par incorporation dans les réglementations techniques. Trois modalités sont alors utilisées ; l'administration désigne la norme soit :

- par sa référence et sa date d'homologation,
- par son indice et son titre, c'est le procédé de la « norme glissante » qui permet de transférer et d'actualiser automatiquement la norme,
- le règlement se borne à indiquer que les produits ou matériels devront être conformes aux normes en vigueur au moment de leur installation.

L'énoncé complet de la spécification devient alors subsidiaire : l'obligation entraîne une responsabilité continue qui sera examinée au regard de la norme technique privée en vigueur au moment de l'installation voire parfois de son usage. **Ces modalités sont redoutables car elles contribuent, au nom du progrès économique, de la sécurité, des exigences environnementales et de la qualité, à l'obsolescence rapide des biens. Plus grave, elle évince du marché les entreprises qui ne peuvent justifier du respect de la norme. Plus qu'un processus de normalisation obligatoire qui se construit, il s'agit d'une véritable loi du marché qui s'instaure, sans en porter le nom. Reprise par les pouvoirs publics, la norme privée est ainsi adoubée.** La devise des économistes « *Qui tient la norme tient le marché* »³⁸ rappelle ainsi que la norme privée structure le marché, comme la réglementation.

La question de l'assimilation de la norme à un règlement administratif ou à une règle déontologique est par conséquent pertinente.

³⁸ « Normalisation et développement durable, préférences individuelles et intérêt général », Le Journal d'informations du PUCA (plan urbanisme construction architecture), n°27, novembre 2012 – mars 2013, p.11. http://rp.urbanisme.equipement.gouv.fr/puca/edito/PPlan27_developpement_durable.pdf

2. Fonctions de la norme

Tantôt la norme technique est de nature privée, tantôt de nature publique selon qu'elle peut être qualifiée d'acte administratif. Elle peut également être associée à des règles de l'art ou usage professionnel.

a) Un acte administratif

L'acte administratif est un acte qui émane parfois de personnes privées dès lors que ces actes sont pris pour l'accomplissement d'une mission de service public et qu'ils correspondent à l'exercice d'une prérogative de puissance publique. Plusieurs paramètres peuvent être pris en considération pour retenir cette qualification :

- L'AFNOR a une mission de service public.
- Elle exerce d'autre part des prérogatives de puissance publique, par le biais de l'homologation. Une norme homologuée doit être le produit d'une instruction pour des avant-projets de normes inscrits au GPN.
- Des incitations fiscales assortissent le dispositif (ex : crédit d'impôts aux entreprises qui participent à l'élaboration des normes).
- En outre, la programmation des travaux de normalisation doit au préalable faire l'objet d'un avis d'enquête publié au Journal officiel (J.O.) et être notifiée à la Commission des Communautés européennes (directive n°98/34/CE du 22 juin 1998).
- Les statuts de l'AFNOR sont approuvés par décret.
- Son règlement intérieur doit être, quant à lui, approuvé par le Ministre de l'Intérieur.
- L'AFNOR est dotée d'un commissaire du gouvernement appelé le délégué interministériel aux normes (D. n°84-74, 26 juin 1984, art.4) qui se substitue au Ministre de l'Industrie dans cette fonction (art.3, alinéa 1 du décret susmentionné). Celui-ci fixe la politique des pouvoirs publics en matière de normes, signe des arrêtés de mise en application obligatoire de normes ou à l'inverse portant dérogation aux normes instaurées voire d'annulation de normes, peut opposer son veto à l'homologation d'un projet de normes, est à la disposition du Ministre de la Consommation.
- Le Premier ministre nomme également des responsables ministériels pour les normes (même article). L'Etat subventionne l'AFNOR à hauteur de 20% environ.

- L'AFNOR représente ainsi l'une des 10 associations françaises les plus subventionnées, à hauteur de 13,38M €³⁹. Un contrôleur d'Etat a donc été institué pour exercer un contrôle économique et financier.
- Il existe également 4 représentants de l'Etat au sein du conseil d'administration qui ont le pouvoir de prendre des décisions à effet contraignant (ministères de l'Economie et des Finances, du Travail, de la Défense et de l'Ecologie, de l'Environnement, de l'Energie et du Développement Durable). Un recours pour excès de pouvoir est envisageable tiré de l'illégalité de l'homologation⁴⁰.

Le Conseil d'Etat a donc retenu la qualification d'acte administratif relativement à l'activité de normalisation de l'AFNOR, dès lors que les normes sont homologuées⁴¹.

Toutefois, aucune sanction ne peut être prise contre un professionnel réticent à appliquer une norme technique dès lors qu'il satisfait par d'autres biais aux prescriptions règlementaires. Il n'existe donc pas de recours pour excès de pouvoir contre la norme entendue en elle-même comme un acte administratif. En outre, une déclaration de conformité suffit pour le fabricant vis-à-vis du client. Devant les autorités nationales, l'autocertification n'a pas de valeur : la charge de la preuve incombe aux fabricants ou prestataires de services.

L'assimilation à un usage professionnel ou une règle de l'art n'est pas non plus exclue dans les qualifications juridiques de la norme technique (Gambelli, 1998 ; Violet, 2003).

b) Un usage professionnel

Une partie de la doctrine range les normes techniques dans les règles de l'art en leur attachant l'autorité d'un usage professionnel (Penneau, 1996). Les parères⁴² sont proches en définitive des certificats ou labels conférés par les organismes de certification. Or, l'usage volontaire doit également être constant pour revêtir un caractère impératif. Les normes sont, quant à elles, constamment modifiées en fonction des données nouvelles de la science. Cette rapidité dans leur évolution s'oppose à cette qualification.

³⁹ Bonnard J., Laurent S. et Parienté J., Journal Le Monde, 1^{er} juillet 2013 ; Observatoire des subventions, www.observatoiredessubventions.com

⁴⁰ Conseil d'Etat, 14 oct.1991, Conchyiculture, Rec. Lebon, p.777 ; TGI Nanterre, 1^{ère} ch. A, 18 sept.1996, soc. Sud-Est déménagements c/ AFNOR, inédit

⁴¹ CE 17 février 1992, Recueil Dalloz 1992, (affaire Société Textron) commentaires Penneau A., p.519

⁴² Attestations délivrées par des organisations professionnelles en matière d'usages commerciaux ou professionnels reconnus

On entend par règles de l'art, l'attitude, les qualités, le comportement que l'on est en droit d'attendre d'un professionnel normalement diligent et compétent en fonction de l'état des connaissances scientifiques et techniques.

Or, le respect de la norme crée une présomption de conformité aux règles de l'art. C'est une présomption simple. De même le non-respect de la norme crée une présomption simple de responsabilité. C'est alors une faute d'imprudence ou de négligence qui est invoquée : sous-entendu un professionnel normalement diligent doit se référer aux normes.

La question de la nature juridique des normes n'est à l'heure actuelle pas résolue. Elles ne sont obligatoires sauf exception que si elles sont incorporées dans un contrat. Paradoxalement, le fait de ne pas s'y référer n'est pas sans incidence sur la responsabilité du fabricant ou prestataire. La faute est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Sous-section 3. Conformité aux normes techniques et responsabilités

La non-conformité aux normes techniques, mais aussi, ce qui peut paraître encore plus paradoxal, la conformité aux normes techniques, peuvent déclencher des responsabilités alors que les normes sont *a priori* sans valeur juridique (Wibaux, 1997; Violet, 2003). Cette étude complète celle sur la responsabilité des fabricants du fait des produits défectueux ou plus généralement du régime général de la responsabilité. Il n'est pas sans conséquence sur la responsabilité sociale des entreprises vis-à-vis de leurs clients, parties prenantes les plus puissantes, lorsque ces normes sont incluses dans les contrats et font office de clauses résolutoires. Au près des fournisseurs notamment elles opèrent comme des clauses couperets. La responsabilité devient juridique mais elle peut être critiquée d'un point de vue social.

1. Non-conformité aux normes

Les conséquences d'une exécution non conforme aux normes stipulées au contrat renvoient à la responsabilité contractuelle de type classique, c'est-à-dire aux sanctions pour le manquement à une clause contractuelle expresse. Mais ces sanctions peuvent également venir de normes techniques devenues réglementaires.

a) Non-conformité aux normes « réglementées »

Le Code du travail précise dans sa partie réglementaire pour ces équipements et moyens de protection :

- ceux visés par des obligations de conception et de construction (articles R. 4311-4 et suivants) et ceux exclus (article R. 4311-5),

- les règles techniques de conception des équipements neufs ou considérés comme neufs (R. 4312-1 à R. 4312-1-2),
- les formalités préalables à la mise sur le marché : marquage CE et déclaration CE de conformité (R. 4313-1 et suivants), dossier technique (R. 4313-6 et R. 4313-91),
- les procédures d'évaluation de la conformité (R. 4313-19 et suivants),
- la procédure de sauvegarde pour interdire, restreindre, leur mise sur le marché ou subordonner celle-ci à des conditions s'ils ne répondent pas aux obligations de sécurité (R. 4722-5 à R. 4722-9 et R. 4722-26).

Il existe trois procédures pour certifier qu'une machine est conforme :

- l'évaluation de la conformité avec contrôle interne de la fabrication dite procédure d'auto-certification CE (article R. 4313-20 et suivants),
- l'examen CE de type (article R. 4313-43 et suivants),
- le système d'assurance qualité complète (article R. 4313-43 et suivants).

Ainsi, une entreprise peut être condamnée pénalement pour ne pas avoir respecté une norme technique AFNOR représentant « l'exigence essentielle de sécurité d'un décret »⁴³.

b) Non-conformité aux normes contractualisées

Il ne s'agit plus alors d'une obligation de moyens (article 1137 du Code civil : ce que le créancier est en droit raisonnablement d'attendre ; on compare alors le débiteur à « un bon père de famille », autrement dit l'homme particulièrement soigneux et diligent qui a le sens de ses responsabilités) mais d'une obligation de résultat (article 1147 du Code civil) ; c'est-à-dire que le simple fait que le débiteur ne s'exécute pas conformément aux clauses du contrat, sa faute est présumée. C'est un renversement de la charge de la preuve. L'intérêt de bien rédiger les clauses contractuelles n'est plus à démontrer. Il existe même des modèles de contrats normalisés tant leur usage est recommandé et fréquent.

⁴³ Cass. Crim. 20 février 2008, n°07-82791 inédit (arrêt de rejet): condamnation de la société Ikéa Distribution France pour avoir importé des marchandises prohibées du fait du non-respect des conditions de sécurité découlant de la directive 88/378 CEE du 4 mai 1988 et du décret n°89-662 du 12 septembre 1989 relatif à la prévention des risques résultant de l'usage des jouets en affirmant « qu'il était nécessairement évident pour les prévenus que les jouets Duktig devaient répondre aux exigences de la section 4-8c de la norme NF EN 71-1 sur la flexibilité et la résistance à la rupture des fils métalliques ».

Plusieurs types de références aux normes sont possibles, comme dans le cadre des normes recommandées par l'administration :

- une référence générale aux normes ou
- une référence précise ou
- une **référence « glissante »** (la norme nouvelle devient au lieu et place de l'ancienne la référence à suivre). Dans ce cadre-là, plus subtil, le cocontractant devient responsable parce qu'il n'a pas anticipé la mise aux normes (futures). De conforme aux normes au jour de conclusion du contrat, il bascule dans la non-conformité du fait même d'une évolution des normes. Les biens perdent une qualité : ils ne sont plus considérés comme conformes aux normes en vigueur. Et cette qualité est souvent jugée essentielle. **Or, compte tenu de l'accélération du renouvellement des normes techniques, cette obsolescence rapide des normes, est totalement dissociée parfois de la durée de vie d'un bien.** Son impact sur la vente et l'usage d'un bien est considérable : un bien qui n'est plus « homologué » est un bien qui doit être retiré du marché la plupart du temps ; parfois son usage est même proscrit à partir d'une certaine date. La normalisation entretient la société de consommation, au nom du progrès... **De nul est censé ignorer la loi, on glisse progressivement vers nul n'est censé ignorer la norme !**

Et, faut-il le rappeler, il pèse, en outre, dans la vente, sur le professionnel une obligation générale d'information qui, si elle n'est pas respectée, conduit à retenir sa responsabilité automatiquement (L.111-1 du Code la consommation). Le Code du travail n'en interdit pas moins le droit pour un fabricant de s'auto-conformer aux normes, la preuve de sa non-responsabilité n'en sera que plus difficile à rapporter.

- **Dans le cadre de la responsabilité civile**, le juge évalue alors l'intensité du comportement fautif. On distingue couramment le dol (refus volontaire d'exécuter son obligation) et la faute non intentionnelle. Les dommages-intérêts sont plus lourds dans le premier cas : le débiteur doit alors réparer intégralement le préjudice alors même qu'il n'était pas prévu ou prévisible. Il faut également comme dans toute action en responsabilité prouver le lien de causalité entre la faute et le préjudice. L'interprétation du juge, en règle générale, est toujours en faveur du consommateur ou du salarié (supposés la partie faible au contrat, donc à protéger contre le professionnel en position de supériorité). Ainsi, le juge a refusé logiquement de donner effet à une norme insérée au contrat qui limiterait la responsabilité du contractant⁴⁴. On rejoint ici l'interdiction des clauses

⁴⁴ CA Paris 5 oct. 1982, Juris-Data n°026760

limitatives de garantie issue de la transposition de la directive sur la responsabilité des fabricants du fait des produits défectueux.

- **Il peut se greffer également une responsabilité pénale du fabricant ou du prestataire.**
Des amendes peuvent être appliquées : de 20000 € en Belgique jusqu'à 5000 £ au Royaume-Uni. Contrevenir à ces règles, au Royaume-Uni, constitue une infraction en vertu des lois relatives à la protection du consommateur de 1987 et à l'homicide involontaire, conduisant à une peine de prison d'au moins 3 mois et à une amende illimitée. En France, en cas d'homicide involontaire, la peine d'emprisonnement est de 3 ans et l'amende de 45 000€ (art. L.221-6 du code pénal)⁴⁵.

De même le délit de tromperie est réalisé dès lors que le fabricant ou le prestataire prétend que la norme est respectée alors qu'il sait que c'est faux. L'escroquerie est également répréhensible pénalement dès lors que par des manœuvres frauduleuses le client a été amené à passer le contrat. Il peut s'agir de publicité mensongère ou l'étiquetage trompeur. Déjà une loi du 1er août 1905 énonçait le délit de tromperie et de falsification de denrées alimentaires. C'est alors une fausse certification ou l'usage abusif d'une marque. La répression de cette infraction est fixée aux articles L.115-30 et L.213-1 combinés du code la consommation. La sanction prévue est de 2 ans d'emprisonnement et/ou de 37 500 € d'amende. La question est alors ouverte de savoir si les entreprises qui prétendent être certifiées ISO 26000 pourront être sanctionnées, par la DGCCRF, du fait même que cette norme n'est pas un référentiel de certification (V. Partie 1, Titre 3 et Partie 3 Titre 2). Les agents de la DGCCRF (administration pénale) sont en effet dotés de larges pouvoirs d'investigation et de contrôle, pour la conformité avec la sécurité.

2. Conformité aux normes techniques et responsabilités

L'idée d'une conformité qui déclenche une responsabilité est plus originale que la responsabilité pour non-conformité. Elle n'en est pas moins lourde de conséquences pour les professionnels assujettis, par différents biais, à des normes privées (Boy, 1998).

⁴⁵ Le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende.

a) **Responsabilité civile**

La position de principe de la jurisprudence est que la conformité aux normes ne constitue pas une cause exonératoire de la responsabilité du professionnel (à la différence de la loi qui est moins exigeante).

Pour la doctrine, la conformité aux normes s'assimile à une « autorisation administrative » de fabrication ou de vente mais ne libère pas le professionnel du devoir de fabriquer un produit satisfaisant. Cette responsabilité existe alors même qu'en l'état actuel des sciences ou en respectant les normes en vigueur le fabricant a été vigilant au moment de la mise en circulation des produits ; elle trouve son fondement dans le libellé général de l'article 1386-18 du code civil ou dans l'énoncé selon lequel le fabricant reste responsable « si, en présence d'un défaut qui s'est révélé dans un délai de dix ans après la mise en circulation d'un produit, il n'a pas pris les dispositions propres à prévenir les conséquences dommageables » (Code civil 1386-12 al.2). En tout état de cause, la responsabilité pour faute demeure même au-delà du délai de 10 ans, en prouvant que le défaut du produit qui a causé le dommage est imputable à sa faute.

Cette solution est en harmonie avec la loi du 12 juillet 1977 sur le contrôle des produits chimiques et la directive CEE du 29 juin 1992 relative à la sécurité générale des produits aux termes de laquelle il s'impose aux producteurs d'« adopter des mesures proportionnées, en fonction des caractéristiques des produits qu'ils fournissent, leur permettant d'être informés sur les risques que ces produits pourraient présenter et d'engager les actions opportunes, y compris, si nécessaire, le retrait du produit en cause du marché pour éviter ces risques » (art. 3-2). Comment interpréter ce texte ? Ces mesures constituent-elles des obligations déguisées de respecter toute norme et notamment toute norme « glissante » même sans référence expresse dans les contrats voire, après la mise sur le marché, dans un délai de dix ans ou bien un refus d'admettre en définitive des clauses ou causes exonératoires ?

La question est devenue cruciale avec les incidences de la théorie des risques de développement. La jurisprudence est favorable au maintien de cette responsabilité pour le fabricant alors que la transposition de la directive du 25 juillet 1985 sur les produits défectueux par la loi du 19 mai 1998 considère le progrès technique comme une cause exonératoire tout en l'écartant certes en ce qui concerne les produits du corps humain. C'est donc ce que l'on appelle une jurisprudence *contra legem* (contre la loi). Son fondement n'est pas à rechercher dans un quelconque droit de la responsabilité pour faute mais dans le souci de l'indemnisation des victimes par le biais des assurances, qu'*a priori*, seules les sociétés fabricantes ou prestataires ont l'assise financière pour conclure. Il est effectivement injuste ou

pour le moins curieux, de ne pas admettre l'égalité entre les victimes, en raison d'une cause de responsabilité qui leur échappe. Il faut en effet rappeler qu'en assurance le montant de l'indemnisation est proportionnel à la prime. Parfois même des fonds nationaux voire internationaux sont mis en place *a posteriori* quand le dommage est trop grand pour une compagnie d'assurances. L'extension du champ de la responsabilité pouvait s'entendre dans ce cadre. Les causes d'exonération résonnent comme des cas d'irresponsabilité généralisée (V. Titre 3 Partie 3).

Le respect de normes obligatoires viciées peut constituer un fait exonératoire de responsabilité (article 1386-11-5° du Code civil). Mais les mêmes réserves s'imposent : une faute pour négligence pourrait être alors invoquée. Il reste toujours au consommateur la possibilité d'invoquer la garantie des vices cachés, ou l'article 1384 du Code civil sur la responsabilité délictuelle du fait des choses, toutes deux n'ayant pas été absorbées par la nouvelle réglementation de la responsabilité des fabricants du fait des produits défectueux.

On pourrait même envisager de se retourner contre l'organisme de normalisation ou certificateur. Les recours juridictionnels des utilisateurs en cas de normes défectueuses demeurent actuellement une hypothèse d'école mais ils sont concevables. Le recours en annulation a déjà vu le jour (Brunet et Péraldi-Leneuf, 1998, p.44). La responsabilité du fait d'une norme mal conçue relevant d'un organisme privé suppose la compétence des tribunaux judiciaires. Mais l'autorité publique n'est pas exempte non plus d'un devoir de surveillance sur la publication ou la transposition des normes. Ainsi les Etats-membres de la communauté européenne doivent obéir à la résolution du 7 mai 1985 qui leur incombe d'assurer sur leur territoire la sécurité des personnes, donc d'empêcher la publication voire la non-application de normes obsolètes ou dangereuses. A cet égard, les organismes de normalisation privée ont beau jeu de pointer la prolifération de normes publiques quand eux-mêmes procèdent régulièrement aux réactualisations de leurs collections et suppressions des normes jugées obsolètes. **Ainsi, en 2012, 1543 normes ont été retirées des collections et, sur les 1942 nouveaux documents produits, 60% constituent des révisions⁴⁶. Le processus s'accélère et s'amplifie.**

En conclusion de ces développements sur la responsabilité civile, il faut indiquer qu'une clause par laquelle un contractant s'exonère du respect des normes serait déclarée nulle si en définitive la clause aboutissait à la livraison d'une chose inapte à sa destination ou non

⁴⁶ <http://www.afnor.org/groupe/espace-presse/les-communiqués-de-presse/2013/octobre-2013/inflation-normative-le-conseil-d-etat-positionne-la-normalisation-volontaire-comme-une-solution>

conforme à des impératifs de sécurité. Sa responsabilité pénale n'est pas non plus exclue. Le caractère volontaire des normes est décidément très relatif...

b) Responsabilité pénale

Le fondement de cette responsabilité pénale automatique indépendamment de toute référence aux normes se trouve dans une obligation de sécurité générale (art. 1 de la loi du 21 juillet 1983). La norme peut également servir à la caractérisation de l'élément matériel dans les délits de tromperie ou de publicité mensongère.

En vertu des articles L. 221-6 et L. 222-20 du nouveau Code pénal, la responsabilité pénale d'un professionnel en matière d'accidents corporels est engagée pour une faute dite d'imprudence. Ces articles ajoutent même que le manquement délibéré à une obligation de sécurité ou de prudence est une circonstance aggravante (nouveaux délits de mise en danger ou délits non intentionnels, L.121-3 du Code pénal). C'est dire que la responsabilité pénale pour homicide ou coups et blessures involontaires est engagée même si la norme inobservée n'était pas obligatoire⁴⁷.

Conclusion

Nous avons ainsi démontré très rapidement que la normalisation technique perd progressivement son caractère de normes facultatives car le droit souple communautaire, relayé par le droit interne, conduit les normes techniques à devenir paradoxalement contraignantes⁴⁸. Il peut paraître rassurant de présenter cette évolution comme la conséquence d'une délégation de pouvoirs. Mais c'est en fait, une révolution liée à un renversement de la charge de la preuve en matière de régulation par les normes qui confère une véritable légalité à la norme privée. Cette imbrication entre normes selon leurs origines crée des OJM (Objet juridiquement modifié), à l'image des OGM. La normalisation technique devient pour ainsi dire « la *hard law* de la *soft law* ». Il était nécessaire de comprendre le mécanisme juridique qui a présidé à cette montée en puissance des normes privées, devenu le maillon fort de la régulation, pour pouvoir poser la question clef de la légitimité des normes privées de RSE. La RSE n'est certes pas un objet technique (V. Partie 3) mais l'efficacité redoutable de la normalisation privée permet de mieux saisir la pertinence de la revendication dans un domaine qui lui était étranger. De la nature de la norme, on glisse vers le rôle naturel de la norme. La technique prend le pas sur la nature de la norme. « Ce n'est donc pas la nature d'une norme qui permet d'affirmer un recul ou un renforcement de l'autorité publique, mais

⁴⁷ Cass. crim. 17 juillet 1973, n°72-92.221, Bull. crim. n°332

⁴⁸ Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat, « Le droit souple », La Documentation française p.72.

sa place dans l'architecture institutionnelle » (Chanteau, 2009, p.15). Le risque de concurrence avec les normes publiques n'est pas exclu : c'est le débat sur la légitimité qui s'ouvre alors (V. Partie 2).

La normalisation est donc passée progressivement de normes techniques, de qualité des produits, puis des normes sociales, de management, des services. La normalisation ayant repoussé les limites quant à son objet, la question se pose alors ouvertement de la possibilité de concevoir des normes privées sociétales, éthiques ou morales. La normalisation peut être parfois un moteur en matière sociale ou un frein quand les contradictions, la bureaucratie ou la prolifération de réglementations entraînent des conflits d'intérêts, la disparition de l'imputabilité morale et donc la perte de sens.

Là encore, le débat sur l'objet des normes entraîne une réflexion poussée sur le rôle de la norme et par voie de conséquence de l'évolution du droit, comme instrument efficace de la gestion. La norme étant préalablement définie, il convient de cerner maintenant l'éthique, et plus précisément la place de l'éthique dans les organisations, pour savoir si l'institutionnalisation de l'éthique a un sens. Dans cette partie de la thèse, nous développerons le sens caché de la codification de l'éthique dans le but d'esquiver ou de minimiser les contentieux juridiques par un travail d'intégration normative.

L'exemple topique de la Norme ISO 26000 permettra d'exposer en détail, en troisième partie, les limites conceptuelles de toute forme de normalisation de l'éthique et les stratégies de contournement déployées pour franchir cette frontière épistémologique. Puis, nous démontrerons qu'il ne peut y avoir dissociation totale de l'éthique et du droit, autrement dit de responsabilité sociale de l'entreprise sans responsabilité éthique.

Section 3. Ethique, principes, valeurs et droits de l'Homme : nouveaux concepts normatifs ?

« Les règles de conduite ou règles éthiques sont des instruments de direction ou guidage des conduites humaines : elles donnent aux intéressés auxquels elles sont adressées la mesure de leurs possibilités d'action selon les circonstances, aux fins qu'ils ajustent en conséquence leur comportement » (Amselek, 1989, p.9). Néanmoins, toutes les règles ne présentent pas les mêmes caractéristiques. Il est commun de lire que la morale ou l'éthique est affaire de liberté, alors que la loi serait imposée à tous et sa violation serait sanctionnée par une autorité extérieure (Moussé, 1993, spéc. Chapitre 8, Ethique, lois et codes).

L'éthique va au-delà des règles de droit (Pasquero, 2007, p.112) : elle exige idéalement de dépasser le cadre légal pour tendre vers le Bien (V. pyramide de Carroll, 1979). La démarche est donc volontaire et d'ordre individuel. Le consentement ne saurait être présumé. En ce sens, la Responsabilité Sociale des Entreprises, fondée sur l'éthique des affaires ou une éthique collective partagée, peut sembler très utopique.

Facultative et d'essence purement subjective, l'éthique risque alors d'être confinée dans un cadre théorique et idéologique (Pesqueux, 2000). Néanmoins, dans nos sociétés occidentales, l'éthique est toujours située au moins en deçà du contrat ou du code social comme source d'inspiration. Le respect de la loi peut alors se confondre avec l'éthique (« impératif catégorique » de Kant). Mais ce n'est qu'un moment car sa vocation est différente. C'est un mouvement perpétuel d'amélioration (roue de Deming), une tension permanente entre mythe et réalité, une distanciation ou une imbrication dans le *corpus juris*.

De l'éthique non respectée à la violation délibérée de la loi, s'agit-il d'une différence de degré ou de nature de responsabilité ? Existe-t-il des normes éthiques, comme il existe des normes juridiques ? Peut-on mettre sur le même plan, les devoirs moraux et le respect de la loi ? Comment situer également, dans l'univers des normes, les principes et les valeurs ?

Il n'est pas facile de répondre à ses questions qui appellent justement un jugement de valeur, ou, à tout le moins, une recherche de lien entre l'éthique et le droit, les valeurs et les normes, les principes et les règles. Et ce lien est si étroit (V. Partie 3) qu'il oblige dans cette partie de thèse davantage descriptive, à prendre position, dans une logique dialectique, et à anticiper sur nos résultats. Il peut y avoir des normes qui ne sont pas juridiques. Il peut y avoir également du droit en dehors des normes.

La démonstration qui suit permet surtout d'éclairer notre posture méthodologique, éloignée du positivisme, sans pour autant s'y opposer radicalement. Le droit effectivement ne nous semble pas seulement posé sur un socle immuable composé des textes législatifs ou réglementaires et des décisions juridictionnelles qu'il convient de découvrir et d'interpréter. « Le droit fait signe, mais ne se révèle pas directement » (Atias, 2012, p.25). Pour le saisir, il convient d'étudier les liens qu'il entretient avec la philosophie et plus particulièrement l'éthique. C'est une quête de légitimité sur la législation et par-delà la législation, sur la régulation. « La loi tente de se dépasser elle-même ; elle commande à elle-même et s'engage. » (Atias, 2012, p.22). « Là, se poursuit sans fin la quête de normes supérieures, principes généraux du droit, principes constitutionnels, « principes fondamentaux reconnus par les lois de la

République »⁴⁹, « principes particulièrement nécessaires à notre temps »⁵⁰, principes dont la valeur serait supérieure à la Constitution⁵¹, principes communautaires... Cette tendance ne peut renier sa filiation philosophique même si la philosophie des valeurs n'est pas la philosophie du droit naturel (Villey, 1960, p.236). « La question '*Quid juris ?*' (...) appelle la recherche d'un « principe » qui n'est pas la cause d'une situation, mais plutôt la règle de son sens et de sa valeur au regard du droit » (Goyard-Fabre, 2003, p.142), et tout particulièrement la différence épistémologique entre « principe » et « fondement » (Goyard-Fabre, 2003, p.62, 65-66, 68, 88, 147 et 192).

Pour demeurer dans le cadre des définitions du sujet (la déviance étant étudiée dans la partie 2), nous pouvons tenter de dissocier les normes et les valeurs en considérant leurs caractéristiques propres. Les normes sont en principe contraignantes donc impératives, alors que les valeurs donnent une évaluation sur un bien, une personne ou des normes. Celles-ci revêtent un caractère subjectif. L'éthique fixe à la fois une échelle de valeurs et des obligations morales (devoir-faire, devoir-être) : elle peut être normative mais aucune sanction n'est prononcée par une autorité extérieure contre la personne.

Or, le flou du droit, encore appelé par certains le droit postmoderne (Carbonnier, 1978, p.145) se caractérise justement par un recul de la sanction : cette dernière n'est plus systématiquement le critère de distinction entre droit et morale.

Le refoulement de normes contraignantes au profit de la régulation souple a contribué à l'émergence de nouveaux référentiels de l'action (Jemmaud, 1993, Kirat et Severin, 2000, Brunet, 2002) et fait naître, plus précisément, un « besoin d'un cadre de référence commun » (Mercier, 2004, p.19). Pour certains auteurs, il s'agit d'une « évidence éthique » (Russ, 1995), comme si la règle éthique pouvait de manière idoine être le cadre de référence du droit souple ou devait supplanter la règle juridique, quand celle-ci n'est plus assez rigide. L'éthique comble le vide laissé par le droit dur et la tentation de codifier l'éthique voit le jour au point d'en dénaturer l'esprit.

Un double mouvement s'est, en effet, opéré : les modalités de la régulation se sont caractérisées par une dynamique très féconde des agents économiques, et corrélativement, par l'apparition de forces modératrices (Bardelli, 2005). La littérature évoque des « pressions normatives » sur les entreprises (Daudigeos et Valiorgue, 2010, p.71) pour contrebalancer la

⁴⁹ Conseil Constitutionnel 15 janvier 1975, Rec., p.19 ; Conseil Constitutionnel 23 novembre 1977, Rec., p.42.

⁵⁰ Préambule de la Constitution de 1946

⁵¹ Conseil Constitutionnel 23 mai 1979, Rec., p.27

pression du marché, au sens économique du terme. **L'image de la poussée d'Archimède n'est alors pas totalement incongrue. Il convient d'en déterminer le moteur.**

La remise en cause de la hiérarchie des normes par la montée en puissance à la fois du droit de la *Common Law*, aujourd'hui dominant, et du droit souple de manière générale, adossé à des normes sociotechniques d'origine privée a, en effet, créé des incertitudes quant à la règle applicable (Girard, 2008). La perte de repères, la crainte des dérives sans un pouvoir étatique fort qui contrôle et sanctionne, ont suscité, par réaction, un intérêt pour l'éthique dans les affaires, une quête des valeurs en entreprise et la création de nouveaux principes aux connotations juridiques. C'est comme si des mécanismes compensatoires s'étaient mis en place, de manière instinctive, pragmatique ou rationnelle pour pallier les insuffisances d'un droit jugé trop tendre (Stamatis, 1993, 2000). **Mais peut-on parler de normativité quant aux acteurs (toute forme d'organisation hormis l'Etat), quant au phénomène (réflexe psychologique ou acte de volonté) et quant à l'objet (éthique, principes ou valeurs) ?**

Les assertions selon lesquelles la « mondialisation économique consacre une véritable autonomie législative de l'entreprise » (Gendron, 2010, p.72) ou que les entreprises « codifient » l'éthique (Mercier, 2004) méritent d'être nuancées. Quelques définitions sur la normativité de l'éthique, des principes et des valeurs, permettent de répondre à ce questionnement essentiel quant aux enjeux de politique économique.

Sous-section 1. L'éthique normative

L'éthique peut éclairer le droit mais elle n'a pas vocation à être normative, *a priori*. C'est le changement de posture de la règle de droit qui a entraîné un « besoin d'éthique » (Mercier, 2004, p.3). La notion de norme éthique ne va pas de soi. Selon l'acceptation de l'éthique, la conjonction des termes peut représenter une antilogie. Pour appréhender les normes et par extension les codes éthiques (recueils de normes présentés de manière cohérente), il faut concevoir la construction d'une éthique collective.

1. La construction d'une éthique collective

L'éthique comme la morale sont d'essence purement individuelle. Dans cette conception, l'éthique collective apparaît comme le fruit d'une construction récente.

a) Définition de l'éthique : un lien étroit avec la morale

Le terme éthique vient du grec « *ethos* » qui signifie à la fois le « lieu » où nous habitons et ce qui nous habite, autrement dit, les us et coutumes, les habitudes, les mœurs, par extension, ce

notre façon d’habiter le monde et de l’habiter avec autrui selon des normes, des valeurs, la signification de notre agir (Fortin, 1995, p.2). Il n’y a donc pas de différence entre la morale, issue de *mores* en latin, qui signifie les mœurs ou la conduite et l’éthique, leur sens étant étymologiquement identique (Ballet, de Bry *et alii*, 2011, p.27). Selon le Dictionnaire Quillet de la langue française, l’éthique est la science des mœurs ou morale. « L’éthique est traditionnellement présentée comme la partie de la philosophie qui étudie la morale et ses fondements, comme la façon de se diriger, de se comporter, l’art de diriger la conduite ou les mœurs. La morale quant à elle, habituellement présentée comme ce qui concerne les règles de conduite en usage dans une société » (Barège, 2010, p.4).

Pour autant une doctrine avisée tente de les opposer. Au fil de nos lectures (Benoît 2005, Bourgeault, 2009, Brugère 2011, Calame, 2003⁵², François, 2011⁵³, Laget 2009, Mhamdi 2009, Pesqueux et Biefnot, 2002, Wunenburger 1993, etc.), voici, dans ce tableau, la synthèse des divergences supputées.

⁵² http://www.lyon-ethique.org/IMG/pdf/ACTES_2003.pdf

⁵³ V. notamment le chapitre 7 Les concepts empiriques de Morale, d’Ethique et de Valeurs (p. 53-59)

Auteurs	Ethique	Morale
Laget, Bourgeault, Benoît	Rapport à soi	Rapport aux autres
Bourgeault, Joras, Calame	Conduite individuelle	Code social
Rosé, Ballet et de Bry, Joras, Nietzsche	Discernement positif et négatif	Distinction du Bien et Mal
Comte-Sponville, Laget	Recommandations	Commandements
Kohlberg	Liberté	Ordre / soumission
Morin, Cardot, Calame, Brugère	Engagements	Interdits
Pesqueux, Jonas, Marx, Nietzsche, Brugère	Inquiétude /scepticisme	Certitude
Lalande, Pesqueux	Immanence	Transcendance
Kohlberg, Calame, Rosé, Brugère	Conventions	Prescriptions
Pesqueux, Kant, François	Vouloir	Devoir
Ricoeur, Rawls, Mhamdi, Brugère	Discussion / réciprocité	Obligation / autorité
Salmon, Pesqueux	Principes et valeurs	Impératifs
Mercier, Laget, Legendre, Pesqueux	Relatif / contextuel (culturel)	Absolu / universel
Kant, Ricoeur, Weber, Russ, Brugère	Raison pratique / empirique	Impératif catégorique / conceptuel
Rosé, Comte-Sponville, Mhamdi	Intérêt général	Bien commun
Laget, Etchegoyen	Boussole	Références
Laget, Calame, Moussé	Chemin à emprunter	Idéal à atteindre
Capron,Quairel, Joras, Moussé, Rosé	Laïque	Religieuse
Mercier, Ballet et de Bry, Kant, Pascal, Platon, Pesqueux, Calame	Déontologie	Téléologie
Mercier, Ballet et de Bry, Mhamdi	Légitimité/Justice	Légalité/ conformité
Falise, Mhamdi	Régulation	Réglementation
Cardot, Le Moigne	Interpellation ...	Responsabilisation ...

Cette distinction des concepts, aussi séduisante soit-elle intellectuellement, est cependant très relative (Ogien, 2007) et donc, peu efficace. Quelques implications suffisent pour démontrer ce faux dilemme.

Elle conduit, tout d'abord, à une impasse ceux-là mêmes qui prêchent pour une éthique d'entreprise ou éthique collective plutôt que la morale dans les affaires. L'éthique étant considérée comme individuelle, si l'on suit le raisonnement des contempteurs de la morale, la notion de norme « éthique » serait presque un contresens (Cheynet de Beaupré et Dreifuss-Netter, 2009). Débarrassé de toute morale inculquée, l'être humain pourrait enfin agir selon une éthique personnelle, qui serait, par essence, un « non-code ».

Or, à y regarder de plus près, le refus de la morale masque le plus souvent une aversion pour le moralisme, qui représente une déviance par rapport aux tentatives de moralisation des affaires. Sans ordre moral, c'est la dissolution du lien social. Sans morale commune, c'est le subjectivisme qui prend le dessus, sans possibilité de construire une société voire d'imaginer les bases d'un nouveau contrat social (Zarka 2001b).

Aristote définissait ainsi l'éthique comme la « science » des actions de la vie ou comme la philosophie des « choses humaines » (Fortin, 1995, p.13). Selon Hans Jonas, « l'éthique est là pour ordonner des actions et pour réguler le pouvoir d'agir. Elle doit donc exister d'autant plus que les pouvoirs de l'agir qu'elle doit réguler sont plus grands » (Jonas, 1990, p.61). Elle peut donc être individuelle ou collective. Deux acceptions de l'éthique en découlent : l'une philosophique sur la réflexion sur les comportements humains, l'autre prescriptive comme axiologie de l'action, ayant une autorité supérieure à la régulation.

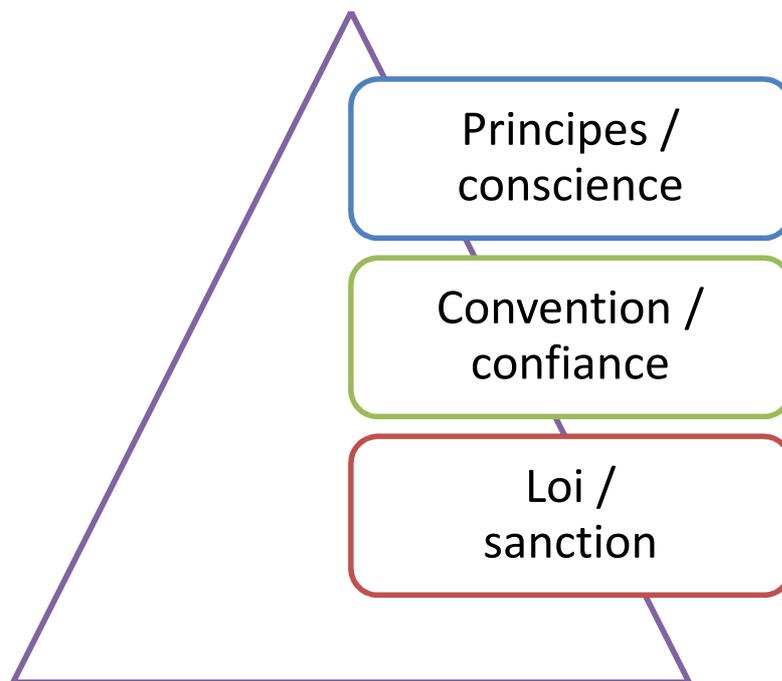
En entreprise, la seconde a permis d'établir des procédures pour traduire le « vivre ensemble » (Pesqueux, 2006, p.86 ; 2011, p.40) en présupposant rejoindre le postulat de la première par un agrégat d'éthiques individuelles concordantes.

b) Notion d'éthique collective : une morale adaptée aux affaires

La notion d'éthique collective est très artificielle : c'est un « produit de composition » (Salmon, 2002, p.74) qui s'appuie sur des valeurs et des principes, d'une part, des règles conventionnelles et juridiques, d'autre part.

Selon les six paliers de développement moral dans la théorie du développement moral de Lawrence Kohlberg⁵⁴, on peut distinguer trois niveaux principaux dans la construction de l'éthique en entreprise (adapté de Mercier, 2004, p.37-38). Le premier stade correspondrait, d'un point de vue normatif, au droit social ; le second, reprend le développement des conventions collectives et accords d'entreprise fondés sur les négociations. Le troisième renvoie au développement des chartes éthiques en entreprise et création de comités d'éthique.

⁵⁴ <http://rdarveau.profweb.ca/doc/rd-kohl.htm>



- Niveau 1 : **Pré-conventionnel** : la relation humaine s'établit par l'obéissance par crainte de la punition
- Niveau 2 : **conventionnel** : le maintien du système social est assuré par un système de conformité à la règle et le respect des contrats (attentes mutuelles, droit, échanges et intérêts)
- Niveau 3 : **Post-conventionnel** : le contrat social est fondé sur la liberté, des principes universels (égalité, justice).

Dans la phase post-conventionnelle, l'éthique apparaît, dès lors qu'existe un degré de liberté pour les décideurs (Pasquier-Dorthe et Pinto de Oliveira, 1990, p. 42). C'est une condition indispensable : à défaut, les dirigeants ne gèrent que des contraintes matérielles ou institutionnelles. L'éthique n'a plus sa place. Dotés de leur libre arbitre et doués de raison, les hommes peuvent faire preuve d'éthique. L'éthique dépasse alors le cadre de l'impératif catégorique de Kant. C'est un passage de la communauté (*Gemeinschaft*) à la société (*Gesellschaft*) où l'individu devient sujet de droit, voire créateur de droits, notamment subjectifs. C'est un dépassement du contrat social selon Rousseau, où la volonté générale ne peut errer, à la notion de légitimité qui s'opposerait parfois à celle de la légalité. Dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, on a trouvé un fondement juridique possible de l'éthique, conçue comme le droit à l'insurrection contre tout ordre

inique⁵⁵. Cette légitimité est une des valeurs clés de la responsabilité sociétale (Capron et Quairel-Lanoizelée, 2004, p.105).

On découvre alors dans la théorie de l'intersubjectivité d'Habermas, « la spécificité de l'éthique comme implication de l'acteur, qui décide, choisit, promeut sa norme » (1988, p.114), dans la droite ligne d'un Descartes (1596-1650) qui caractérise l'être humain dans toute sa subjectivité : *cogito, ergo sum...*

Concernant les entreprises, « il s'agit des engagements financiers, sociaux et environnementaux que l'entreprise décide de prendre au-delà de ses missions propres de production, pour contribuer (...) à la protection de la planète au respect des droits de l'homme, à la réduction des injustices ou à l'équilibre des continents » (Cardot, 2006, p.6). Les multinationales, dont les bénéfices parfois dépassent le PIB de plusieurs Etats réunis, sont visées au premier chef dans le cadre des démarches éthiques à entreprendre : elles représentent des instruments de prédilection compte tenu de leurs pouvoirs et de leur dimension internationale.

Mais les scandales financiers rappellent sans cesse les limites de l'affichage éthique. On se souvient à cet égard de l'affaire *Enron*. L'affaire *Enron* est l'exemple type de scandale à la fois financier, social, environnemental qui aurait pu être évité. Les signes avant-coureurs étaient pourtant nombreux : de l'éthique non respectée à la violation délibérée de la loi, il n'y a qu'un pas. De 1992 à 2002, Enron avait fait l'objet de 29 allégations de corruption, le gouvernement indien avait tenté de retirer son aval au projet entre 1995 et 1996; la Banque Mondiale en 1993 avait déjà refusé de financer le projet (prix de l'énergie était 4 fois plus élevé que localement). Les rapports des ONG pour la défense des droits humains étaient sans appel. Les actions ou omissions, l'inefficacité du contrôle des autorités comme la SEC ou des médias ont entraîné la chute de l'entreprise de même que la liquidation du plus gros cabinet d'audit, Arthur Andersen. La place financière de Wall Street a été déstabilisée. La responsabilité sociale est avant tout une responsabilité éthique et juridique au départ. Aucun autre cas ne dément cette chronologie.

<p>Enron en quelques chiffres 195 MDS de US \$ de CA 6^{ème} rang des entreprises américaines</p>

⁵⁵ Article II : Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.

21 000 employés dans le monde

85 000 souscripteurs ruinés

Le cas Enron n'est malheureusement pas isolé. Ont suivi en cascade : Parmalat, Vivendi, Worldcom, Tyco, Nortel, Ahold, EADS, Deutsch post, Siemens, UIMM, ou Madoff et Kerviel... S'agit-il de responsabilités au sens juridique du terme ? Ou d'éthique du droit des affaires ou tout simplement de morale des affaires ?

Cette question suppose préalablement, d'avoir démontré que l'éthique et l'économie se conjuguent (Gélinier, 1991).

Et c'est plus fondamentalement cette seconde antinomie sous-jacente qui peut faire douter du concept de code éthique ou moral. Car l'équation entre l'éthique et les performances économiques est loin d'être prouvée (Wirtz, 2008a, p.94). On constate, avec regrets, que le développement de l'éthique d'entreprise, ne rend pas les entreprises vertueuses (Vogel, 2008). C'est juste une manière de « faire passer la pilule libérale » (Girard, 2008, p.157, de Manteuil, 2009). L'écoblanchiment (*window dressing, ethical or green washing...*) fait encore recette, la sanction pour violation de l'éthique demeurant hypothétique.

La communication sociétale n'est alors pas exempte de « cosmétique » (Laget, 2009, p.22) ou de « markéthique » (Diener, 1993, p.19). Seuls les excès sont juridiquement attaquables.

Pour beaucoup, l'éthique d'entreprise constitue donc une « utopie moderne » (Boyer, 2002), parfois même, « un levier de manipulation idéologique » (Godelier, 2008, p.107). « L'utopie comme l'idéologie constituent un système de valeurs partagé par les membres du groupe qui s'y réfèrent, un 'prêt-à-penser' qui fonde les jugements de valeurs. Il s'agit donc d'un préjugé. » (Pesqueux et Martinet, 2013, p.134).

L'éthique est donc une « représentation de l'entreprise » (Salmon, 2009, p.57) ou le résultat d'une démarche qui se veut collective dans le but de créer « une institution de contrôle et de régulation (ordre, code) » (Godelier, 2008, p.115). L'éthique collective, ou normative qui en découle, peut paraître anachronique, au point de devoir remettre en cause l'idée soit de norme, soit d'éthique, dans la construction des lignes directrices de la responsabilité sociétale des organisations (Chapitre 3) du fait de « l'hétéronomie » (Salmon, 2009, p.62).

On observe pourtant ce phénomène paradoxal en pleine expansion dans la codification de l'éthique.

2. La codification de l'éthique : une nouvelle forme de régulation ?

L'éthique des affaires émerge, avant tout, du fait de la « crise des lois », dans un contexte de dérégulation mondiale (Le Tourneau, 2000 ; Gendron et Turcotte, 2003) et de lente montée en puissance de la société civile. L'incapacité de l'Etat à réguler la complexité de l'économie s'accompagne d'une « mutation » (Bauchet, 2003) et d'une « redistribution des pouvoirs » (Lebarbier, 2011 p.357). « C'est une « pseudo-normalisation » de l'ordre du micro-politique et non dépourvue d'arrière-pensée publicitaire. C'est une autonormalisation, une autoédiction, c'est-à-dire un transfert de légitimité et une justification de la disparition des organes de législation, (...) donc l'expression d'un rapport de forces. C'est une renormalisation par rapport à un univers de normes 'éclatées' ». (Pesqueux et Biefnot, 2002, p.72).

Entre l'éthique ignorée par les lois économiques et l'éthique intégrée dans des codes, il y a une place pour une éthique de la conformité ou éthique normative (Falise et Régnier, 1992). Car un code d'entreprise est avant tout un code normatif.

a) Définition d'un code de bonne conduite ou charte éthique

Un code ou charte éthique est un document écrit exposant les valeurs, les normes, les références, les pratiques managériales que l'entreprise entend appliquer en interne ou vis-à-vis de ses parties prenantes externes, en vue d'améliorer ses performances (Mercier, 2004 ; Cardot, 2006 ; Capron et Quairel-Lanoizelée, 2004). Ainsi, sont développées des performances organisationnelles (professionnalisme, innovation, excellente qualité...) mais aussi, des performances relationnelles (respect, confiance, responsabilité, esprit d'équipe, intégrité...).

Ces codes sont extrêmement variés dans leurs appellations (Ballet, de Bry et *alii*, 2011, p.315)⁵⁶. A partir de la jurisprudence, Pascale Deumier a dressé « un inventaire à la Prévert » (2008, p.338) de tous ces documents éthiquement connotés, n'ayant pas moins conduit les entreprises à un contentieux judiciaire, parfois même jusque devant la chambre criminelle de la Cour de cassation⁵⁷. L'imagination débordante de leurs auteurs est révélatrice du flou régnant sur la terminologie, parfois même à connotation religieuse, de ces nouveaux documents internes aux entreprises reposant à la fois sur des normes, des valeurs ou des

⁵⁶ Règles de conduite des affaires (IBM France), Ethique et management (groupe Accor), La passion du service (AGF), Les dix commandements (Renault), La charte de l'excellence (Syntex), Principes d'action (Lafarge, Rhône-Poulenc, Elf), Les dix valeurs (Bouygues), Livre bleu (Rank Xerox), Ambition et valeurs communes (Lyonnaise des Eaux), Principes de responsabilité (Arcelor)...

⁵⁷ Règles de bonne conduite du marché des changes, Crim. 30 nov. 2005, n°04-86.905, inédit ; Charte de la Mère Poulard, Crim. 3 sept. 2002, n°01-86.760, inédit ; Charte réseau bienvenue à la ferme, Crim. 25 nov. 1998, n°97-86.245 ; Charte du boulanger authentique, Crim. 15 déc. 1992, Bull.crim., n°240

principes. Et pour autant, malgré des références chrétiennes, les dirigeants se défendent de développer en entreprise un « nouveau catéchisme » (Moussé, 1992).

La notion de code est issue du codex romain (III^{ème} siècle), c'est-à-dire un livre qui supplante le papyrus. Aujourd'hui c'est une version moderne dans les dispositions normatives édictées par l'Etat. Le terme de charte rappelle la charte de franchise, octroyée par le Seigneur, consacrant le droit des communes et leurs privilèges (Ballet, de Bry et *alii*, 2011). C'est également la version moderne des lois constitutionnelles d'un Etat. On distingue encore parfois la charte éthique, plus marquée du sceau de l'acte fondateur, des codes de bonne conduite et de bonne gouvernance en général plus axés sur des normes de conformité. Ces différences de caractéristiques liées à l'histoire tendent à s'estomper dans la pratique.

En entreprise, ces codes ou chartes éthiques contiennent une déclinaison de tout ou partie des textes internationaux ou européens servant de fondements aux normes éthiques d'origine publique. C'est une forme d'autorégulation par des règles internes qui institutionnalise la responsabilité de l'entreprise. Un code éthique, par définition, est donc normatif puisqu'il opère un classement voire une sélection entre différentes normes, principes ou valeurs qui a vocation à s'imposer, ou tout le moins à servir de référence, pour les parties prenantes concernées, qu'elles aient d'ailleurs été associées ou non à sa rédaction.

Depuis le début des années 90 un nombre croissant d'entreprises de grande dimension (1000 salariés au moins) disposent d'un code éthique dans des domaines relevant du développement durable comme les relations dans le travail, la sauvegarde de l'environnement, le respect des droits humains, la protection des consommateurs et la lutte contre la corruption (Ballet, de Bry et *alii*, 2011, Pereira, 2008, spéc. état des lieux note 1). Le mouvement est venu des Etats-Unis (Mercier, 2004, p.43 ; Gendron, 2006), suivant les sept recommandations du *Federal Guidelines for Sentencing Organisations* (1991), qui fait suite au *Foreign Corrupt Practices Act* (1977). Aux Etats-Unis, il représente une incitation forte à adopter des bonnes pratiques, ayant pour objectif la modulation des peines en cas de contentieux ; en France, l'objectif principal est de prévenir les conflits d'intérêts (Pesqueux et Biefnot, 2002, p.82-83). Ces codes déontologiques ou de « bonne conduite » complètent l'édifice législatif ou réglementaire mais interrogent sur leur portée juridique : quelle est l'efficacité d'un code éthique qui promeut sa propre norme, sans référence sinon implicite aux normes juridiques ? Quels sont « les risques de dérapage avec, à la limite, un passage à un état de droit à un état de fait où chacun apprécierait librement la nécessité d'appliquer la loi » (Falise et Régnier, 1992, p.40) ?

b) Portée normative d'un code éthique

Le code de conduite consiste, selon l'OCDE, en un « engagement souscrit volontairement par les entreprises, associations ou autres entités qui fixent des normes et des principes pour la conduite des activités des entreprises sur le marché »⁵⁸. Il participe au développement de la *soft law* et a pour principaux objectifs de *compliance*, d'une part de protéger les actifs et la réputation de l'entreprise, d'autre part de sécuriser les relations dans le travail et avec les tiers. C'est un instrument de gestion dont l'objectif est d'asseoir une certaine légitimité, par le développement de la motivation, l'appartenance à un groupe et de la culture d'entreprise pour gagner en stabilité, en prévisibilité et mieux lutter surtout contre les pressions nombreuses tant juridiques, médiatiques, que consuméristes. Il n'est dans ce cadre guère surprenant de découvrir des règles éthiques à la source de ces codes ou autres chartes de « bonne conduite ».

Mais, derrière l'oxymore ou plus exactement le vernis éthique, il convient de déterminer la nature véritable de la règle. Car l'entreprise offre, en réalité, des réponses techniques et procédurales, sans véritable réflexion éthique préalable. Cette visée instrumentale relève alors plus de prescriptions normatives que de valeurs, d'un acte unilatéral imposant un comportement obligatoire que d'un consensus sur une conduite recommandée. C'est déjà une forme de transgression dans la méthode (Vermesch, 2007). Le plus pernicieux réside dans le contenu même de ces chartes éthiques qui regorgent d'injonctions plus paradoxales les unes que autres, entre le respect des valeurs exigées explicitement et les objectifs ambitieux de performances économiques ou financières. Les juristes sont soucieux de préserver alors une ligne de conduite dans l'appréciation de ces codes, cherchant, derrière le masque de l'éthique à sanctionner les comportements illégaux. En France, ces codes suscitent parfois le mépris ou la méfiance (Delga, 2004) et au lieu de servir de bouclier en cas de contentieux éventuels, comme aux Etats-Unis (Lefebvre-Dutilleul, 2012, p.279s.), ils peuvent au contraire déclencher un fait générateur de responsabilité : ils deviennent opposables, au moins à leurs rédacteurs, dans le traitement des non-conformités. Car les juges ne sont pas liés par la qualification de la règle, fût-elle en apparence éthique. La sévérité des juges est à la mesure de l'efficacité redoutable de ces outils de la *soft law*.

De nombreux juristes considèrent même si le mélange des genres entre normativité éthique et normativité juridique dérange (Koubi, 1998 ; Desbarats, 2003b) que tout engagement

⁵⁸ OCDE (2001) Responsabilité des entreprises, Initiatives privées et objectifs publics, p.53 V.Chap.3 : étude du contenu de 256 codes de conduite

volontaire peut au moins devenir sources d'obligations civiles naturelles sinon contractuelles. S'ils ne participent pas à la moralisation de la vie des affaires, ils deviennent des outils juridiques au service de la logique économique, notamment dans la gestion des risques et des défaillances. Cette oscillation fréquente entre l'affichage des valeurs et la tentation d'énumérer des devoirs (Livet, 2006) ne laisse pas les juristes indifférents (Lefebvre-Dutilleul, 2012) quoique la valeur juridique des codes dits « éthiques », soit, *a priori*, inexistante, quant à la forme. Il est difficile de légiférer sur la vertu. Mais l'interrogation sur la nature des codes éthiques se pose parfois en termes juridiques : publicité ? acte unilatéral ? consensus ? contrat moral ? contrat juridique ? Et plus spécifiquement en droit du travail, l'allégation de pouvoir réglementaire, ou pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise, est régulièrement évoquée.

A cet égard, la jurisprudence évolue depuis peu, de manière symptomatique. Si, seul le salarié avait le droit d'invoquer les engagements unilatéraux pris par l'employeur⁵⁹, à l'appui d'un contentieux prud'homal ou de les contester comme attentatoires aux libertés fondamentales⁶⁰ et aux principes du procès équitable⁶¹, ces codes éthiques peuvent, aujourd'hui, s'ils sont considérés comme une « obligation découlant du contrat de travail », servir de justification pour un licenciement. C'est la même logique que celle du « *comply or explain* » (se plier ou s'expliquer) adopté pour les codes de gouvernance. Ainsi, le fait de ne pas respecter « un code d'éthique professionnelle » ou « code de déontologie », reçus avec le contrat de travail, ou le refus répété et non justifié de signer ces documents professionnels - dont un code éthique déclaré opposable à la salariée - ont entraîné un licenciement pour cause réelle et sérieuse⁶², notamment pour absence de loyauté et de probité⁶³ vis-à-vis de l'employeur.

⁵⁹ CA Versailles, 29 juin 2011, n°10/04466

⁶⁰ Cass. soc., 8 décembre 2009 : Affaire Dassault-Systèmes, pourvoi n°08-17-191, arrêt n°2524 (un dispositif d'alerte professionnelle qui porterait atteinte à la liberté d'expression des salariés serait donc contraire à l'article L.1321-3, 2° du Code du travail qui « interdit d'apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives, des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir, et proportionnées au but recherché »).

⁶¹ CJCE 18 octobre 1989, aff.374/87 Orkem c/Commission (droit de la défense dans le cadre d'une procédure pénale)

⁶² Cour de cassation, chambre sociale, 26 février 2013, N° de pourvoi: 11-26949 : « Mais attendu qu'ayant constaté qu'aucun élément produit aux débats ne permettait de justifier les refus opposés par la salariée à adhérer à des *documents d'origine professionnelle* et *qui avaient pour objet la marche de l'entreprise*, telle que l'avait définie l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction et qu'il s'ensuivait que les refus systématiques opposés sans motif sérieux par la salariée à sa hiérarchie constituaient des manquements à ses *obligations découlant du contrat de travail* qui étaient de nature à en justifier la rupture, la cour d'appel, exerçant les pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 1235-1 du code du travail, a ainsi décidé que les faits reprochés à la salariée constituaient une cause réelle et sérieuse de licenciement »

⁶³ Cour de cassation, chambre sociale, 15 décembre 2009, N° de pourvoi: 08-42917 inédit

Toutefois, le caractère disciplinaire de certains codes éthiques équivaut à une adjonction au règlement intérieur s'ils en respectent les modalités d'établissement, sinon ils sont jugés nuls et non avenus⁶⁴. Le règlement intérieur dans le cadre du pouvoir de direction de l'employeur est un acte unilatéral. Mais ce pouvoir normatif de l'employeur est fortement encadré par la loi qui impose (art. L.1321-5 du Code du travail) la consultation des représentants du personnel, la communication à un inspecteur du travail et l'accomplissement des formalités de dépôt et de publicité. De surcroît, le règlement intérieur ne peut fixer une échelle de faute. Il ne peut aborder que deux groupes de questions (L.1321-1 du Code du travail) : les mesures d'hygiène et de sécurité au travail et les règles disciplinaires, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur, la procédure, et les droits de la défense dans les limites fixées par les dispositions légales. Mais, la notion de discipline reste floue...⁶⁵

Les « lignes éthiques » (*whistleblowing*), souvent associées à ces codes de déontologie, constituent également « un outil problématique au cœur de la RSE » (Didier, 2011). En France, une autorisation unique AU-004 a été mise en place par la CNIL (Commission Nationale Informatique et Libertés) pour gérer ces dispositifs d'alerte professionnelle, issus de la loi américaine Sarbanes-Oxley, qui permettent aux employés d'une part de signaler à leur employeur des comportements qui seraient contraires aux règles de droit français, applicables dans les domaines financier, comptable, bancaire, de lutte contre la corruption et de la concurrence, d'autre part, d'organiser la vérification de l'alerte au sein de l'organisme concerné. Ces codes autoproclamés ou systèmes d'alerte éthique pouvant être contraires au droit du travail, les juges, dans leur pouvoir souverain d'appréciation, n'hésitent pas habilement à en faire un usage contre l'employeur qui les invoque⁶⁶. Ainsi, subtilement, la « charte associative Deloitte » n'a pas été assimilée à un pacte d'actionnaires extrastatutaire mais, au contraire, à un avenant au contrat travail dont une seule clause a été annulée comme contraire à l'ordre public : les clauses compromissaires sont en effet interdites entre

⁶⁴ Circulaire DGT 2008/22 (19 novembre 2008) relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur

⁶⁵ Rapport au Gouvernement d'Antonmattei P.-H. et de Vivien Ph. (2007) : « Charte d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français: état des lieux et perspectives », La Documentation française ; Dr. Soc.2007, 522

⁶⁶ Cour de cassation, chambre sociale, 30 novembre 2011, N° de pourvoi: 11-12905 11-12906, Publié au bulletin Mais attendu « que la charte associative Deloitte se définit comme un *code interne de reconnaissance professionnelle* applicable dans l'ensemble des sociétés du groupe Deloitte, auquel adhèrent les salariés des sociétés du groupe dès lors qu'ils atteignent un niveau de responsabilité et qu'ils sont choisis par leur employeur en raison de leur ancienneté et de leurs résultats, la cour d'appel en a déduit à bon droit, sans encourir les griefs du moyen, que la charte constituait pour les stipulations concernées un avenant au contrat de travail et que, dès lors, la clause compromissoire qui y était stipulée était inopposable aux salariés en application de l'article L. 1411-4 du code du travail »

employeurs et salariés. Dans le même ordre d'argument favorable au salarié, la Cour de cassation a jugé que la « Charte du football professionnel a valeur de convention collective »⁶⁷ pour obliger un employeur à convoquer une commission de conciliation.

La responsabilité contractuelle d'une entreprise peut donc être engagée dès lors qu'elle affiche un code qu'elle n'a pas respecté⁶⁸. Si, en France, ces codes éthiques ne constituent pas toujours des circonstances aggravantes justifiant une sanction plus drastique des juges contre les contrevenants voire contre les entreprises en disposant, ils sont susceptibles d'aider à caractériser l'intention en droit pénal⁶⁹, par « effet boomerang » (Lefebvre-Dutilleul, 2012, p.184-185).

Car cette prolifération de normes « non juridiques » n'ont parfois qu'un seul but : échapper aux contraintes légales actuelles ou futures, par un jeu de *lobbying* extrêmement bien échafaudé. Un véritable transfert de pouvoir par rapport aux prérogatives institutionnelles s'établit progressivement, au profit du gouvernement d'entreprise, conçu alors comme une nouvelle idéologie (Pesqueux, 2000 ; 2007a, p.71) destinée à « la recomposition des règles et des conventions formelles et informelles qui permettent la nécessaire coopération des acteurs » (Charreire Petit et Surply, 2008, p.118). Les entreprises sont dites, tantôt réactives, tantôt proactives, l'éthique représentant un alibi plus qu'une finalité dans cette créativité normative. Plus que le respect du principe de légalité, les entreprises cherchent une nouvelle légitimité dans la formalisation de leur responsabilité sociétale.

⁶⁷ Cour de cassation, chambre sociale, 26 septembre 2012, n° de pourvoi: 11-18783, Publié au bulletin

⁶⁸ Cass. Civ. 2^{ème} pourvoi n° 02.19600, publié au Bulletin, 10 juin 2004 (L'annonce passée par La Centrale des Particuliers n'était pas conforme aux engagements de contrôle pris dans le cadre de la charte éthique de ce Journal)

⁶⁹ - Cour de cassation, chambre commerciale, 3 avril 2013, n° pourvoi 12-13314 (pratique commerciale agressive contraire à un code de bonne conduite susceptible d'entraîner la majoration du CA) : « Mais attendu que l'arrêt relève qu'il résulte des attestations délivrées par plusieurs patients et par M. Z..., « commercial » d'un laboratoire, que Mme X... avait pris l'habitude d'augmenter son chiffre d'affaires en utilisant des moyens anormaux qu'il énumère ; qu'il relève encore, en se référant à plusieurs attestations délivrées par des pharmaciens exploitant des officines à proximité, que Mme X... *avait développé des pratiques commerciales agressives en vue de capter une partie de leur clientèle en ne respectant pas le code de bonne conduite établi entre eux et en démarchant des clients et que, là aussi, il en était résulté un chiffre d'affaires qui n'aurait pas existé si ces règles et le code de déontologie avaient été respectés* ; qu'après avoir enfin relevé que Mme X... avait déclaré lors de la cession qu'elle exploitait régulièrement l'officine, conformément aux dispositions du code de déontologie des pharmaciens et du code de la santé publique, l'arrêt retient que ces *manœuvres et pratiques inhabituelles, voire contraires au code de déontologie, ont été cachées* à Mme Y... lors de la cession ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations motivées desquelles il résulte que Mme X... avait, par des procédés anormaux et irréguliers, majoré le chiffre d'affaires de l'officine et que Mme Y... avait contracté dans l'ignorance de cette situation qui lui avait été dissimulée, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ».

- Cour de cassation, chambre sociale, 14 octobre 2009, n° pourvoi 08-42206 : en l'espèce, la violation du code éthique n'a pas servi à caractériser la tromperie vis-à-vis de l'employeur.

Or, la valeur morale de ces codes éthiques « pétris de valeurs » (Deumier, 2009c, p.77) est tout à fait subjective. Ainsi « le *whistle-blower* » est considéré dans le droit américain comme une personne qui agit par sens civique, alors qu'en France, il est perçu comme un délateur (Hagège, 2013, p.63 ; Behar-Touchais, 2010, p.3). Mais, les lanceurs d'alerte dans le monde, qu'il s'agisse d'une alerte professionnelle ou citoyenne, ne sont pas suffisamment protégés⁷⁰. La valeur juridique des chartes éthiques, quant au contenu, serait même contestable du fait de la sélection qu'elles opèrent, à l'instar du Pacte mondial des Nations unies, parmi les droits de l'Homme. Parfois même, la valeur de ces codes est remise en cause car elle est fautive voire trompeuse⁷¹. A ce titre, une charte éthique peut tomber sous le coup de l'incrimination pour publicité mensongère⁷².

Mais, ces codes sont considérés désormais, le plus souvent, comme « un vecteur d'intégration de la norme juridique par les acteurs de l'entreprise » (Roquilly, 2011, p.29). La force normative des chartes ou codes éthiques est alors ouvertement posée (Mazuyer, 2009) car ces normes d'origine privée deviennent opposables. Or, si la discussion sur la vertu de ces codes se poursuit, en revanche, « une norme juridique ne cesse pas d'être juridique lorsqu'elle n'est pas respectée » (de Béchillon, 1997, p.61). Que leur valeur juridique soit contestée ou non ou que leur éthique soit respectée ou non, ces chartes ou ces codes vont donc demeurer sous contrôle du juge (Meyrat, 2010), et du législateur⁷³.

En résumé de cette évolution de la jurisprudence et des textes sur les cinq dernières années, nous pouvons donc conclure qu'il existe bien une reconnaissance par le droit positif de normes éthiques produites par différentes organisations, dès lors qu'elles revêtent un caractère professionnel, déontologique voire disciplinaire.

L'Etat n'ayant plus le monopole de production des normes, la régulation par les normes, quelle qu'en soit leur source, a pris place au côté de la réglementation étatique. A l'indifférence succède une prise en considération au cas par cas. L'articulation s'opère au gré des contentieux éventuels. Dans la casuistique étudiée, se dégagent même les prémisses d'une

⁷⁰ L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté, le 29 avril 2010, la Résolution 1729 (2010) et la Recommandation 1916 (2010) sur la protection des « donneurs d'alerte ». V. également, Rapport de l'ONG Transparency International (2013) sur les dispositifs dans l'Union européenne http://www.transparency-france.org/e_upload/pdf/eu_whistleblower_report_final_web.pdf ; Rapport sur l'alerte éthique en France http://www.transparency-france.org/e_upload/pdf/rapport_ti_2012_sur_lalerte_ethique_janvier_2013.pdf, par Nicole Marie Meyer

⁷¹ Au point que la directive européenne du 11 mai 2005 n°2005/29 CE relative aux pratiques commerciales déloyales qualifie la violation des Codes de conduite de pratique commerciale trompeuse.

⁷² Affaire Kasky c/Nike (2 mai 2002), 27 Cal. 4th 939 (n° S087859).

⁷³ Ex : Loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte

prise en compte de la volonté dans la hiérarchie des normes bousculant des idées reçues (Amselek, 2000). On note ainsi qu'une charte éthique peut valoir engagement contractuel et qu'elle constitue parfois un complément indissociable du contrat de travail que le salarié ne saurait refuser sans motif. Si le consentement ne saurait être présumé, le silence vaut consentement dès lors que l'information est transmise. C'est une petite révolution. **Toutefois, la violation d'un code éthique ne peut pour l'instant à elle seule justifier un licenciement; elle représente une circonstance que le juge prend en compte parmi d'autres éléments de preuve du motif personnel de licenciement. Dans les relations commerciales, la signature d'un code de bonne conduite peut valoir présomption de loyauté, autrement dit jouer le rôle d'une présomption de bonne foi renforcée.**

Elle peut désormais être invoquée par l'une ou l'autre des parties au procès avec succès. En revanche, l'exception d'illégalité peut être soulevée contre une charte éthique, voire être relevée d'office comme moyen de droit par le juge dès lors que certaines dispositions de la charte sont contraires à une loi d'ordre public. Les normes éthiques peuvent donc déroger aux lois supplétives, comme toute forme de manifestation de volonté à laquelle le juge attache des effets de droit. Elles peuvent aussi être considérées comme des usages professionnels qui sans déroger à la règle générale, viennent compléter l'édifice normatif dans certains secteurs d'activité. Dans le domaine financier, les recommandations de l'AMF deviennent, à ce titre, juridiquement opposables : elles représentent presque un guide de bonnes pratiques déontologiques.

En conclusion, « on peut certes considérer que les codes de conduite concourent à des formes de régulation hybrides, mais leur atomisation, leur morcellement et leurs disparités conduisent à en faire plus une multitude de régulations autonomes qu'une régulation globale cohérente. » (Capron et Quairel-Lanoizelée, 2010, p.71). En outre, un code éthique n'est peut-être pas moral puisque ses visées sont utilitaristes. C'est la critique la plus fondamentale adressée à l'éthique économique. La crainte de l'instrumentalisation de l'éthique est sans nul doute, d'un point de vue conceptuel, l'argument le plus difficile à surmonter pour accepter l'idée d'une éthique normative.

L'éthique économique pénètre le juridique et devient normative : c'est un fait. Dissoute dans le droit positif, elle risque de perdre son caractère exclusivement moral. C'est là encore un autre reproche que les contempteurs de l'éthique normative avancent pour refuser le mélange des genres. Le débat est ainsi posé sur la responsabilité sociale des entreprises, responsabilité éthique (Vallaey, 2011) par excellence, pour savoir si cette responsabilité dite « au-delà de la

loi » (Gendron, 2010, p.75) n'est pas seulement une nouvelle forme de responsabilité juridique (V. chapitre 2).

La promotion de ces nouvelles normes, imbriquées dans la loi, s'est opérée à la faveur de la reconnaissance de principes fondés sur différentes valeurs, comme une réponse à un questionnement sur le sens de l'action des organisations, tant publiques que privées. Le recul de l'Etat-Providence a renvoyé chaque acteur, individuellement, face à ses responsabilités. Cette tendance à l'autonomisation des acteurs a été lancée par les pouvoirs publics eux-mêmes qui ont accordé, de fait ou de droit, des prérogatives d'agent économique et politique à la fois à des autorités publiques, puis des organisations privées et enfin à la société civile (Blondiaux et Fourniau, 2011, Mazeaud *et alii*, 2012). Une nouvelle approche procédurale de la normalisation s'est alors mise en place avec un équilibre entre de multiples pouvoirs fondés sur de nouveaux principes et valeurs.

Sous-section 2. Principes, valeurs et droits de l'Homme

Suivant la définition de Chatel sur les normes dans l'Encyclopédia Universalis on peut lire : « Les *normes* définissent le comportement approprié au niveau des usages ou de la conduite requise au niveau des mœurs et des lois ; elles impliquent donc l'existence de *principes plus généraux* à la lumière desquels leurs prescriptions et leurs interdits peuvent être légitimés. C'est à ses principes qu'on entend donner dans la sociologie contemporaine le nom de *valeurs* ».

Les normes IFRS (*International Financial Reporting Standards*) basées sur des *principes* et non sur des règles laissent une importante marge de manœuvre aux entreprises pour comptabiliser certains engagements. La comparaison entre entreprises d'un même secteur, voire d'une année sur l'autre pour la même entreprise, devient incertaine. L'entreprise Enron a utilisé cette marge concernant les engagements pour réaliser des opérations comptables frauduleuses et présenter abusivement d'énormes profits. Les institutions qui déterminent les règles de l'IFRS ne sont ni mandatées ni contrôlées démocratiquement. Leur légitimité est alors régulièrement contestée. L'IASB (*International Accounting Standards Board*) qui édicte les règles est une fondation privée où siègent les grands cabinets d'audit et les grands établissements financiers de la planète. Le Comité de Bâle qui émet des avis sur ces règles financières est composé essentiellement de représentants de banques centrales souvent hors contrôle démocratique.

La violation du *principe* de précaution, applicable dans une zone d'incertitude scientifique et en cas de crainte d'un dommage irréversible, ne peut également s'apprécier qu'au stade de la réparation. Pourtant, il permet d'éviter une prise de risque inutile, et ce instantanément, en cas de doute, dès sa mise en œuvre. Principe d'action ou d'inaction, il est une forme de conscience du risque, la prise en compte du long terme dans les décisions managériales, avec pour finalité les Droits de l'Homme. Il relève bien plus souvent de l'utopie, de l'intuition ou du pari, que d'un véritable principe juridique.

On pourrait ainsi multiplier les exemples où l'on découvre de nouveaux principes, comme de nouvelles normes : leur « prolifération est épidémique » (principe de transparence, d'indépendance....) et remplacent la loi, comme référence (Pesqueux, 2011a, p.100). Or, ces principes, parce qu'il fixe un référence au-dessus des autres portent en eux un jugement : c'est en ce sens qu'il se rapproche des valeurs (V. chapitre sur le capital humain). Le terme est ambigu et dénote là encore une dérive dans le cadre du marché. Ce sont ajoutés de nouveaux principes (*accountability, comply or explain*) sur lesquels nous reviendrons avec un esprit critique (Partie 2). Toutefois, nous pouvons ici noter les rapprochements entre principes et droit.

1. Principes

Les principes généraux sont une source du droit. Ce sont des normes dites fondamentales appartenant à l'ordre juridique positif international, consacrés dans par tous les systèmes juridiques (ex : principe de souveraineté des Etats).

Il existe plusieurs catégories de principes dont la portée juridique décroissante est la suivante:

Principes à valeur conventionnelle (valeur des traités et conventions internationales)	Charte des droits et devoirs économiques des Etats (1974)
Principes à valeur coutumière	Déclaration sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles (1962)
Principes généraux du droit	Déclaration universelle des droits de l'Homme (1948)
Principes n'ayant pas encore valeur de droit positif (valeur de précédents qui deviendront du droit positif qu'à la suite d'une confirmation par la pratique coutumière ⁷⁴)	Conférence des Nations unies de Stockholm de 1972 sur l'environnement, Charte mondiale de la nature (1982)

L'exemple de la France, pays des Droits de l'Homme, est symptomatique. En 1789, la déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen était proclamée par les Révolutionnaires. La Constitution de la IVème République française (1946) y faisait référence dans le Préambule, avec la Charte des Droits sociaux annexée. Il en est de même dans la Constitution actuelle de notre Vème République (1958). Mais il a fallu attendre 1971⁷⁵ pour que tous ces droits, inclus dans le Préambule, fassent partie intégrante de ce que l'on appelle le bloc de constitutionnalité, c'est-à-dire soient considérés comme ayant **valeur constitutionnelle**. Dans un système de droit écrit, c'est la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui a permis une telle avancée, presque deux siècles s'étant écoulés.

Ils ne sont pas pour autant invocables directement devant un juge. La loi fait écran. Le justiciable a cependant la possibilité de soulever ce que l'on appelle l'exception d'illégalité (de la loi par rapport à la Constitution) pour obtenir gain de cause, et depuis 2010, les QPC (questions prioritaires de constitutionnalité). Ainsi, le contrat première embauche (CPE) a-t-il été invalidé par la Cour de cassation, au regard de la convention internationale n°158 de l'OIT (droit dérivé de la création de cette institution internationale) dont relève la France dans la hiérarchie des normes.

Les normes RSE engagent toute forme d'organisation à respecter les droits de l'Homme voire à les promouvoir comme les Etats (ex : NF/ISO ISO 26000) alors qu'elles n'y sont pas

⁷⁴ On parle de « coutumes » lorsqu'il s'agit de pratiques d'acteurs publics institutionnels tels les Etats; le vocable « usages » est réservé aux acteurs privés (ex : *lex mercatoria*)

⁷⁵ Décision du Conseil constitutionnel, 16 juillet 1971, A.J. oct 1971, 537, note Rivero

directement soumises, et quand bien même l'Etat qui a ratifié les conventions internationales ne les applique guère. Dans certains pays, on parle, en matière de droits de l'Homme, de loi constitutionnelle (pays de la *Common Law*).

Plus récemment, le principe de précaution, issu de la Déclaration de Rio de 1992, et traduit dans notre Charte française de l'environnement depuis 2005, a **valeur de loi constitutionnelle**, suite à deux décisions du Conseil constitutionnel, c'est-à-dire qu'il est directement invocable devant le juge français en dépit de l'absence de texte de transposition, comme une loi... Cette nuance est importante, car ce principe est d'application obligatoire par les autorités publiques dès lors que les Etats ont ratifié des conventions internationales intégrant ce principe; mais les entreprises n'y sont pas directement soumises... sauf si justement elles s'engagent à respecter, outre la loi, des normes RSE.

La mondialisation du droit brouille les repères classiques du droit et surtout autorise dans une logique économique à calculer le coût de fonctionnement des systèmes juridiques, voire à l'évaluer pour porter un jugement sur la règle de droit en tant qu'outil de gestion. Cette dérive conduit à poser la question sur les valeurs ou la valeur au sens normatif

2. Les valeurs

Pour des investisseurs potentiels, la Banque mondiale a été tentée de calculer l'efficacité économique des systèmes juridiques et de les comparer entre eux depuis 2004 (Pesqueux, 2007c, p.3). Chaque année depuis lors sort un rapport (« Doing Business de l'IFC ») qui émet un avis sur les réglementations à destination des PME⁷⁶. Une véritable mesure du droit s'instaure (Barraud, 2013). Mais qu'advient-il quand les droits humains ne sont pas « rentables » ou limitent la rentabilité d'une entreprise ? (Maurel, 2009).

Néanmoins, les valeurs ne sont pas qu'économiques : elles peuvent être morales donc se rapprocher à ce titre de l'éthique normative, dès lors qu'elles instaurent un système de valeurs pour d'éventuelles normes. On a ainsi des valeurs dites terminales ou instrumentales (Bergery, 2011, p.40-41) qui relèvent autant de la morale, que de normes éthiques (V. Partie 2, chapitre sur le capital humain).

La différence avec les normes est alors ténue. Ne peuvent relever de la catégorie des normes, que des référentiels fondés sur des actes de volonté non plus sur une intensité variable de force contraignante. Il n'est donc plus possible de les classer selon leur nature mais selon leur

⁷⁶ *Doing Business* 2013 : Des réglementations intelligentes pour les petites et moyennes entreprises ». Comparaison des réglementations s'appliquant aux entreprises locales dans 188 économies.

finalité. En outre, une confusion s'instaure car l'Etat n'a plus l'exclusivité sur certaines normes en fonction de leur objet.

Les principes généraux ou les droits fondamentaux s'imposent ainsi à toute autorité, à toute personne publique ou privée. A la hiérarchie des normes correspond alors une hiérarchie des valeurs (Beignier, 2001). Et, dans l'ordre des valeurs ou du droit, on trouve également les droits de l'Homme.

3. Les droits de l'Homme

Les droits de l'Homme sont à la croisée des chemins. Compte tenu de la perte de souveraineté des Etats ou de leurs abus, ils prennent place dans l'univers des normes. **Mais ces droits sont en fait des prérogatives et parce qu'elles sont accordées à des sujets, elles constituent des droits subjectifs. Ce ne sont pas des normes, au sens de règle de droit objectif. On ne peut pas écrire par exemple que le droit de propriété est une norme. C'est un droit réel, c'est-à-dire un pouvoir direct et immédiat accordée à une personne.** Pour autant l'évolution des droits de l'Homme (trois générations de droits individuels) et leur fusion (Benyekhlef, 2008, p.225) dans le cadre du droit au développement (durable) interpelle le juriste sur le plan normatif. Les droits de l'Homme sont à la fois un instrument de pouvoir (contre les Etats, puis contre les abus des grandes entreprises et de la mondialisation économique avec l'appui des Etats) et un instrument juridique. Ils relèvent tout autant du droit naturel, du droit positif (revendications progressivement reconnues et accordées contre les Etats) que du droit objectif (garantie de l'Etat dans l'établissement de droits économiques et sociaux). La mondialisation du droit a fait naître des incertitudes et un désordre normatif : le droit naturel, « tel un phénix renaît » (Kayser, 1998, p.387) contre toutes les critiques positivistes, réhabilité par tout ce courant porteur des droits de l'Homme : sa force normative réside dans la suprématie que le droit positif accepte de reconnaître aux droits de l'Homme. Car ceux-ci deviennent opposables partout dans le monde, comme un fait incontournable (droit positif). Et parce que des conventions internationales, même économiques, pour permettre de faire jouer la clause de la nation la plus favorisée, les reprennent à leur actif, ceux-ci progressent parfois déconnectés de fondements juridiques solides (Carbonnier, 1996 ; Granet, 2001, Beignier, 2001) selon une logique contractuelle transnationale (contrat naturel). Nous leur consacrerons deux chapitres (V. Partie 2 et Partie 3), dans une perspective critique compte tenu de leur fragilité, et comme préconisations dans le cadre de l'éthique de la RSE. « Il ressort de ce rapide tour d'horizon qu'on ne peut conclure à l'émergence d'un mode de régulation unique ni même affirmer que les tendances actuelles permettent d'y conduire. On

s'achemine plutôt vers une régulation internationale à gouvernance polycéphale autour de quatre pôles : l'autorégulation des entreprises (en association éventuelle avec des partenaires), la normalisation professionnelle, la négociation collective internationale (pouvant intégrer des organisations de la société civile) et des conventions interétatiques. » (Capron et Quairel-Lanoizelée, 2010, p.71). C'est le passage de l'Etat « gérant » à l'Etat « garant » (Barbiéri et Monserie-Bon, 2003).

Chapitre 2. Un système normatif outre l'Etat

À la prééminence de l'État, principal acteur des relations interétatiques, se substituent, avec le phénomène de mondialisation économique, d'autres institutions publiques puis privées dotées d'une autonomie politique, de plus en plus importante, et établissant des relations transnationales, qui finissent par échapper au contrôle des Etats. Des logiques concurrentes s'affrontent. Les Etats ne représentent plus, au mieux, que des contre-pouvoirs, légitimes ou non. La souveraineté des Etats, institutionnalisée à partir du milieu du XVII^{ème} siècle, s'est affaïssée. Un « système-monde » (Robé, 2011) conséquence d'une « économie-monde » (Roche, 2009) prend le relais. Les instruments de régulation de la vie internationale envisagés uniquement sous l'angle normatif changent de nature, l'économique précédant le politique. Les Etats sont relégués au rang de « partie prenante » parmi d'autres. Il en résulte plusieurs conséquences sur le système normatif : celui-ci relève d'une véritable « hétérotopie » (Foucault 1984), la norme n'ayant plus de territoire ; la production de normes étant dissociée entre le monde économique et le monde politique, on assiste à la mise en place d'une gouvernance en réseau dans un cadre normatif hétéronome. Les entreprises prennent place dans ce concert, elles qui n'étaient jusque-là qu'objet du droit international. Elles deviennent (Orsoni, 2008, p.5) actrices sur la scène internationale, réduisant les frontières entre sphère publique et sphère privée. La société civile émerge également sur la scène politique.

Section 1. L'hétérotopie

Pour expliquer les mutations normatives auxquelles nous assistons, il convient d'exposer brièvement cette remise en cause de la souveraineté des Etats avec la montée en puissance corrélative des entreprises, qui pourtant, réalités économiques, n'ont pas d'existence en droit. Les traités de Westphalie (1648) qui avaient mis un terme à la guerre de Trente ans et surtout à « l'ordre médiéval » (Roche, 2009, p.98) en établissant l'Etat comme clef de voûte d'un système international public entrent désormais dans l'histoire. L'Etat-nation qui lui a succédé au XVIII^{ème} siècle tend à disparaître au profit de souverainetés économiques (Robé, 2011). L'Etat ne possède plus qu'une primauté de façade. D'Etat gendarme, il passe à l'Etat providence. Enfin, celui-ci s'essouffant, depuis les crises majeures de la fin du siècle dernier (V. La crise de la responsabilité Chapitre 2 Titre 2), une nouvelle ère s'ouvre où les entreprises deviennent motrices dans la régulation aux côtés des Etats. C'est cette révolution qui précède l'engouement pour la responsabilité sociale de l'entreprise dans la logique des

pouvoirs octroyés du fait de la faiblesse voire le désengagement des Etats (Roche, 2009 ; Gendron, 2010, Pesqueux, 2000). Dans cette logique, la RSE n'aura pas non plus de frontière car le système postmoderne s'aligne sur la déterritorialisation des relations internationales économiques. Et ses origines naissent dans ce monde occidental, marqué par les deux guerres mondiales puis par la Guerre froide où la norme n'a plus de territoire. Hors les Etats, hors la légalité (hors la loi ?), la RSE se présentera logiquement au-dessus de la loi participant à ce système normatif outre l'Etat, comme une nouvelle utopie, une nouvelle réalité ?

Sous-section 1. La remise en cause du système de souveraineté nationale par la mondialisation

Notre recherche sur les fondements normatifs de la RSE s'inscrit dans des débats plus vastes sur l'évolution de la gouvernance mondiale et européenne, dont les principes et les procédures détermineront la capacité des différentes régions du monde à faire face aux enjeux du développement durable. Les attentes sociales et la participation des différents acteurs économiques changent la donne : de multiples facettes de l'interdépendance sont visibles ; la crise de l'Etat-nation s'opère à la faveur des entreprises qui entrent sur la scène politique internationale. La mondialisation libérale définit « un nouvel espace de transaction de l'humanité » (Dollfus, 1997). Cet espace devient infini. C'est « le lieu de la désinstitutionnalisation de l'Etat-nation et de l'institutionnalisation de l'organisation » (Pesqueux, 2009b), telle une nouvelle utopie.

1. La désinstitutionnalisation de l'Etat-nation

Plusieurs facteurs expliquent l'Etat n'est plus la source première des normes publiques de référence. Certains se demandent même si l'Etat est encore un Etat de droit (Henry, 1977 p.1207 ; Chevallier, 1999, 2001a) L'histoire nous apprend tout d'abord que le premier contournement de la souveraineté des Etats s'est effectivement opéré par la régulation du droit dérivé du droit international public, issu des organisations internationales publiques. C'est effectivement à la faveur par exemple de l'Organisation Internationale du Travail (1919) et des conventions qui en découlent le plus souvent ratifiées par les Etats que les normes s'imposent venant de l'extérieur des Etats, même si en théorie les Etats demeurent souverains pour accepter ces conventions et modifier en conséquence leur propre droit interne. L'Organisation mondiale du commerce porte également en la matière une responsabilité lourde.

Plus marquante dans l'atteinte à la souveraineté des Etats, au niveau régional, est la construction de la Communauté européenne. Car l'Union européenne dispose d'une capacité, en vertu de ses traités constitutifs, et de son droit dérivé, à s'imposer comme la source du droit économique de tous ses Etats membres, unique en son genre, puisqu'elle dispose d'institutions et de moyens coercitifs pour se faire respecter. L'Europe n'a ni frontières, ni personnalité morale.

Phénomène majeur des dernières décennies, l'intégration dans l'ordre juridique interne d'instruments internationaux de plus en plus nombreux et hétérogènes est source d'incertitude et de déstabilisation des systèmes de droit. À mesure que se renforcent les liens d'interdépendance, se multiplient, tous ces « droits venus d'ailleurs » qui pénètrent dans les droits nationaux en passant tout simplement par la porte qui leur est ouverte, soit directement par le principe de primauté du traité sur la loi interne, soit indirectement par leur incorporation législative. Critiquant pour l'Europe des droits qui n'ont, écrit-il, « ni histoire ni territoires », le doyen Carbonnier les appelle « droits de nulle part », ajoutant, sur le mode ironique, « de nulle part cela pourrait se dire en grec *utopie* ; mais les utopies sont poétiques, aériennes, tandis qu'autour des droits européens, il s'est constitué une telle capitalisation d'intérêts et d'ambitions qu'il faudrait rien de moins qu'une éruption de volcan pour faire crouler ces « babylones juridiques ». En tous cas, ils alimentent une inflation sans précédent, véritable pathologie qu'il décrit comme « prolifération », « pullulement » et finalement, s'inquiète-t-il, « pulvérisation » du droit en une multitude de droits subjectifs souvent contradictoires, qui n'ont pas la force immédiate des règles de droit mais seulement un accès à cette force (Carbonnier, 1996, p.48 et 125).

Extraits de Delmas- Marty M. (dir.) L'intégration normative, Collection les voies du droit PUF 2004

L'intégration normative est assurée par des principes de « bonne gouvernance ». La Commission européenne, en 2001, dans le Livre blanc de la gouvernance européenne, désigne ainsi les règles, les processus et les comportements qui influent sur l'exercice des pouvoirs au niveau européen, particulièrement du point de vue de l'ouverture, de la participation, de la responsabilité, de l'efficacité et de la cohérence. Ces cinq « principes de bonne gouvernance » renforcent ceux de subsidiarité et de proportionnalité.

La pyramide de Kelsen tient certes toujours sur son socle mais avec un pouvoir des Etats fortement érodé. Toutefois, il s'agit davantage de superposition de normes, avec la primauté accordée au droit communautaire, plutôt que de substitution au droit étatique. La souveraineté de principe est maintenue à titre symbolique, quoique le transfert des compétences rende illusoire l'application du principe de subsidiarité.

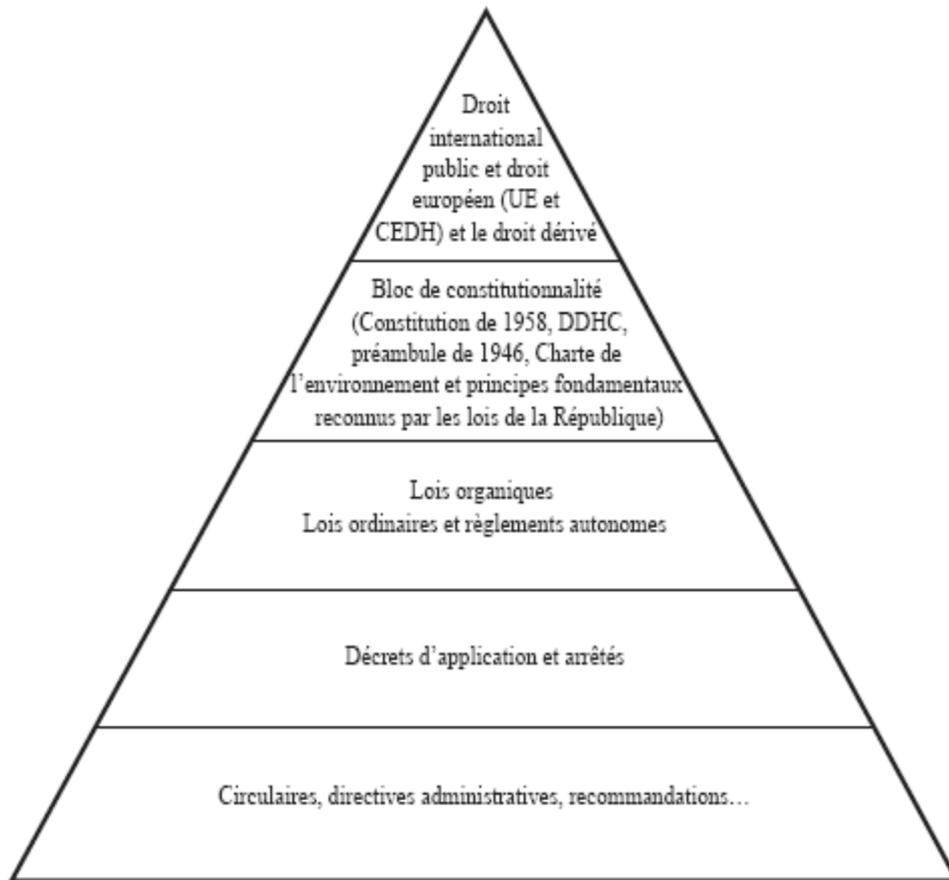


Figure 12 Hiérarchie des normes en France

Les techniques d'harmonisation pour tendre vers un droit commun laissent le plus souvent des marges d'appréciation aux Etats membres. Le droit souple est même érigé en méthode de gouvernance⁷⁷. Des espaces de dialogue sont ouverts. Ainsi la stratégie de Lisbonne adoptée par le Conseil européen en l'an 2000 a systématisé la démarche sous le nom de MOC (méthode ouverte de coordination) dans le domaine social (emploi, éducation, lutte contre la pauvreté...

Le droit demeure alors très fragmenté et l'unification des systèmes est alors en plein déclin au profit de normes alternatives (Benyekhlef, 2008). Ces méthodes conduisent surtout à une prolifération des normes pour traduire les directives, interpréter le droit communautaire dans le sens d'une harmonisation, concilier les systèmes juridiques. L'inflation normative dénoncée est la résultante d'un processus de gouvernance internationale ou régionale qui se

⁷⁷ Etude annuelle du Conseil d'Etat sur le droit souple, La Documentation française, octobre 2013, p.28

met en place soit pour s'insérer dans cette mouvance normative, soit pour y résister. Cette dispersion des instruments confine à leur ineffectivité avec parfois la complicité des Etats.

Mais ce sont surtout l'explosion des échanges commerciaux et la libre circulation des capitaux ont limité le pouvoir des Etats avec des règles du multilatéralisme commercial. La remise en cause de la légitimité de certains Etats avec la décolonisation a entraîné une fracture des espaces et un mouvement tiers-mondiste qui ne s'est plus aligné par rapport aux grandes puissances. Un autre phénomène a réduit la puissance des Etats : le mode de fonctionnement des institutions internationales avec la multiplication des Etats. Au sein de l'ONU avec un système de vote (un Etat une voix), qui finit par mettre sur un pied d'égalité le Luxembourg et les Etats-Unis, l'échelon étatique ne paraît plus adapté pour les négociations. De nombreux Etats sont en guerre et d'autres sont en faillite : la crédibilité de l'Etat est également remise en cause quand la sécurité n'est plus assurée ou en cas de mauvaise gestion. La multiplication des autorités de contrôle achève d'affaiblir l'Etat (Frison-Roche, 2004a).

L'Etat n'est plus la seule source des règles contraignantes. Il existe désormais une multiplicité de lieux de production de la norme juridique (Chazel et Commaille, 1991, p.15): le droit se privatise avec l'institutionnalisation des organisations.

2. L'institutionnalisation des organisations

A « la richesse des nations » (clin d'œil à Adam Smith) s'est substitué avec la mondialisation des échanges économiques un autre concept macroéconomique de « la richesse des organisations ». Selon les estimations de l'ONU, 300 entreprises transnationales contrôlent 90% du marché mondial, qui ont la capacité d'organiser leur souveraineté en-dehors des Etats (Delmas-Marty, 2004b, p.247).

Pourtant, paradoxalement, l'entreprise, en tant que telle, n'est pas admise dans le concert des nations car la société internationale est composée d'Etats non d'entreprises (Ascensio 2010, p.13). Or, la globalisation de l'économie remet en cause les structures traditionnelles de la société mondiale. Les entreprises deviennent multinationales : ce sont des organisations économiques qui produisent des biens et des services et dont l'activité s'exerce sur plusieurs territoires. Ces changements dans les processus de production ont fait disparaître le « compromis fordiste » (Daudigeos et Valiorgue, 2010, p.69). La chaîne de valeurs est alors entièrement repensée dans une logique de transactions marchandes quelques soient les effets sociaux externes négatifs.

Mais, si le droit des sociétés ou le droit des groupes de sociétés existe en France, il n'existe pas de droit de l'entreprise, en tant qu'organisation juridique (Paillusseau, 1967, 1997). Et le

droit des sociétés ne comprend pas le droit social. L'entreprise est un concept plus large que celui de société et c'est celui-ci qui est retenu pour la RSE. L'entreprise est une organisation des pouvoirs. Cette nuance est importante car l'activité peut être exercée dans un environnement normatif favorable sans pour autant que l'entreprise y implante une société personne morale. Ces activités économiques de l'entreprise dépassent donc les frontières des Etats, ceux-ci étant bien responsables au premier chef de cette instrumentalisation du droit en tant qu'acteurs économiques (Robé, 2011, p.6, Coppens et Lenoble, 2000). Ce sont les dimensions institutionnelles de la modernité (Giddens, 1994).

Le concept de gouvernance, autre néologisme, est une extrapolation du gouvernement d'un Etat au monde de l'entreprise. Le concept n'est pas usurpé : l'économie-monde est bien un système structuré utilisant à la fois des règles privés et des règles publiques. L'entreprise comme les Etats se retrouvent dans une gouvernance mondiale, sans pour autant être sur un pied d'égalité. Les traités économiques sont officiellement signés et ratifiés par les Etats mais, de fait, les exclusions ou inclusions de règles économiques sont institutionnalisées et les Etats les subissent plus qu'ils ne les orchestrent.

L'encastrement dépasse alors, à notre sens, l'isomorphisme et le mimétisme avec le fonctionnement des Etats. Il n'est pas étonnant que l'Etat soit perçu comme une partie prenante comme une autre. Le prisme est inversé. Le concept de sphère d'influence est, de ce point de vue, tout à fait intéressant : plus qu'une innovation normative, il révèle l'aveu d'un changement de perspective qui vient bousculer les Etats dans leur souveraineté historique.

Mais, c'est d'autant plus paradoxal de discerner ces responsabilités en miroir, car l'Etat est, par principe, non responsable, puisqu'il est à la source du pouvoir (*a priori*). Demander en retour une responsabilité sociale de l'entreprise (*a posteriori*) est un leurre, puisque n'étant pas propriétaire (les sociétés n'ont que des actionnaires et des gestionnaires, non des propriétaires), l'entreprise ne peut être tenue pour responsable (Robé, 2011, p.14). L'irresponsabilité généralisée à laquelle on assiste, par renvoi en miroir de responsabilités qu'aucune organisation ne veut assumer, est révélatrice. On comprend mieux alors ce débat passionnel qui a animé les réunions, dans tous les comités miroirs (terme ô combien évocateur...) de l'ISO, lors de l'élaboration de la Norme ISO 26000 pour étendre la RS à toute forme d'organisation : les Etats ont fait inscrire dans le texte même de la norme leur irresponsabilité de principe en refusant d'être la cible de la Norme tout en reconnaissant le fait d'être la première organisation détentrice du pouvoir légal et légitime ; les entreprises ont souhaité étendre la responsabilité sociale à d'autres organisations autres qu'économiques pour

répartir les responsabilités et surtout pour ne pas laisser entendre qu'elles seules, par définition, étaient responsables (Ruwet, 2009, p.113 ; Savall, 2012, p.19) à la place des Etats. Pour autant, les Nations Unies ont lancé leur Pacte mondial, en 2000, auquel les entreprises exclusivement sont invitées à adhérer, parce qu'elles profitent des ressources de la planète, et ont un impact social et environnemental très conséquent compte tenu de leur taille : elles constituent surtout le maillon fort du développement durable car elles représentent le pilier économique. C'est une révolution qui a été au départ très contestée sur le principe, car les agences de l'ONU n'exercent qu'un contrôle formel sur la Communication sur le Progrès effectuée par les entreprises adhérentes. Et ce « pacte social mondial » est aussi une façon de passer outre les Etats et les citoyens. Mais ce contrôle est effectif. Et le nombre d'entreprises radiées régulièrement du Pacte mondial en atteste. De surcroît les dispositions internationales relatives aux droits de l'Homme et au droit du travail sont considérées comme supplétives de volonté, par ce Pacte, qui semble y déroger, par son choix sélectif parmi celles-là.

En outre, l'entreprise a une vie propre « par le droit, grâce au droit, et du fait du droit » (Robé, 2011, p.12). C'est presque un juste retour des choses de prendre les responsabilités corrélatives. La personnalité morale a permis de faire porter des responsabilités sur l'entreprise dès lors qu'elles établissaient des sociétés et des filiales sur différents territoires.

Mais la perversion-illusion du système (Savall et Zardet, 2005) c'est justement de confondre, par assimilation, les personnes physiques et les personnes morales, parce que leur régime juridique est établi en miroir. Le phénomène s'est accentué, notamment en France, avec l'extension de la responsabilité pénale des personnes morales par la loi Perben II à toutes les infractions : en retour, les entreprises ont demandé à être considérées comme des sujets de droit à part entière. La jurisprudence a malheureusement fait bon accueil à leur demande, sans réelle contrepartie. Il n'existe pas d'ordre international juridique, politique et économique, si ce n'est l'OMC, mais celle-ci n'est pas rattachée à l'ONU (comme le préconisait la Charte de la Havane 1948). Les pouvoirs sont déterritorialisés.

Sous-section 2. La norme sans territoire

La norme juridique relevant du territoire est dépassée par des normes privées, sans frontière, issues du marché économique (Pesqueux, 2009b) et de nouvelles formes de régulation qui n'appellent plus de contrôle territorial et brise les rationalités hiérarchiques classiques. L'Etat n'est plus le « répartiteur d'espaces » (Roche, 2009, p.104). C'est une fin possible de l'histoire des territoires par déterritorialisation des relations internationales. L'espace normatif

s'homogénéise à l'échelle du monde (Supiot, 2005, p.168). La prétention à l'universel oblige à considérer de nouvelles normes sans frontières, qui entraînent une inflation normative, en l'absence de traduction simple ou possible.

1. L'utopie d'une norme sans frontière

Les utopies sont des lieux qui n'existent pas et qui entretiennent avec « l'espace réel de la société un rapport d'analogie directe et inversée » (Foucault, 1984).

Le développement durable est, par essence, un concept qui ne connaît pas de frontière, puisqu'il exige deux formes de solidarité (verticale et horizontale) transfrontières et la reconnaissance de la société civile comme sujet de la responsabilité. Il déborde donc le cadre de la souveraineté des Etats, même si légitimement, ceux-ci sont au premier chef obligés, comme organes de cette solidarité (Stern, 2000). Est-il pour autant une nouvelle utopie ?

Très naturellement, il est devenu un principe général du droit (V. Partie 2, l'accès à l'eau potable). C'est véritablement là son caractère révolutionnaire. Mais un principe n'est pas nécessairement une norme. La RSE lui fait aujourd'hui écho dans son évolution en RSO : ce n'est pas un hasard même si son contenu ne fait pas l'unanimité. Le Professeur Delmas-Marty préfère utiliser l'expression d'une recherche d'un « droit mis en commun » plutôt que de la construction d'un droit commun de l'humanité (2004a, p.14, 2005).

Ces logiques transversales ou universelles, cette forme de normativité horizontale ne sont pas sans risque. Elles peuvent ne pas se traduire concrètement sur les territoires, car l'universel chasse le territoire. L'hybridation des textes qui en résulte parfois entraîne aussi une perte de hiérarchie, donc d'effectivité de la norme. La « glocalisation », néologisme désignant articulation accrue des territoires locaux à l'économie mondiale tentent d'arrimer ces nouvelles normes au territoire par des politiques appropriées. Il n'y a pas non plus forcément synchronisation (Auby, 2003 ; Mahmoud Mohamed Salah, 2002). Ce problème d'ajustement entre économie de marché et régulation provient de cette « non-coïncidence entre les territoires de la normativité juridique (frontière, nation, État) et les marchés économiques dont on voudrait réguler le fonctionnement » (Frison-Roche, 2004b, p.127). Par définition « l'universel et le territorial » représentent une antinomie (Malaurie, 2001, p.30). En l'absence d'échelon pertinent pour atteindre une cible, la norme est édictée sans définir le territoire. La mondialisation appelle cette logique de normes transfrontières, avec cette volonté d'être partout.

Mais la surabondance de normes consécutive à cette « polytopie » (volonté d'être partout) ne peut conduire qu'à « l'anomie » (absence de règles) par surabondance (« polynomie ») de

normes (Dubouchet, 2008, p.65-66). C'est la fin ultime d'un univers tétranormalisé (V. Partie 2).

Au nom d'une légitimité de proximité (despotisme éclairé) un substrat normatif à vocation pragmatique (philosophie nord-américaine de la première moitié du XXème siècle) ou utilitariste (doctrine philosophique développée en Angleterre première moitié du XIXème siècle) où la réussite matérielle est le critère de validité empirique (Pesqueux, 2009b) prend le pas sur la règle juridique d'intérêt général. On contractualise les intérêts privés. Les théories sur les conventions ou le contrat social trouvent toutefois leurs limites dans le fait que l'État ne devrait pas reposer sur « une simple conjonction de volontés particulières » (Benyekhlef, 2008, p.132).

Au niveau national, le même phénomène entraîne une disjonction entre norme et territoire. On observe ainsi en France, par exemple, la suppression progressive du zonage (ZAC, ZEP, ZUP, ZUS, ZFU, etc.) remplacé par un futur contrat de ville, qui, pour éviter « l'effet frontières », ne définira plus aucun périmètre sensible : il faut cibler au mieux les familles à faibles revenus. Le gouvernement ne peut toutefois faire l'impasse d'une révision de la « cartographie prioritaire »⁷⁸. Cette proximité marque la notion de territoire, et avec elle, l'hétérogénéité des partenaires conduit à « une sorte d'hétérarchie de proximité » (Pesqueux, 2009b p.2).

La norme, par essence objective, tend, en l'occurrence, vers l'attribution de droits subjectifs, le plus possible individualisés, sans y parvenir complètement. Peut-on alors encore parler de normes quand la norme tend à répondre à des attentes non plus sociales mais par catégories individualisées ? L'intérêt général se perd dans les méandres de règles spéciales en nombre pléthorique. La notion d'intérêt privé général fait son apparition. La frontière entre l'intérêt général et l'intérêt privé est floutée. L'organisation est alors sollicitée au même titre que l'Etat pour répondre des intérêts de la nation. L'autorégulation relève de cette utopie : elle prétend réguler par des normes qui ne sont plus partagées que par un nombre si restreint de protagonistes que les logiques dialogiques ne peuvent s'établir. Le cloisonnement, le communautarisme et la féodalité resurgissent sous une autre forme.

Parfois, d'autres phénomènes d'enchevêtrement des normes, d'absence de lisibilité des territoires, ont suggéré les hypothèses d'encastrement du marché dans l'Etat (Polanyi 1983, Granovetter, 2000, Levesque *et alii*, 2001). Mais c'est oublier que l'imbrication est source de

⁷⁸ <http://www.acteurspublics.com/2013/06/10/le-ministre-de-la-ville-entree-les-zus-zfu-et-autres-cucs> (Politique de la ville, Actualités, 10 juin 2013, revue électronique acteurspublics.com)

réciprocité, d'échanges institutionnalisés, à la fois économiques et politiques. Or, la norme sans territoire défini, ne permet pas cette logique d'encastrement.

Sans territoire, la norme peut perdre alors sa consistance de norme. Le mot norme est nécessairement l'expression d'une volonté, un énoncé, plus largement, au niveau sociologique, « la norme distingue ce qui apparaît acceptable ou inacceptable » (Benyekhlef, 2008, p.7). Il y a bien l'idée d'une frontière subjective entre ce qui est accepté donc reçu et ce qui ne peut l'être, et une destination de la norme, fut-elle unilatérale d'un destinataire de la norme.

2. L'utopie de normes sans destinataire

Le développement durable cherche à définir une « norme d'équité intergénérationnelle » (Giraud, 2012, p.142) mais, en économie ou en gestion, il ne se décline qu'en termes de biens communs mondiaux à préserver (V. Partie 2). Or, les biens se définissent par rapport à une logique marchande, non par rapport au droit : les déviations sont inscrites dans le choix même de la traduction du développement économique « soutenable » (Brodhag, 1992). L'économie ne peut prétendre à établir des propositions normatives c'est-à-dire qui contiennent un jugement. Le développement soutenable appelle sans nul doute un socle de valeurs mais qui ne peut être examiné qu'à l'aune de normes éthiques.

L'espace-temps est parfois un obstacle, notamment dans la lecture que l'on peut faire du principe de précaution⁷⁹.

La norme juridique achoppe aussi faute de définition de l'humanité ou des générations futures. La personnalité conditionnelle des enfants à naître crée sans nul doute une imputabilité, un lien causal : il ne crée pas une responsabilité juridique, sauf à repenser alors les frontières de la responsabilité juridique. Comment un préjudice actuel peut-il être évalué pour un sujet qui n'existe pas encore ? L'évaluation ne peut se faire qu'au présent. La responsabilité juridique n'a de sens que pour les générations en vie. Ce n'est qu'en liant responsabilité morale et responsabilité juridique que l'on peut redéfinir les frontières de la responsabilité juridique (Vallaey, 2011, p.68) pour permettre au politique d'exercer son pouvoir de protection des générations à venir dans le cadre du développement durable. La responsabilité sans faute s'est imposée en droit positif mais elle n'a pu prospérer qu'en supprimant justement l'imputabilité morale; la responsabilité du fait d'autrui peut, à notre

⁷⁹ Colloque du Centre de recherche en droit privé de Paris I-Sorbonne, Numéro spécial sur le principe de précaution dans le *Quotidien juridique*, Les Petites Affiches 30 nov. 2000 ; publication du 10 décembre 1999, numéro spécial de la *Revue juridique de l'environnement*, 2000.

sens, être développée (V. Partie 3) pour résister à « la tentation de la déresponsabilisation générale » (Jacques, 2009, p.90). De quoi sommes-nous responsables si nous ne savons pas envers qui ?

Ces nouvelles catégories normatives à inventer relèvent de l'utopie réalisable : c'est en déplaçant le curseur entre « normes exogènes » et « normes endogènes » (Pailot, 2006) que le politique fixe le devoir de responsabilité. Il peut exister des espaces de discontinuité : c'est le propre de la modernité (Giddens, 1994). La coïncidence entre auteurs et destinataires de la régulation ne nous semble pas incontournable. La mise en œuvre est plus délicate car le contrôle ne peut être effectué qu'au présent. L'Etat doit définir les intérêts en présence et peut imaginer des intérêts futurs : le prévisible n'est pas virtuel.

L'Etat est d'autant plus responsable que dans l'ordre juridique international, c'est lui qui, a priori, est destinataire de la norme. L'obligation ne pèse pas directement sur les entreprises. C'est le cas notamment pour les conventions relatives aux droits de l'Homme. Ce n'est que très récemment, pour contourner les Etats, que la Cour de Justice de l'Union Européenne a accordé un effet horizontal aux directives européennes.

Section 2. L'hétéronomie

L'hétéronomie est la conséquence de la substitution progressive de la norme à la règle. En jetant un pont entre le droit et les autres systèmes normatifs, la régulation prend le pas sur la réglementation (Carbonnier, 1978, p.306). Les pouvoirs décentralisés et le foisonnement normatif donnent naissance à une forme d'hétéronomie mais, dans ce rythme effréné, ce sont les normes privées qui prennent le dessus.

Sous-section 1. La montée en puissance de la régulation par les normes ascendantes

Avec la dissolution des frontières, les normes se sont multipliées : c'est l'effet de la mondialisation qui produit un « espace normatif global ». « Un diptyque libéral (marché et droit) » prend le relais (Benyekhlef, 2008, p.1 à 3) sur lequel s'exerce de nouvelles formes de régulations.

1. Les normes ascendantes

Les normes privées issues de l'autorégulation des entreprises participent de cette utopie, ou plutôt de cette hétérotopie, en ce sens que la source de la norme n'est plus nécessairement une

et connue. Les entreprises comme les Etats vivent dans un halo de normes venues de divers horizons. Ces normes multiformes de portées différentes inversent le schéma de la pyramide de Kelsen par une normativité ascendante ou horizontale prenant le contrepied de la norme publique descendante et verticale. Elles tentent de s'imposer face aux Etats indépendamment ou par une représentativité fictive soit par isomorphisme (ce que nous étudierons en détail avec l'exemple de la Norme ISO 26000), soit plus subtilement parfois en rétablissant une sorte de structure féodale, ce que d'aucuns n'hésitent à la qualifier de « Nouveau Moyen-Age », (Minc, 1993 ; Habermas, 1988, p.209). On assiste, dans les deux cas de figure à la privatisation des normes publiques qui se dispensent « au nom de la légitimité, de la mise à l'épreuve de la démocratie représentative » (Pesqueux, 2009b).

Ces normes n'ont plus qu'un lien ténu avec les règles juridiques classiques. Elles sont de toutes natures. Il peut s'agir d'ententes, de productions de normes venant d'instances internationales ou régionales, de recommandations d'autorités déconcentrées, d'autorités régulatrices voire d'agences privées de conseil : c'est une normativité qui opère de manière supra étatique voire infraétatique (Clam et Martin, 1998). Or, le contrôle ne peut s'effectuer sans rapport à la validité d'une norme supérieure. Cette référence disparaît dans la régulation dès lors que la souveraineté des Etats est remise en cause. En définitive, c'est la hiérarchie des normes juridiques qui est en crise (Puig, 2001, p.750) : il en résulte un desserrement de la contrainte et un « brouillage des catégories juridiques » (Issalys, 2002, p.23)

La question a même été posée, de savoir si la coutume était normative, de même que les actes (Jestaz, 2005) car la norme est avant tout un acte (Sur, 1990) et le produit d'un énoncé. Les pratiques et les bonnes pratiques sont à l'œuvre pour définir les normes de comportements (Mousseron, 2011).

2. Une régulation sous le sceau du lien

Le contrat prend toute sa force dans ces nouvelles formes de normes. Entre normes, entre le local et le global, c'est bien la relation contractuelle qui crée le lien. La loi est reléguée à un rôle procédural, d'équilibre technique entre normes : elle cadre les discussions, les nouvelles figures de la démocratie participative, la société civile émergente (Chevallier, 2004). L'Etat est en charge de trouver le juste équilibre entre normes venus de la base, qu'elles soient valides ou non. Le droit souple procède de cet état fait : il règne en maître. Le droit communautaire de l'Union européenne est entièrement fondé sur cette méthodologie. Le droit souple comme phénomène normatif se pose comme nouveau modèle. Une nouvelle régulation

sociale s'instaure autour de la réciprocité, de l'échange et de l'interaction (Chazel et Commaille, 1991) qui a fait naître le droit de la concurrence (Supiot, 2005).

C'est dans ces crises de la rationalité et de la juridicité que le lien contractuel (Pacte mondial des Nations unies comme figure du contrat social global), l'acte unilatéral (tel un code éthique), ou les même les pactes d'actionnaires entrent en vigueur. La régulation, par les normes et pour les normes, peut prendre place. Sans ces liens, les normes se trouvent juxtaposées, dans un ensemble complexe, qui appelle harmonisation et coordination (Delmas-Marty, 2004a).

Or, l'unification est presque impossible compte tenu de la « juxtaposition des souverainetés » (Rabu, 2008). A l'inverse, la norme territorialisée par définition a peu de prise sur un réseau, qui quant à lui, fonctionne sans territoire d'appartenance. La norme sans lieu ni espace délimité est une utopie.

Les réglementations des réseaux balbutient (Benzoni et Rogy, 1993). Les interactions deviennent nécessairement horizontales et, la plupart du temps, privées. Les pays de la *Common Law* sont à l'aise ; les pays empreints de *Civil Law* sont déroutés. La question se pose dans ces pays de savoir si l'on peut gouverner sans le droit (Mockle, 2002, p.150).

La pyramide mythique de Kelsen a alors fait place à un système normatif en réseau (Ost et Van de Kerchove, 2002 ; Benyekhlef, 2008, p.111 ; Moreau-Defarges, 2003, p.52), ou plus exactement un nouveau jeu de pouvoirs plus complexe.

Sous-section 2. La gouvernance en réseau

Les entreprises prennent place dans l'ordre international aux côtés des Etats, dans une gouvernance étendue et globale de type économique, fonctionnant en réseau, avec de nouveaux acteurs, parfois « hybrides » (Griffon, 2009, p.73). D'un droit international public entre Etats, on passe à un droit de la gouvernance globale avec des règles transnationales (Benyekhlef, 2008, p.88, Arnaud, 2004), ou plus exactement, un « droit de coexistence » (Benyekhlef, 2008, p.591) entre Etats et entreprises multinationales, dans des espaces « multiscalaires » (Rabu, 2008).

1. Gouvernement ou gouvernance : une terminologie lourde de sens

« La mondialisation se présente comme un programme total de gouvernement des hommes » (Benyekhlef, 2008, p.70) où l'Etat n'a plus le monopole normatif qui représente l'attribut de sa souveraineté. La souveraineté des Etats apparaît comme un mythe face aux pouvoirs du marché (Stiglitz, 2002, 2003). Les entreprises règnent dans la gouvernance mondiale, dans

une sphère réservée en principes aux représentants des gouvernements des Etats. Les Etats réclament alors la légitimité des Etats de *droit* pour lutter dans la sphère économique, contre les pouvoirs de *fait* des entreprises multinationales. Les termes de gouvernance ou de gouvernement n'ont donc pas le même objet. La gouvernance, à la différence du gouvernement, dépasse le cadre étatique : elle représente notamment les modalités du pouvoir dans les empires. Elle repose sur des règles, des comportements, des relations voire des institutions (Perez, 2009).

Le terme de gouvernement est donc inadapté pour l'entreprise : il relève plutôt du droit constitutionnel donc du régime des Etats. Le gouvernement de l'entreprise, dès lors qu'il s'étend à toute forme d'organisation, est perçu comme une idéologie (Pesqueux, 2000). Mais, tant que sa définition était circonscrite à l'entreprise (*corporate governance*), dans ses rapports entre actionnaires et dirigeants salariés dans les sociétés anonymes, le risque de confusion avec la gestion des Etats était écarté. C'est lorsque qu'interviennent les marchés financiers et le poids des technostructures dans l'entreprise, avec l'apparition des normes, des espaces de délibération politique qui vont de pair, que le danger survient. L'analyse du professeur Pesqueux porte alors sur la transplantation des logiques processuelles dans l'entreprise, donc souvent corrélées à des normes, à des services publics par exemple, pour lesquelles elles ne sont pas adaptées. Par un glissement, c'est le modèle de l'entreprise qui est en train de se diffuser aux services de l'Etat (écoles, hôpitaux, collectivités) avec des objectifs d'efficience et d'efficacité propres au privé, avec sa quête de légitimité des valeurs économiques. Les répliques successives du modèle pour revenir finalement à l'univers de départ, ont finalement perverti le système de gouvernement, sans qu'on y prenne garde.

Lorsque les entreprises sont invitées dans le concert mondial comme un sujet de droit et diffusent leur modèle de gouvernance, la confusion peut être préjudiciable : il peut y avoir conflits d'intérêts mais surtout conflits de légitimités. La théorie des organisations pose en sciences de gestion que le comportement des acteurs sera régulé par la structure. Or, les interactions sociales peuvent ne pas aller dans le sens de l'organisation. C'est aussi considérer que l'entreprise est un modèle d'organisation qui a vocation à l'universalité. Or, les modes de gouvernement des entreprises peuvent conduire dans d'autres organisations à un « dérapage de la logique d'efficience » (Gomez, 1996, p.137). Cette gouvernance sans frontière questionne : s'agit-il de la nouvelle ère « postmondialisation » (Arnaud, 2003) de la gestion publique ? Quels sont les effets normatifs d'un nouvel ordre social mis en tension (Sintomer, 2001), par une participation du public dans des dispositifs institutionnalisés dotés d'un fort potentiel d'émancipation et de transformation politique (Blondiaux et Fourniau, 2011) ?

Toutes proportions gardées, la participation des chercheurs aux commissions de normalisation pose le même type de questions : est-ce l'apport du chercheur qui permet, du fait de son indépendance et de son expertise, de parvenir à des normes de meilleure qualité ou bien, la normalisation qui se sert de cette contribution comme d'une caution ? Les complexes de négociations multi-parties prenantes, les assemblées délibératives à plus ou moins grande échelle, les espaces de dialogue public privé, formels ou informels, en marge des législatures traditionnelles, représentent de nouveaux réseaux de gouvernance, très influents parfois, qui interrogent, non seulement sur leur légitimité, mais aussi sur la finalité des organisations (Pesqueux, 2007b). Ces nouveaux acteurs peuvent enrichir le débat démocratique tout en le rendant très technique (Pestre, 2011) et complexe (Griffon, 2009), quand ils ne le faussent pas par un *lobbying* trop intensif. C'est une question de représentativité et de mesure.

La démocratie, comme forme de gouvernement, est justement mise en exergue quand le fonctionnement même des institutions internationales ne permet plus aux Etats d'exercer leur contrôle politique sur un marché qui leur échappe. L'Etat doit faire face à une pluralité d'acteurs qui ne connaissent pas ses frontières (Mahmoud Mohamed Salah, 2002, p.52), et ce, en particulier, dans l'Union européenne. L'Union européenne s'appuie sur les démocraties mais sur un modèle qui n'est pas totalement démocratique, la politique économique étant sa finalité première. C'est toute l'ambiguïté de cette nouvelle forme de gouvernance institutionnelle.

L'Etat ne gouverne plus face à un marché qui impose sa loi : il prend place dans une gouvernance où les souverainetés sont subordonnées et non coordonnées. Au nom de la promotion d'un « marché intérieur », il veille à l'harmonisation, l'ouverture, les correspondances, la libéralisation, la circulation, la flexibilité... La conformité à la règle disparaît du vocabulaire : le droit souple modifie la sémantique mais également le « niveau de qualité démocratique » (Gobin 2002, p.160). La démocratie n'est plus source du pouvoir : elle devient contre-pouvoir au même rang que les droits de l'Homme.

Du gouvernement des entreprises, on est passé à la gouvernance voire à la « bonne gouvernance » de l'ensemble par les institutions internationales (Banque mondiale, OMC, Commission européenne, etc.), autrement dit, où le jeu des contre-pouvoirs serait bien établi selon un certain nombre de principes d'action. La *responsivness* est la traduction du soupçon démocratique qui s'instaure dans la gouvernance, quelle qu'en soit la structure avec en contrepartie, « l'émergence de réseaux flexibles qui implique la suppression du verrou des institutions nationale afin d'assurer les conditions d'extension mondiale du principe du marché » (Dufour, 2009, p.46). Ainsi, par un double mouvement convergent, les règles

économiques se publicisent quand simultanément, les pouvoirs politiques sont privatisés. Les espaces juridiques convergent (Rabu, 2008).

L'idée de gouvernance, comme recherche de l'équilibre de la représentation et des pouvoirs au sein des firmes, paraît moderne pour certains économistes ou gestionnaires libéraux qui ne souhaitent pas une intervention de l'Etat, d'une part, parce que la réglementation est perçue comme une source de plus grandes nuisances encore que le mal (Coase, 1997, p.156, Savall et Zardet, 2005) et d'autre part, parce que l'Etat n'est pas jugé comme l'échelon pertinent dans un cadre économique mondialisé. Mais pour les juristes, le fonctionnement de la gouvernance ne rappelle, souvent, que la féodalité et les liens vassaliques, quand les chaînes contractuelles n'évoquent pas, en creux, les réseaux mafieux (Supiot, 2005, p.214) qui prospèrent en toute impunité dans un cadre totalement dérégulé.

A l'utopie (lieu de nulle part) la gouvernance (pouvoir de nulle part) fait écho. Qui gouverne réellement et effectivement dans ces nouveaux cercles de gouvernance qui fonctionnent comme de nouveaux empires, mettant en péril la démocratie (Salmon, 2011)?

2. L'adhésion, comme mode de fonctionnement

La gouvernance en réseau, entendue au-delà du *corporate* dans les sphères étatiques ou organisationnelles au sens large, finit par dissoudre la dialectique du conflit ou de la négociation pour lui substituer un consensus mou. Le consentement est limité. L'Union européenne représente, en la matière, un modèle de gouvernance institutionnelle où l'adhésion prévaut comme expression du consentement. Si le retrait est prévu depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne (article 50), on peut noter de manière révélatrice, son caractère récent. La primauté du droit communautaire transforme la souveraineté des Etats qui devient souple, presque relative. L'exclusion n'est pas envisagée.

Le mode de fonctionnement de la normalisation en est un autre exemple. Ce qui lui vaut un capital de séduction sans égal avec les normes publiques, jugées rigides, contraignantes et arbitraires : on impose les règles mais on adhère aux normes. Une certaine liberté semble prévaloir dans la démarche qui, de ce fait, n'inquiète pas au premier abord. La participation remplace souvent la délibération. La construction d'un modèle de décision horizontale fondé sur des consultations élargies ne relève pas d'une philosophie morale ou politique mais bien d'une éthique de la discussion habermassienne. Or, la consultation des parties prenantes ne modifie pas toujours le sens de la décision qui peut, sous la dépendance d'une norme d'utilité, être déjà prise ou ne pas varier à l'issue des consultations. La concertation organisée par les collectivités, exigée par des lois souples, ne s'intéresse qu'au formel : sur le fond il devient

bien plus difficile de se faire entendre ; et en contrepartie de la concertation, le droit d'ester en justice est réduit. La rhétorique est en apparence délibérative : elle ne constitue qu'une « rhétorique plébiscitaire » (Chambers, 2011). C'est encore le droit donc l'intérêt général qui perd dans ce simulacre de participation du public aux décisions qui le concernent. Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique a été souvent dénoncé (Boy, 2003; Blondiaux et Fourniau, 2011) : la société civile se réveille mais l'asymétrie d'information et de pouvoir laisse peu à espérer dans le cadre de la gouvernance mondiale. Il n'y a qu'à citer la perversion-illusion de la loi du 5 décembre 2013 en France sur le référendum d'initiative populaire promis par le gouvernement et la réalité du dispositif pour se convaincre de cette réalité. Appliquée à notre thème de sur la RSE, Matthieu de Nanteuil (2009) dénonce cette « éthique de la responsabilité...contre la RSE » (p.65) et engage vivement à « formuler une éthique de la décision pour éviter toute scission renforcée entre consultation et décision » (p.72). La nécessité de l'éthique est développée en Partie 3 de la thèse. L'impression d'être piégé ou phagocyté, même dans un processus volontaire pour les membres volontaires des commissions de normalisation, n'est pas une vue de l'esprit (V. Témoignage partie 2, *in* le risque d'ISO 26000 *washing*, cabinet d'audit se substituant au contrôle démocratique dans la vérification des données dites extra-financières). L'instrumentalisation des dispositifs de décision collégiale n'est pas sans risque. L'adhésion au réseau n'est pas toujours synonyme de consentement éclairé.

Plus grave est la difficulté dans une gouvernance en réseau de savoir qui détient réellement le pouvoir sachant que le processus de construction de la norme peut faire l'objet de *lobbying* (Sachet-Millat, 2010), en toute légalité de surcroît, et que certains organismes privés ou parapublics sont même subventionnés (exemple de l'AFNOR, V. p.78-79). Récemment, la loi française a entériné le phénomène pour tenter de l'encadrer par la création d'une Haute Autorité chargée de passer au crible le comportement des *lobbies*⁸⁰. Avec beaucoup de cynisme, on peut constater que le processus de transformation d'une « démocratie sauvage » en une « démocratie d'élevage » (Mermet, 2007). Est-ce toujours l'Etat qui délègue, donc contrôle cette « structure feuilletée du social » (Revel, 1996) ? Un véritable encastrement de la société dans l'entreprise et inversement rend effectivement la réponse très délicate sinon impossible.

⁸⁰ Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique

C'est que le professeur Pesqueux (2007b) dénonce :

« L'ensemble de ces tensions conduit d'une souveraineté de l'indépendance à une souveraineté de l'interdépendance voire de la dépendance applicable à chacune des souverainetés dont il est question plus haut. Cette souveraineté de la dépendance peut « rapidement » se définir comme la capacité à ne pouvoir émettre quelque chose que compte tenu des autres pôles ».

En tout état de cause, la gouvernance en réseau pose des dilemmes éthiques car on assiste à un véritable « tournant institutionnel » (Chambers, 2011) de la démocratie délibérative par une nouvelle articulation des procédures de production de normes hors du champ étatique (Mazeaud *et alii*, 2012). Or, si les constructivistes ont étudié les nouveaux processus de construction de normes, ils ont toutefois laissé en suspens le contrôle démocratique. L'utopie de « société délibérative » qui devrait jouer un rôle de régulation émerge (Dryzek cité par Girard, 2012, p.171) alors. C'est dans ce contexte de mutations normatives et de nouvelles régulations que la RSE a éclos. Sans elles, la RSE n'aurait pas pris corps. Il s'agit d'un lien causal. Nous allons maintenant en revenant sur le concept même, démontrer que son autonomie par rapport l'environnement juridique est une utopie.

Titre 2. Les normes de RSE

Dans le contexte de déstructuration de la normativité juridique classique, la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) a pu prospérer en contrepoint des systèmes établis. C'est la traduction de l'expression américaine *Corporate Social Responsibility*, tout en notant que le terme social anglo-américain englobe non seulement les relations employeurs/salariés, telles que nous les entendons en droit du travail français, mais également toute relation professionnelle ou tout lien avec un partenaire de la société civile dans le cadre de l'activité exercée. C'est pourquoi l'Union européenne a choisi de traduire désormais la responsabilité sociale par « responsabilité sociétale » :

« La responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société.

Pour assumer cette responsabilité, il faut au préalable que les entreprises respectent la législation en vigueur et les conventions collectives conclues entre partenaires sociaux.

Afin de s'acquitter pleinement de leur responsabilité sociale, il convient que les entreprises aient 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, ce

processus visant:

➡ à optimiser la création d'une communauté de valeurs pour leurs propriétaires/actionnaires, ainsi que pour les autres parties prenantes et l'ensemble de la société;

➡ à recenser, prévenir et atténuer les effets négatifs potentiels que les entreprises peuvent exercer. »⁸¹

Le Ministère français de l'écologie, du développement durable et de l'énergie qui vient de lancer la plateforme pour la promotion de la Responsabilité sociétale des entreprises le 17 juin 2013 retient la même traduction.

⁸¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 25 octobre 2011 COM (2011) 681 final « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », p.7

Légitime ou non, une nouvelle utopie réconciliant l'économie et l'éthique par « la participation directe et volontaire des firmes au bien commun et à l'intérêt général, et cela, de plain-pied avec les institutions publiques » (Salmon, 2006, p.524) a pris naissance en marge du droit (Noël 2004, Dionne-Proulx et Larochelle, 2010). S'agit-il pour autant d'une responsabilité hors normes ?

La question est loin d'être anodine : il faut effectivement démontrer, au préalable, que la RSE, concept de gestion, est un *sujet* à réguler par la norme (Helfrich, 2011, p.220). Historiquement, les normes juridiques ne s'imposaient pas comme outils de gestion en ce domaine. Pour autant, des normes privées environnementales et des labels sociaux ont fleuri. Et l'ISO, organisation privée internationale de normalisation, s'est même emparée de l'*objet*. Après la qualité et le management, la RSE a pris place comme « thème de gestion », comme « continuation - amplification » voire cage de résonance de l'éthique des affaires (Pesqueux, 2008, p.210). Mais peut-on laisser des normes sociales ou sociétales, autres que publiques, prospérer sans risque, dans la lignée des normes de qualité ou de management ?

Avec les normes de RSE, la question ne se pose plus dans les mêmes termes. Dans quelle mesure peut-on affirmer avec certitude que les Lignes directrices de l'ISO 26000 relatives à la responsabilité sociétale des organisations représentent une norme ou une norme d'un genre nouveau ? Est-ce la Norme ISO 26000 qui, par voie de conséquence, est hors normes, ou bien, la RSE (responsabilité sociale de l'entreprise) voire la RSO (responsabilité sociétale des organisations) ?

La question peut paraître très paradoxale car la RSE est avant tout un *sujet sur* la responsabilité. Or, la responsabilité est, tout autant, un sujet de philosophie, d'éthique que de gestion. La responsabilité est, également et surtout, un *sujet de* droit. L'article 1382 du Code civil, fondement de la responsabilité civile, nous le rappelle sans cesse : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ». Cette règle de droit est, en outre, reconnue aujourd'hui comme un principe à valeur constitutionnelle qui appartient au bloc de constitutionnalité⁸². La responsabilité est donc bien un concept normatif.

La question sous-jacente est également relative à la nature des normes. S'agit-il d'un phénomène de normalisation de la RSE d'ordre technique ou managérial classique pourrait-on dire, ou de la naissance d'un droit de la RSE ? Les normes de RSE sont-elles des normes

⁸² Décision n°82-144 DC du 22 octobre 1982, loi relative au développement des institutions représentatives du personnel

juridiques ou parajuridiques (Boisson de Chazournes L. et Maljean-Dubois S., 2003), sur fond de *soft law*, ou exclusivement éthiques compte tenu de la liberté offerte d'avoir ou non de bonnes pratiques RSE?

L'exposé des mutations normatives de notre siècle nous a permis de découvrir toute une palette de référentiels susceptibles de faire progresser la RSE dans un champ normatif qui lui est propre. Il permet également, par voie de conséquence, de cerner avec plus de précisions les contours de des instruments juridiques proprement dits, de les distinguer des autres normes par rapport à la notion de contrainte.

Le complexe normatif de la RSE est effectivement hétérogène : il peut donner l'illusion d'être un arrière-plan institutionnel ou un compromis légitime des parties prenantes, ou encore de constituer un potentiel régulateur multi-niveaux.

Une autre et dernière question se pose quant à la force normative de la RSE du fait de l'imbrication de la gestion et du droit. Suivant le point de vue, on peut considérer que la RSE est rattrapée par le droit ou à l'inverse qu'elle confère des normes sociales implicites (Gomez, 1997 ; Pariente-Butterlin, 2008). Elle devient tout autant un outil normatif, qu'un outil de gestion, le lien entre *hard law* et *soft law* : le chaînon manquant.

Pour répondre à toutes ces questions, nous proposons d'expliquer l'évolution du concept dans un contexte de crise de la responsabilité (**Chapitre 1**), de démontrer l'utopie représentée par une responsabilité au-delà de la loi (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. Evolution du concept de RSE

La notion de responsabilité sociétale (RS) est un rapprochement entre le concept initial RSE traduction de *Corporate Social Responsibility*, dans les années 50 aux Etats-Unis, responsabilité d'ordre éthique et philanthropique, où l'individu est au cœur des préoccupations, avec la théorie des parties prenantes, (responsabilité collective) dans les années 80, obligeant à prendre en considération l'impact des activités de l'entreprise sur un certain nombre d'acteurs, dont les attentes peuvent apparaître légitimes, et enfin, par extension, celles non exprimées des générations futures, issues du concept de développement durable (bien commun), thème cher à l'Europe depuis le début du XXIème siècle (Capron et Quairel-Lanoizelée, 2010).

Progressivement la perspective institutionnelle de la Responsabilité Sociétale des Organisations (RSO) a pris le pas sur la perspective contractuelle avec les parties prenantes, dans le cadre d'une responsabilité élargie, sous toutes ses formes (sociale, environnementale, sociétale), de gouvernance (interne/externe, managériale/politique), et non plus seulement dans une référence éthique de distinction entre le Bien et le Mal. La RSE s'est, de ce fait, appuyée sur des références normatives publiques, privées, nationales ou internationales.

Il convient de tenter de définir la responsabilité sociale de l'entreprise en décomposant le sigle R.S.E. pour mieux comprendre les enjeux de cette nouvelle idée de responsabilité. A chaque étape de l'évolution du concept de RSE, il s'agit d'un questionnement sur le sens de cette responsabilité sociale, dans sa globalité, mais également une recherche sur la signification de chaque terme rangé sous un sigle, qui, par un glissement sémantique, en change profondément la nature. Cette évolution de la responsabilité est loin d'être neutre et s'accompagne d'une mutation dans les normes de régulation (sujet, objet) : ces transformations prennent un caractère structurel et irréversible qui interroge sur le rôle de l'entreprise, dans notre société et, par voie de conséquence, de l'Etat.

R comme Responsabilité ?	R endre des comptes à	ou R épondre <i>de</i> ?
S comme Social ? ou Sociétale ?	S ociété de consommation ?	ou S ociété civile ?
E comme Entreprise ?	O rganisation ?	ou E tat?

Figure 13 Concepts acrostiches de RS

Nous découvrirons que de la naissance d'une conscience plus aiguë de la responsabilité liée aux activités économiques, l'entreprise (concept économique) prend corps pour porter cette responsabilité vis-à-vis de la société dans son ensemble (émergence du pilier social de la responsabilité sociétale) à l'instar de toute forme d'organisation (publique ou privée) et dans sa stratégie d'organisation. L'évolution du concept de RSE permet de développer à la fois une responsabilité interne et une responsabilité externe de l'entreprise (« dans » et « de »). Outre le sujet et l'objet de cette responsabilité sociale, le plus délicat est d'en délimiter alors les contours : sans périmètre bien défini, l'entreprise responsable devient une organisation responsable, au même titre que les Etats, qui participe au bien commun. Cette intrusion de l'entreprise dans la définition du « Bien commun » est une question éthique avant d'être normative sur les relations de l'Homme avec la Nature (Pesqueux, 2007b, p.215). Ces évolutions permettent de mettre en évidence les divergences dans les représentations de la RSE. Dans une perspective plus critique, nous montrerons en seconde partie que le risque de la RSE n'est peut-être pas tant d'étendre la responsabilité des entreprises que de conférer des pouvoirs à celles-ci sans responsabilité corrélative bien définie. Le flou de la norme engendre un risque de découplage. Il convient d'abord d'exposer dans ce chapitre que le flou de la norme est lui-même la résultante d'un flou dans le concept même de RSE.

Pour mieux comprendre ces débats sur l'éthique normative de la RSE, il faut repartir origines du concept de RSE (section 1) et surtout expliquer la crise de la responsabilité que nous vivons (section 2).

Section 1. Le concept de RSE

Un bref retour sur l'histoire de ce concept de gestion est nécessaire pour relever l'ambiguïté de ses liens originels avec la responsabilité juridique classique et de son ancrage normatif progressif. Il conviendra d'expliquer la perspective récente d'encastrement dans la société symbolisée par la RSO, en couplage avec le développement durable.

Sous-section 1. La naissance d'un nouveau paradigme de responsabilité

Malgré un intérêt académique manifeste pour la responsabilité sociale de l'entreprise, une recherche approfondie dans différentes disciplines sur les fondements épistémologiques et une littérature très abondante tant aux Etats-Unis (Bowen 1953, Davis 1960, Friedman, 1962, Mac Guire 1963, Manne et Wallich, 1972, Carroll, 1979, Jones 1980, Wartick et Cochran 1985, Wood, 1991, Swanson 1995, Clarkson, 1995, Husted, 2000, Vogel, 2008...), qu'en France (Capron et Quairel-Lanoizelée, 2004, 2007, 2010 ; Bessire, 2006 ; Pesqueux et Biefnot,

2002 ; Pesqueux, 2010a, 2010b, 2011b ; Perez, 2005, 2012 ; Martinet 2007 ; Gond et Mullenbach, 2004 ; Mercier, 2004 ; Acquier et Aggeri 2007 ; Savall et Zardet, 2012) ou au Canada (Rousseau et Tchotourian, 2008 et 2011, Gendron *et alii*, 2004, Dion 2001, Robert-Demontrond, 2006), le concept demeure flou, ambigu, indéterminé (Capron et Quairel-Lanoizelée, 2004, Noël, 2004, Pesqueux, 2011b) : la quantité de travaux s'avère inversement proportionnelle à la clarification du concept. Certains auteurs vont jusqu'à considérer qu'il ne s'agit pas même d'un concept, notamment compte tenu de la diversité des acteurs et des spécificités des territoires (Saincy, 2010). Les travaux scientifiques ne peuvent s'abstraire totalement des débats idéologiques : l'éthique du savant se heurte irréductiblement à l'éthique du politique (Weber, 1982). Cette absence de définition claire, nette et précise, les dissensions entre les hémisphères Nord et Sud, inégalement représentés dans les négociations, les approches américaines et européennes divergentes de la RSE, de la gouvernance, de l'éthique, rejaillit sur la détermination du cadre normatif qui demeure flou. Sans entrer dans le détail des différentes théories qui ont jalonné l'histoire, il convient de brosser dans les grandes lignes un tableau par périodes pour comprendre l'évolution de ce concept ou de ces pratiques d'acteurs afin d'en dégager les fondements normatifs possibles ou à tout le moins de comprendre le cadre institutionnel.

1. Ethique, paternalisme et philanthropie : une responsabilité individuelle

« L'article pionnier dans le champ de la responsabilité sociale, intitulé *The Changing Basis of Economic Responsibility*, date de 1916. Ecrit par l'économiste américain, John Morice Clark, l'auteur, pourtant défenseur de la théorie économique, propose un contrôle social des affaires, c'est-à-dire un élargissement des responsabilités de l'entreprise dans le volet social » (Bouyoud, 2010, p.44). Et l'ouvrage fondateur est celui de l'économiste Howard R. Bowen : *The Social Responsibilities of the Businessman* (1953), à « l'intersection de deux démarches : la clarification de la responsabilité au cœur du management des organisations et la construction d'une éthique économique à l'initiative de la Fédération des églises protestantes américaines » (Lépineux, 2010, p.55). Historiquement datée, la RSE est donc marquée par son obédience religieuse, dans une vision nord-américaine de l'éthique, tournée essentiellement vers la philanthropie.

C'est le degré premier de la responsabilité, quand il n'est pas le moyen de faire oublier des violations des droits de l'Homme de l'entreprise qui profite d'une situation de faiblesse des pays hôtes (Notat, 2003). La philanthropie se rapproche du paternalisme (Ballet, de Bry et

alii, 2011, p.46) : l'éthique des affaires demeure indissolublement liée à une certaine performance économique. Cette éthique, en outre, est le fruit du leadership : elle est personnelle et non corporative. Seule la responsabilité *sociale dans* l'entreprise a un sens. Il n'existe pas encore de responsabilité *sociale de* l'entreprise. Ce ne sont que les prémisses de la responsabilité *de* l'entreprise.

2. La Corporate Governance : la responsabilité vis-à-vis des actionnaires

Puis, pour répondre à la contrainte morale ou réglementaire, le concept de RSE est envisagé uniquement sous l'angle de la gouvernance entendue au départ comme les relations entre actionnaires et gestionnaires de l'entreprise (Gendron *et alii*, 2004 ; Pasquero, 2005). On glisse d'une responsabilité individuelle du chef d'entreprise à une responsabilité collective, pour « combler le vide réglementaire ouvert par le démantèlement du fordisme et par la mondialisation » (Besse 2005, p.992). De la théorie de l'agence en passant par la théorie des parties prenantes, c'est un florilège militant et éclectique de critiques sociales adressées à l'entreprise, plus idéologiques que solides d'un point de vue conceptuel, qui donne naissance à la RSE. La relation d'agence est assimilée à un mandat par lequel une (ou plusieurs) personne(s), appelée le principal, engage une autre personne, l'agent, pour exécuter en son nom, une tâche qui implique une délégation de pouvoirs (Jensen et Meckling, 1976). Cette représentation permet de justifier la révocabilité, la responsabilité et l'obligation de rendre des comptes des dirigeants sociaux, mais la qualification est insuffisante pour expliquer leur statut d'organe social de la société personne morale. Un « mandataire social » peut être condamné en responsabilité pour insuffisance d'actif si la société est mise en redressement judiciaire (L.651-2 du Code de commerce) car il est en charge de défendre, dans sa gestion, l'intérêt social de l'entreprise. La relation est triangulaire.

Le terme de « gouvernance » serait né en France au XII^{ème} siècle avec un sens technique : la direction des bailliages. Etymologiquement, ce terme vient de l'anglais, *governance*, gouvernement, venant du latin « *gubernare* », diriger un navire. Ce terme resurgit dans la langue anglaise dans le dernier quart du XX^{ème} siècle pour désigner « ce processus d'organisation et d'administration des sociétés humaines dans le respect et l'épanouissement des diversités » (...) qui « s'inscrit dans cette quête permanente de meilleurs systèmes de gestion des hommes et des ressources » (Moreau-Defarges, 2011, p.6-7). Mais par-delà de l'idéal visé dans le cadre de la mondialisation, la gouvernance se définit comme « l'ensemble des mécanismes organisationnels qui ont pour effet de délimiter les pouvoirs et d'influencer

les décisions des dirigeants » dans les entreprises essentiellement (Charreaux et Desbrières 1998). Deux perspectives sont envisageables : la perspective intraorganisationnelle ou *Corporate Governance* qui correspond au réaménagement de la relation de pouvoir entre actionnaires – dirigeants ou la perspective interorganisationnelle avec la *Global Governance* (gouvernance mondiale ou globale) qui est celle des multinationales tendant au travers de la dimension politique du marché à faire des normes privées des normes publiques (Pesqueux, 2007b, p.10). La gouvernance d'entreprise (Charreaux, 1997, Gomez, 1996) prétend par la régulation trouver un équilibre des pouvoirs entre actionnaires et dirigeants. Cette conception trouve sa lointaine origine dans l'ouvrage de Berle et Means de 1932 qui avait dissipé l'illusion de l'actionnaire / propriétaire « actif » en rétablissant justement les possibilités de contrôle de celui-ci. Les coûts de transaction pour contrôler les dirigeants lui donnent en partie raison. Le contrat social d'agence, mythe ou réalité, en tout état de cause ne vise que la protection de la valeur actionnariale exclusivement.

Alors que le groupe PSA a décidé d'un gel des salaires, le PDG Philippe Varin va partir avec une retraite chapeau de 21 millions d'euros. (*Journal Ouest France, 27 novembre 2013*)

L'intérêt social ne pouvant se réduire au duel entre actionnaires et dirigeants, d'autres partenaires que les actionnaires ont été considérés comme dignes d'intérêts. Quelle serait la signification du « S » de social (intérêt) ou sociale (RSE) ?

3. La théorie des « nœuds de contrats » : la responsabilité contractuelle

La théorie des « nœuds de contrats » (Capron et Quairel-Lanoizelée, 2010, p.29) a alors été évoquée parce qu'elle offre de plus larges perspectives : la notion de « partie intéressée » au sens juridique, rejoint l'idée de « groupes intéressés » (Bowen 1953). Les actionnaires, les salariés, les dirigeants, les fournisseurs, les sous-traitants, les clients, toute personne reliée par un contrat voire un mandat implicite (Gomez, 1997) avec l'entreprise était soumise à la sphère d'influence de cette entreprise. Cette théorie coïncidait avec la société entendue comme un contrat (article 1832 du Code civil). Elle permet d'expliquer une technique ou une modalité de la RSE sous forme de responsabilité contractuelle notamment dans la chaîne d'approvisionnement. Mais elle n'en définit par l'essence. La responsabilité est-elle interne ou externe ? Quelle serait son étendue ? Et comment expliquer les cas de responsabilité sociale hors contrat, à commencer par les dirigeants sociaux qui se révèlent les mandataires sociaux

de personne et dont le pouvoir est parfois plus proche de celui d'un véritable propriétaire. Cette conception a donc été jugée non seulement insuffisante car bon nombre d'acteurs ou groupes d'acteurs n'étaient pas représentés, comme l'Etat, les ONG ou encore les communautés (Martinet et Reynaud, 2004, tableau 5, p.134), mais également fausse car elle ne mesure pas le poids de certains acteurs : ainsi en est-il lorsque certaines entreprises n'obtiennent pas leur « *licence to operate* », c'est-à-dire le droit d'extraire ou d'accéder à certaines ressources dont elles sont dépendantes pour produire ou exploiter dans certains Etats. Pour autant on peut noter une « recherche de rationalisation » (Acquier et Aggeri, 2007, p. 117) avec une quête de légitimité de l'entreprise.

4. L'approche *stakeholders* : la responsabilité hors contrat

Puis, par un jeu de mots (*share-holder* / *stock-holder*, actionnaire / porteur de parts, s'opposant à *stake-holder*, porteur d'enjeux), la théorie dite des *Stakeholders* a tenté de donner une vision partenariale de l'entreprise par opposition à la vision actionnariale. L'approche par les parties prenantes dépasse, quant à elle, le cadre contractuel (Pesqueux et Biefnot, 2002) pour intégrer « tout groupe ou individu qui peut affecter ou qui peut être affecté par la réalisation des objectifs de l'entreprise » (Freeman, 1984) ; certains auteurs évoquent cependant des « parties quasi-contractuelles, sorte d'ayants-droit (principe d'*inclusiveness/inclusion*) » qui se subdivisent elles-mêmes en parties prenantes primaires et secondaires (Carroll, 1989). Elle assure un *continuum* avec la théorie de l'agence en définissant les parties prenantes comme l'« ensemble des agents pour lesquels le développement et la bonne santé de l'entreprise constituent des enjeux importants » (Mercier, 2004). Le concept de RSE a pris alors un nouveau virage : il recherche une véritable assise. De nombreux auteurs (Gond et Mercier, 2006) ont tenté, compte tenu du succès de cette théorie comme fondement possible de la RSE, de dresser une typologie des parties prenantes, notamment en fonction de leur utilité (Carroll, 1989: « primaires ou secondaires »; Clarkson, 1995 : « volontaires ou involontaires ») ou de leurs niveaux d'intérêts (pouvoir, la légitimité ou l'urgence) selon Mitchell, Agle et Wood, (1997). Dans une configuration récente, El Abboubi et Cornet (2010) ont présenté six approches (relationnelle, contractuelle, légitimité, droits, utilisation des attributs, engagement) des parties prenantes. De manière complète et critique, Bonnafous-Boucher et Pesqueux (2006), dans la lignée des travaux du CJD (2004) ont proposé de classer même des parties qui n'étaient pas « prenantes », car exclues. Ces réflexions sur les stratégies organisationnelles, en contrepoint des précédentes plus descriptives, ont aussi eu le mérite de rappeler la prééminence des considérations financières

en « reprenant » les actionnaires dans le dispositif. Nous avons tenté de schématiser ces classifications.

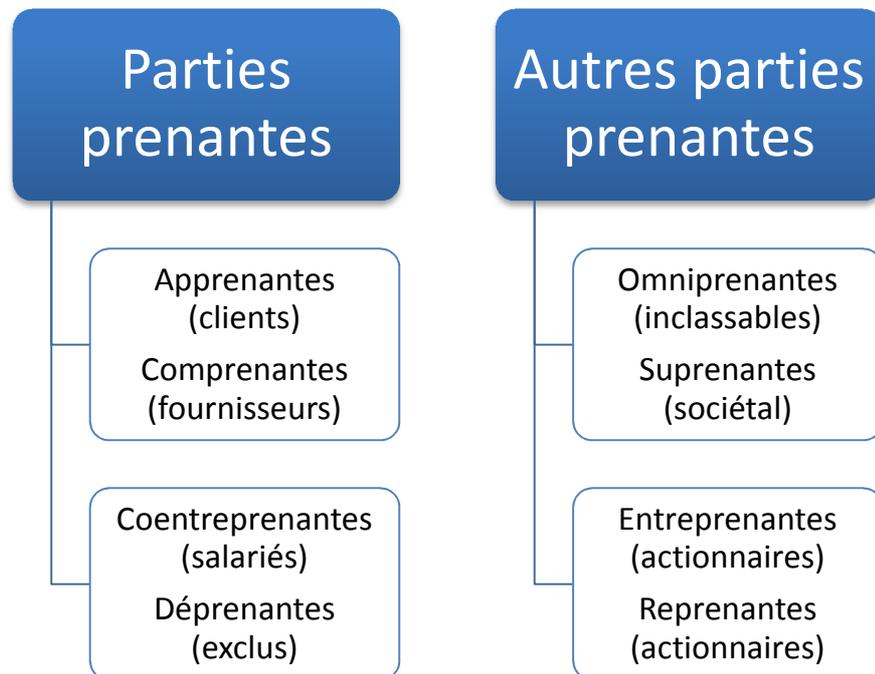
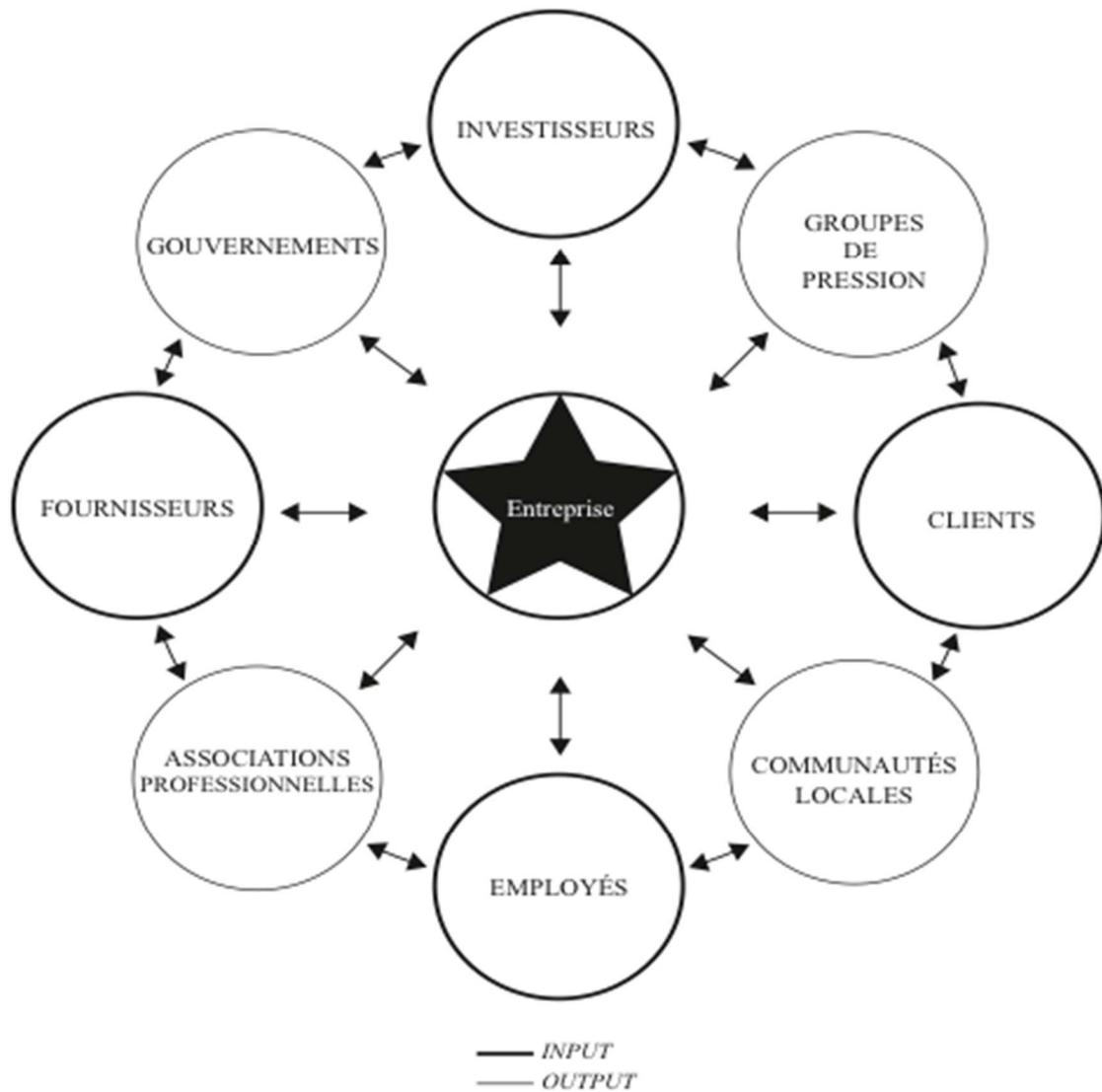


Figure 14 Autres classifications (Bonnafous-Boucher & Pesqueux, 2006)

Certaines parties prenantes dont les attentes n'étaient pas toujours exprimées (société civile, ONG, collectivités, etc.) se situent hors contrat : elles sont considérées comme « diffuses » (Pesqueux et Biefnot, 2002, p. 157). Ainsi a été posée la question des générations futures, qui, par définition, ne seront même jamais « parties » en raison de leur inexistence. C'est alors concevoir une responsabilité sans sujet ou une responsabilité illimitée. Cette conception utopique n'est pas sans danger car elle peut par ses excès ruiner le concept même de responsabilité. La doctrine juridique a effectivement réservé un accueil plus que mitigé à cette RSE qui « ne se définit donc pas et reste définitivement floue » (Daugareilh, 2010, p.x).

Les approches *Stakeholders*, proposent toutefois une analyse en réseau qui est intéressante, car elle rejoint, parallèlement, la description de l'éclatement du système normatif international. Les interactions sont nombreuses et expliquent les jeux d'influence. Nous avons représenté une synthèse de cette approche en réseaux d'influence, plus fournie et hiérarchisée selon la puissance des parties prenantes, à partir des schémas réalisés par Donaldson et Preston (1995), Mercier (1999), Rowley (1997) ainsi que Ballet, de Bry et alii (2011).

Figure 15 L'entreprise en réseau



Cette théorie représente l'une des théories normatives des parties prenantes (Pesqueux et Biefnot, 2002, p. 179) puisqu'elle explique pourquoi l'entreprise doit répondre à ces parties prenantes. Cette justification peut être morale (Ballet, de Bry et *alii*, 2011, p.230). Il émerge alors de ces différentes théories, plus exactement, une « éthique normative » (Acquier et Aggeri, 2007, p.145), la RSE se définissant comme un ensemble de démarches volontaires incombant aux entreprises « au-delà des prescriptions légales »⁸³.

⁸³ Communication de la Commission européenne du 2 juillet 2002 concernant la responsabilité sociale des entreprises: une contribution des entreprises au développement durable [COM(2002) 347 final - Non publié au Journal officiel].

Auteurs (dates)	Fondements proposés
Evan et Freeman (1993)	Capitalisme kantien
Wicks, Gilbert et Freeman (1994)	Pensée féminine
Freeman (1994)	Doctrin <i>e of Fair Contracts</i>
Donaldson et Preston (1995)	Droit de propriété
Burton et Dunn (1996)	Ethique féminine
Philips (1997, 2003)	Equité (<i>fairness</i>)
Argandona (1998)	Bien commun
D. et Dunfee (1999)	<i>Integrative Social Contracts Theory</i>
Pesqueux (2006, p.82s)	« Vivre ensemble »

(Tableau extrait de Bonnafeux-Boucher et Pesqueux, *Décider avec les parties prenantes, Approche d'une nouvelle théorie de la société civile*, 2006, p.79)

Les débats sont vifs mais certains n'hésitent à qualifier cette normativité émergente de « brouillard normatif » (Frederick, 1986, cité par Acquier et Aggeri, 2007, p.136). La légitimité de l'entreprise est remise en question (Gond et Igalens, 2008) : une scission s'opère entre la responsabilité/ légalité (*liability*) et la capacité à répondre aux parties prenantes (*responsivness*), sous-entendues autres que les actionnaires, aussi subversive puisse paraître cette vision de l'entreprise (Friedman, 1962). Les théories sur la gouvernance (Pesqueux, 2007a ; Wirtz, 2008a ; 2008b ; Perez 2009, 2012 ; Gomez, 1996, 2009 ; Igalens et Point 2009 ; Flanchec et Uzan, 2012) très vite, occultent le débat social, malgré une confusion avec l'approche managériale et les théories organisationnelles. Après le flou sur la responsabilité quant à ses auteurs, s'ajoute une difficulté quant à son champ, le « S » de RSE se muant de social à sociétal, voire coïncidant avec l'intérêt social bien compris des actionnaires, faute de précision, le doute profitant aux parties prenantes les plus puissantes. Ces théories intégratives des parties prenantes témoignent des bouleversements de la société mais n'ont pas de vertus explicatives autres. Elles contribuent à la diffusion de bonnes pratiques pour l'essentiel.

5. L'institutionnalisation de la RSE : l'objectivation de la responsabilité ?

Malgré le flou qui demeure, la RSE tente de s'institutionnaliser (Mercier, Capron et Quairel-Lanoizelée, 2010 ; Pasquero, 2005 ; Pesqueux, 2007b, Lépineux et *alii*, 2010), notamment en

Europe. Le rôle de l'entreprise ne se résume plus à être un simple agent économique (Coriat et Weinstein, 1995). L'idée, lancée par des organismes patronaux, le CJD (Centre des Jeunes Dirigeants) et le CNPF (Conseil National du Patronat Français)⁸⁴, de « l'entreprise citoyenne » prend corps (Capron et Quairel-Lanoizelée, 2004, p.222 ; Ballet et de Bry *et alii*, 2011, p.109). Mais l'approche *Business Ethics* américaine, s'oppose alors de plus en plus nettement à l'approche plus récente européenne qui, pourtant, en dérive. Toujours sur le mode volontaire, l'Europe décline la RSE comme l'intégration par les entreprises dans leurs activités économiques de préoccupations sociales et environnementales, ainsi que dans leurs interactions avec les parties prenantes, mais le contenu est bien plus conséquent. Le CSR Europe, composé de 60 entreprises multinationales, créé en 1995 à l'initiative de Jacques Delors alors Président de la Commission européenne, énumère ainsi une liste où, pêle-mêle, se retrouvent le respect de l'environnement la sécurité des produit et de la production, l'amélioration du dialogue social, le respect des droits de l'Homme, la lutte contre la corruption et le blanchiment, l'engagement dans sa communauté et le développement local, le *reporting* et le dialogue avec les parties prenantes, l'adhésion aux normes et labels de RSE, et le développement durable (Chauveau et Rosé, 2003, p.48-49). Loin de définir la RSE, cette énumération affaiblit le concept. Mais son contenu se précise⁸⁵.

L'éclectisme quant à l'objet se répercute inévitablement sur les sujets de la responsabilité. Le multiple chasse ici l'uniformité. On découvre alors qu'il est possible d'envisager une responsabilité vis-à-vis d'êtres vivants qui n'existent pas encore (les générations futures) encore appelée parties prenantes muettes ce qui correspond à un faux sens ou ne représentent pas des personnes (la planète ou l'environnement). L'entreprise devient également sujet de droit, ce qui ne va pas de soi car l'entreprise n'est pas définie juridiquement (Paillusseau, 1967, 1987 ; Noël, 2004). Mais cette responsabilisation de la personne morale comme fiction juridique est très intéressante et mérite d'être étudiée de manière approfondie comme un outil de gestion efficace (V. Partie 3).

Ce qui importe, dans cette évolution du concept, n'est plus le sujet de la responsabilité ou l'auteur mais la chaîne des responsabilités, le lien causal, voire la sphère d'influence, sans responsabilité directe, ni détermination du périmètre. La théorie des nœuds de contrats pour expliquer la RSE atteint donc ses limites en termes de responsabilité car au-delà du premier maillon de la chaîne de sous-traitance, la responsabilité disparaît.

⁸⁴ Le Conseil national du patronat français s'est transformé et a donné naissance au Mouvement des entreprises de France (Medef) en 1998

⁸⁵ Entreprise 2020 (CSR Europe)

On découvre aussi des parties prenantes surprenantes, même en dehors du réseau : l'Etat devient une partie prenante de l'entreprise ; le prisme est inversé. Les responsabilités sont diffuses et fonctionnent en miroir. Plus le concept se développe, plus les définitions se multiplient, plus le flou qui entoure la notion semble orchestré.

Le nombre de travaux académiques sur les parties prenantes est tout aussi impressionnant que les travaux sur la RSE (Lépineux et alii, 2010, analyses lexicales p.24 et des correspondances, p.109-110). Au 28 novembre 2013, sur BSCO (*Business Source Complete*), le nombre d'articles scientifiques relatifs à la *corporate governance* est de 14 718 (527, en français, pour la gouvernance) contre 1 673 contenant le sigle CSR (194 pour la RSE), 3 133 pour des articles sur les *Stakeholders* (et 30 pour des articles relatifs aux « parties prenantes » en français). C'est dire que les recherches sur la performance économique et financière de l'entreprise l'emportent en matière de responsabilité sociale sur la vision partenariale de l'entreprise et bien loin devant le concept de développement durable (266 sur *Business Source Complete*/ 355 sur Cairn). Les théories normatives tentent de supplanter les autres théories (instrumentales ou descriptives) dans un « devoir-être » d'ordre moral. Dans cet ordre-là, le modèle anglo-américain connaît une suprématie culturelle (coefficient supérieur à 100). Nous pouvons également conclure de ce bref détour par un aspect quantitatif sur la littérature gestionnaire que la volonté ne suffit pas pour asseoir une théorie ou pour se l'approprier. L'absence de RSE réglementée s'explique en partie par ces divergences culturelles : « l'impossibilité de l'avènement d'un sens commun de la RSE » (Billaudot, 2010, p.103, rejoignant ici Daugareihl, 2010), car n'ayant pas les mêmes intérêts ou attentes selon les territoires, il serait difficile d'établir des règles juridiques ou des normes internationales. Les lignes directrices de l'ISO 26000 posent plus de questions qu'elles ne donnent de réponses et surtout elles disent « quoi faire » pour être responsable non « comment le faire » (Billaudot, 2010, p.104) : il ne s'agit donc que d'une tentative de définition. Les visions américaines et européennes sont trop divergentes (les Etats-Unis n'ont pas voté pour cette norme internationale). Or, la logique d'une norme volontaire bute sur cette incompatibilité ; les intérêts ne vont pas spontanément s'harmoniser. Dans une vision libérale, donc contractuelle, le plus fort prendra donc le dessus (V. Partie 2, l'intérêt social, un concept à risque pour une nouvelle forme de gouvernance). Si la RSE bascule dans un cadre plus rigide ou normatif, elle se dissout en tant que concept de gestion. A l'inverse, l'encadrement de la RSE par la *soft law* relève de l'utopie. Et pourtant dans le contexte actuel de la mondialisation, la *soft law* est reine. C'est dire que l'objectivation de la responsabilité dans le cadre de la RSE n'est guère envisageable sans *hard law* et éthique partagée. (V. Partie 3)

Pourtant, pour justifier l'urgence d'un changement de paradigme, de nouveaux concepts ont été lancés comme la *Triple Bottom Line* d'Elkington (1998). Le concept de RSE évoluerait désormais vers une responsabilité sociétale des organisations (RSO) qui engloberait, dans la vision européenne, le développement durable. La RSE tente-t-elle d'échapper à ces contradictions irréductibles ou à un principe de circularité ?

Sous-section 2. La contribution au développement durable via la RSO

Dans l'évolution du concept de RSE, chaque étape représente un nouveau questionnement sur le périmètre de la responsabilité. Le développement durable est « un candidat au titre du nouveau paradigme organisationnel » (Combes, 2005, p.135). Néanmoins, le couplage RSE avec le développement durable n'est pas universellement partagé (Brégeon, 2004 ; Capron et Quairel-Lanoizelée, 2013). Pour autant, les rapprochements sont nombreux et l'émergence du pilier social/sociétal de la RSE, fondé sur les droits de l'Homme (V. Partie 3), a véritablement institutionnalisé l'interconnexion entre ces deux concepts (1.). Depuis le sommet de Johannesburg de 2002, les entreprises, en tant qu'acteurs économiques, sont ainsi au cœur de la problématique du développement durable, c'est-à-dire, selon la définition proposée en 1987 par la Commission mondiale sur l'environnement et le développement dans le rapport Brundtland, « **un développement qui répond aux besoins des générations du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs** ».

La responsabilité sociale de l'entreprise comme discours est surtout le moyen de s'interroger à nouveau sur le sens de la responsabilité (Laville, 2009, Laget, 2009) car Américains et Européens ne partagent pas la même vision. La suppression du « E » de RSE a été perçue comme une « dilution du concept » (Ruwet, 2009, p.114), la RSO étant une notion plus large, et surtout, plus floue. L'évolution du concept de la RSE en RSO, lors de l'élaboration de la Norme ISO 26000, a donc été négociée en contrepartie d'une contribution au développement durable (2.)

1. L'interconnexion entre développement durable (DD) et RSE

Le développement durable est un concept plus ancien que la RSE, qui implique trois obligations positives : la nécessité du développement, notamment pour satisfaire les besoins des plus démunis, en priorité, l'obligation de compter car nos ressources naturelles sont limitées et, limiter notre activité dès lors qu'elle a un impact négatif sur la planète. Il repose sur trois grands principes : le principe de précaution, la solidarité entre les générations et les territoires, la participation des populations aux décisions qui les affectent.

L'interconnexion RSE/DD n'était pas une évidence : elle s'est imposée à la faveur de certains événements et la pression des parties prenantes (Lépineux *et alii*, 2010, p.18, Chauveau et Rosé, Wolff, 2010, p.7). Pour autant, si les exigences du développement durable imposent parfois un certain nombre de devoirs aux Etats, que ceux-ci accomplissent avec plus ou moins bonne grâce, nombreux sont ceux qui, dans une vision libérale de l'économie, ne considèrent pas les entreprises liées par cette obligation, pas même moralement (Ecole de Chicago : Friedman, 1962; Becker, 1975 et Coase, 1997), ou même plus récemment les doutes exprimés par Vogel (2008) qui considère qu'il s'agit d'une mystification. Les Etats-Unis n'intègrent pas le développement durable dans leurs pratiques de responsabilité sociale. Leur vision très strictement actionnariale de la responsabilité sociale les conduit même à sanctionner en justice la prise en considération d'autres intérêts. C'est seulement dans le cadre de sociétés spécifiquement dédiées à un objet social, environnemental ou sociétal, ou qui prévoient des investissements en la matière, dans les statuts, que des dirigeants américains peuvent faire valoir un engagement RSE dans la stratégie de leurs sociétés auprès de leurs actionnaires, sans risquer d'être révoqués. Depuis 2010, une dizaine d'Etats américains ont admis dans leurs lois ce type de structure sociétaire, la *Benefit Corporation*, hybride entre l'entreprise classique et l'association à but non lucratif⁸⁶.

Néanmoins, malgré un champ sémantique différent, un courant très favorable en Europe, a admis des rapprochements entre le développement durable et la RSE au point parfois de les confondre, tant dans leurs fondements normatifs que dans leur finalité (Laville, 2009). C'est notamment pour cette raison que le pilier environnemental est le plus développé dans les témoignages d'entreprises (V. les résultats de notre Annexe 1).

La question sociale/sociétale de la Norme ISO 26000 est bien celle qui a eu le plus de difficultés à être développée : dans les pays où les droits du travail ou les droits de l'Homme sont bafoués, mais, comme dans les pays occidentaux, où les deux sont confondus (V. questions fréquentes des organisations dans le déploiement de l'ISO 26000, Annexe 1). Or, dans le cadre du développement durable, c'est le volet sociétal qui est le plus présent dans le cadre du développement (issu de la création du PNUD en 1966), à la différence du volet social (bien intégré surtout depuis la Déclaration tripartite de l'OIT de 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail visant 8 conventions fondamentales et l'insertion de 4 principes au Pacte mondial des Nations unies de 1999).

⁸⁶ <http://www.benefitcorp.net/state-by-state-legislative-status>

Dans la Norme ISO 26000, une véritable clarification a été opérée : 3 questions centrales distinctes sur 7 portent l'une sur les droits de l'Homme, l'autre sur les communautés et le développement local et enfin une troisième, sur les relations et les conditions de travail.

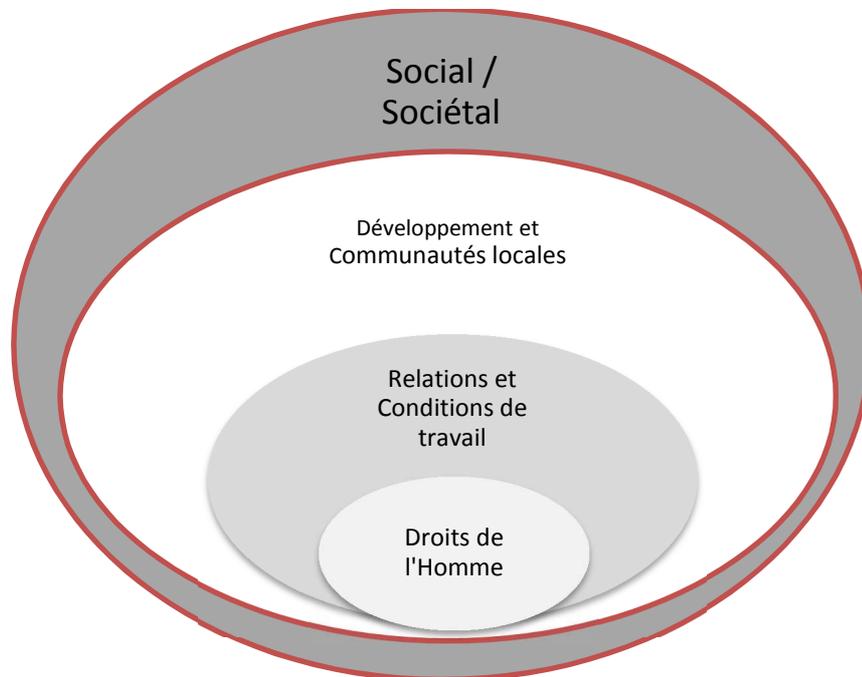


Figure 16 Symbiose du pilier social/sociétal RSE/DD

Cette interconnexion par intégration progressive dans la RS a pour conséquence de faire entrer les organisations dans la gouvernance mondiale selon une conception élargie compte tenu de leurs nouvelles responsabilités sociétales et leur devoir de participer au développement durable. A défaut de réponses politiques, toutes les formes d'organisation tentent d'apporter leur contribution au « bien commun ». Les entreprises, comme toute forme d'organisation (associations, collectivités, ONG...) sont appelées ainsi à pallier les déficiences de l'Etat (Gendron, 2010, Pesqueux, 2007b). L'appel était clair de la part de l'ancien secrétaire général des Nations Unies Kofi Annan lorsqu'il a proposé le Pacte mondial des Nations unies. Un véritable engagement était demandé aux entreprises pour contribuer au développement durable ; mais aucune responsabilité n'allait de pair. Le Pacte mondial a connu de ce fait un engouement important à ses débuts. Le passage de la RSE à la RSO, aujourd'hui entériné par le Pacte mondial qui compte, au premier novembre 2013, 7860 entreprises sur 11960 adhérents, ne s'est pas fait sans heurt à l'ISO.

2. La contribution au DD comme contrepartie de l'extension du champ de la RS aux organisations

L'adhésion à la Norme ISO 26000 par les parties prenantes du monde industriel a été moins franche et beaucoup plus difficile à négocier car il s'agissait de définir le périmètre de responsabilité des entreprises en matière sociale puis sociétale, en pleine crise économique mondiale, sur la demande, non pas des Etats, mais des consommateurs, partie prenante forte pour bon nombre d'entreprises.

Avant de se transformer en RSO, la RSE a d'abord vu son « E » disparaître : les entreprises tentaient de se faire oublier au milieu de tous les présumés responsables potentiels. Les scandales financiers, environnementaux entraînaient une stigmatisation des entreprises irresponsables et les entreprises craignaient avec une norme sur la RSE une véritable contagion. Les Chinois ont essayé, en vain, de renvoyer les responsabilités uniquement sur les grandes entreprises, autrement dit les donneurs d'ordre occidentaux, cherchant à exclure les PMI-PME qui constituent l'essentiel de leur tissu économique.

Certains auteurs, utopistes du développement durable (Ducroux, 2002), lui substituaient même le « E » de « Environnement », la RSE devenant la responsabilité sociale et *environnementale* (Laville, 2009) pour tous. L'entreprise n'était plus responsable que de manière subliminale...

Mais cette omission que l'on retrouve d'ailleurs dans le titre même de la Norme « Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale » sans « E » et sans « O » est révélatrice de l'ambiguïté et de la volonté de diluer le *concept*, autrement dit le *sujet* : c'était un calcul stratégique. Or, il ne s'agit pas seulement du niveau de contrainte (Ruwet, 2009, p.115). Si l'auteur n'est pas déterminé, en droit, il ne peut exister de responsabilité, sinon collective parfois.

En revanche, l'enjeu du sigle, qui n'était, certes, pas que terminologique, a eu pour effet de déplacer le débat sur le terrain du développement durable et de permettre de trancher entre la conception européenne et américaine de la RS en incluant une contribution au développement durable dans la finalité de la RS : ce lien entre développement durable et RS n'était pas formalisé en 2009 (le schéma de la Norme ne le présentait pas à l'origine). Or, le développement durable avait déjà ses lettres de noblesses et s'inscrivait dans le système normatif comme un principe général du droit. Supprimer la référence au développement durable aurait été alors perçu, en France notamment, comme une tendance régressive, dans une norme aussi ambitieuse que les lignes directrices de l'ISO 26000, qui, de plus, faisaient suite au guide de la performance globale SD 21000 dont l'obligation positive de contribution

au développement durable était l'objet. L'équilibre s'est ainsi établi, par un glissement sémantique au départ, en élargissant le périmètre de la responsabilité sociale à la responsabilité sociétale et environnementale. A défaut de clarifier le concept, une réflexion sur le « S » s'est engagée, consacrant le volet social de la responsabilité (Ballet *et alii*, 2011). Les entreprises industrielles, premières destinataires de la norme, ne s'y sont pas trompées et ont demandé de limiter encore leur responsabilité en la matière : il ne s'agit plus que « d'optimiser » la contribution au développement durable à travers la RS. Les premiers utilisateurs de la Norme déjà aguerris pour certains aux normes de management des systèmes environnementaux de la série ISO 14001 ont été surpris par la nature de cette nouvelle norme plus développée en matière sociale qu'en matière environnementale : ils ont logiquement demandé des développements futurs de la Norme ISO 26000 sur cette question centrale qu'ils ont trouvé atrophiée par rapport aux précédentes (V. Annexe 1). Mais la Norme ISO 26000, très généraliste par définition, n'a jamais eu la vocation de les remplacer. Elle s'est alors davantage positionnée comme une norme de gouvernance organisationnelle (V. Partie 2) plus qu'une norme de management classique.

Par ce couplage avec le DD, Le consensus, a, en définitive, plus institutionnalisé la RS, que les organisations (O) en elles-mêmes. Faut-il le rappeler, la RS (et par conséquent la Norme ISO 26000) n'était pas destinée à toute forme d'organisation, *a fortiori* aux Etats et à ses démembrements : « La responsabilité sociale de l'entreprise peut ainsi être considérée comme l'expression de la sphère privée économique à destination de la société civile non économique et plus accessoirement à la société politique » (Pesqueux, 2010)⁸⁷.

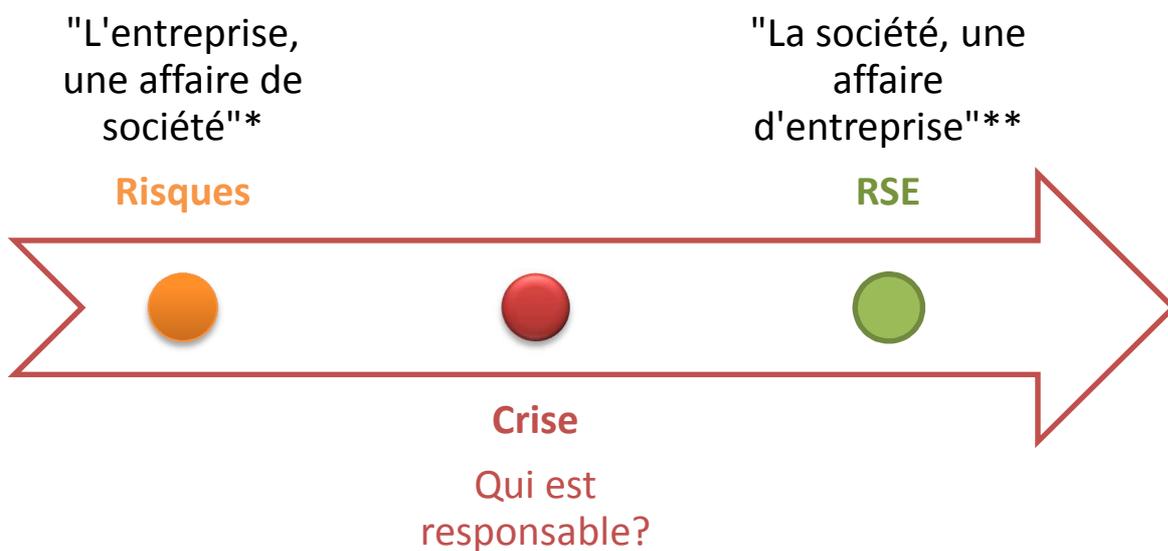
Le DD est toutefois bien présent comme fil rouge définitivement inscrit dans la Norme : toutes les organisations ont l'obligation morale d'y contribuer pour être responsables sociétalement... qu'il s'agisse de diminuer leur impact social ou environnemental ou par leur objet même.

Section 2. La crise de la responsabilité

Il y a quelques années, l'entreprise était pointée du doigt. Les grandes entreprises notamment étaient associées à l'idée de risque. Il convenait de surveiller ses agissements et d'encadrer juridiquement son activité et de développer des responsabilités corrélatives (assurances, dommages-intérêts pour compenser les préjudices causés par ses externalités négatives).

⁸⁷ http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/50/96/92/PDF/Gouvernancedequois_agit-il.pdf

Quelques années plus tard, c'est l'inverse : la société demande à l'entreprise de la prendre en charge ses attentes sous peine de voir son « droit de cité » remis en cause (Laufer, 1996, p.18). Comment expliquer ce changement de posture ? Que s'est-il passé ? La RSE est-elle une réponse à un appel sociétal ? « Jusqu'où l'entreprise peut-elle être responsable ? » (Daudigeos et Valiorgue, 2010, p.78). L'entreprise n'est plus seulement tenue de prévenir les risques, d'être solvable pour indemniser les victimes, mais également de promouvoir les droits sociaux fondamentaux et les droits de l'Homme. Comment expliquer ces nouvelles pressions normatives sur les entreprises ?



* De Sainsaulieu R. (1992)

** Bébéar (2006)

Figure 17 Les nouveaux visages de la responsabilité de l'entreprise

Sous-section 1. Une crise globale, des causes multiples, qui est responsable ?

La RSE au XXème siècle est liée à un contexte historique particulier. L'époque contemporaine a connu en effet un certain nombre de signaux d'alerte sans que les liens entre eux soient analysés conjointement dans cette perspective. Ces signaux sont éclectiques et ne comportent pas de liens entre eux : la révolution russe 1917 avec la montée en puissance de l'Etat interventionniste, la conférence de Bandoeng en 1955 des « non-alignés » qui marque la

fracture sociale mondiale liée aux excès du capitalisme international, l'ordre donné par le Club de Rome 1972 (Halte à la croissance!) et le premier choc pétrolier 1973.

Des crises éthiques majeures ont également suivi le drame de la Shoah et la mort des idéologies (fin du nazisme et du stalinisme) : le nihilisme ou le vide éthique (« Le crépuscule du sens » Nietzsche). L'individualisme et l'essoufflement de l'Etat providence, son corollaire, marquent de nouvelles étapes dans le questionnement des sociétés occidentales. A ces crises profondes, s'ajoutent des crises environnementales avec l'épuisement des ressources, de très graves pollutions et l'écart croissant entre riches et pauvres sans compter les scandales moraux et financiers.

L'épuisement des ressources et la répartition inégalitaire de certaines richesses comme l'eau potable sont devenus ou deviendront des sources de conflits majeurs compte tenu de l'explosion démographique et de l'urbanisation croissante, sans véritable politique de la ville, des transports, de gestion des déchets et de la santé.

Pour autant, il est difficile, dans ces crises globales (économiques, financières, sociales et environnementales), de déterminer un responsable et la liste est longue de ceux qui, à un titre ou à un autre, portent une responsabilité mais qui, du fait de la globalisation de la crise, décline toute responsabilité individuelle. Tout se passe comme si la mondialisation des crises et des causes entraînait une irresponsabilité générale.

La RSE comme concept a pu progresser du fait également que la législation et les diverses réglementations ne parvenaient pas à mettre un coup d'arrêt à ces scandales financiers, crises des *subprimes* et déficits abyssaux des Etats. Elle s'est développée en contrepoint des failles du système public.

La crise de la responsabilité que nous observons est donc « essentiellement une crise de la gouvernance » (Geiger, 2010, p.173). Pour autant les nouveaux impératifs écologiques (dont le réchauffement climatique), sociaux et humains, politiques, économiques et financiers permettent d'affirmer que la responsabilité sociale et environnementale ne peut être une mode (Laville, 2009, p.61).

A l'obligation de ne pas faire, s'est ajoutée une obligation de faire. Or, s'il est plus facile de poser des règles à ne pas transgresser (négatif), les juristes sont plus que mal à l'aise dès lors qu'il faut prescrire des comportements (positifs). C'est toute la divergence dans les conceptions de la responsabilité qui ressortent ici dans le débat sur la RSE.

Sous-section 2. Des conceptions différentes de la responsabilité

Aux crises financières, économiques sociales qui se succèdent, il est difficile d'apporter des réponses simples, tant les causes sont nombreuses et les responsabilités imbriquées et complexes. Le terme de responsabilité renvoie à plusieurs conceptions très divergentes selon les cultures et les systèmes juridiques. La RSE fait alors figure de hydre mélangeant des responsabilités individuelles et collectives, civiles et pénales, morales et juridiques.

Comment introduire, de surcroît, la responsabilité de l'entreprise, quand l'entreprise n'est pas même définie juridiquement (Cozian *et alii*, 2012) quand, de surcroît, les réalités économiques de l'entreprise varient d'un Etat à l'autre, quand la notion de personne morale demeure inconnue dans certains systèmes juridiques, et, tout simplement, quand la traduction du terme « responsabilité » ne fait pas l'unanimité ?

1. Définition de la responsabilité

Etymologiquement, la responsabilité vient de « *respondere* » en latin qui signifie « répondre de », « se porter garant » (Capron et Quairel-Lanoizelée, 2010), d'une promesse, d'un engagement, « c'est-à-dire en accepter la charge » (Noël, 2004, p.6). En France, nous avons un seul terme « responsabilité » qui englobe trois formes de responsabilité en langue anglaise (Delalieux, 2007, p.41): « *responsibility* » (responsable pour ou responsable de), qui est à la fois une responsabilité morale et une responsabilité juridique, « *liability* » (responsabilité légale), et « *accountability* » (obligation de rendre des comptes). La responsabilité recouvre alors la sanction et la réparation, le châtimement ou la peine.

Depuis peu, s'ajoute à ce triptyque, la « *responsivness* » (Post et Mellis, 1978), ou capacité à répondre aux attentes de ses parties prenantes, qui, selon Carroll (1979), correspond à la *Corporate Social Responsibility*.

Le mot responsabilité revêt effectivement deux significations essentielles : assumer une charge et/ou devoir de rendre des comptes. La notion d'*accountability* revêt plusieurs dimensions allant de la mesure de ce qui compte à la responsabilisation (Pesqueux, 2012) ; elle signifie, principalement, dans les textes en langue anglaise, comme dans sa traduction en langue française, la responsabilité liée à l'obligation de rendre des comptes (Dumez, 2008). *To account for*, ou « rendre des comptes », rejoint l'*accountability to*, « être responsable de », selon les déclinaisons du Harrap's Shorter. En Afrique (« lingala ») la responsabilité signifie « grosseur », par extension, poids, et dans les pays du Sud, charges inévitables envers la communauté; en Inde, la responsabilité est un devoir pour accomplir son *dharma*, envers soi-même et les autres (Robert-Demontrond, 2008, p.90); en chinois, le même idéogramme

signifie « charge » ou « digne de confiance » (intersubjectivité de l'être); au Kenya, en swahili, la responsabilité est de l'ordre d'une mission décrétée par Dieu, définition qui a une résonance dans les pays islamiques, correspondant en fait à l'initiative humaine volontaire, qui endosse la responsabilité d'un acte en toute ignorance de sa portée (verset 72 du Coran), donc notion proche de l'irresponsabilité (destin) ou d'une responsabilité vis-à-vis de Dieu (foi); aux Philippines, c'est l'idée de la dignité d'autrui (unité du moi et des autres, identité partagée, Sizoo, 2008)... la liberté individuelle est donc une responsabilité sociale (Sen, 2003, p.17, 43 et 95), alors qu'en Occident, la responsabilité est la conséquence d'un acte volontaire, initiative individuelle, tâche confiée par autrui (Ballet *et alii*, 2011).

2. L'exercice d'une liberté ?

L'éthique de la responsabilité a donc un sens différent dans chaque communauté. Deux philosophies de l'éthique se distinguent. L'une, occidentale, repose plus sur l'idée de liberté, selon Weber (1982), de choix, d'alternative. L'autre, sur la nécessité, le devoir vis-à-vis de la communauté, voire le destin à accomplir. Ces conceptions ne sont pas antinomiques, puisque théoriquement, la liberté n'a de bornes que celle d'autrui, ce qui constitue une obligation de respect. Le Conseil constitutionnel français en a déduit un principe de responsabilité⁸⁸. Mais techniquement, le monde occidental, dissocie la loi (impérative) de l'éthique (facultative). La confusion entre la loi et le droit naturel, ou encore, entre l'impératif de la loi ou de la responsabilité, est plus prégnante dans certaines civilisations. Pour les uns, il s'agit donc d'une volonté, pour d'autres, d'un devoir moral. Or, la morale se traduit par un *corpus* d'us et coutumes, liée à l'idée de responsabilité, mais où l'abstraction juridique n'a pas toujours sa place. On comprend mieux alors le respect de la loi ou des usages (contrainte) et le dépassement de la loi (éthique/morale) selon le point de vue retenu.

La doctrine juridique, en France, tant privatiste que publiciste, s'interroge aussi sur les fondements philosophiques de ce principe de responsabilité (Radé, 2008). Il est très intéressant de noter que le principe constitutionnel de responsabilité civile a été finalement rattaché par le Conseil constitutionnel lui-même⁸⁹ au principe de liberté de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789⁹⁰. L'idée d'une responsabilité

⁸⁸ Déc. 2007-556 DC 16 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs (§40).

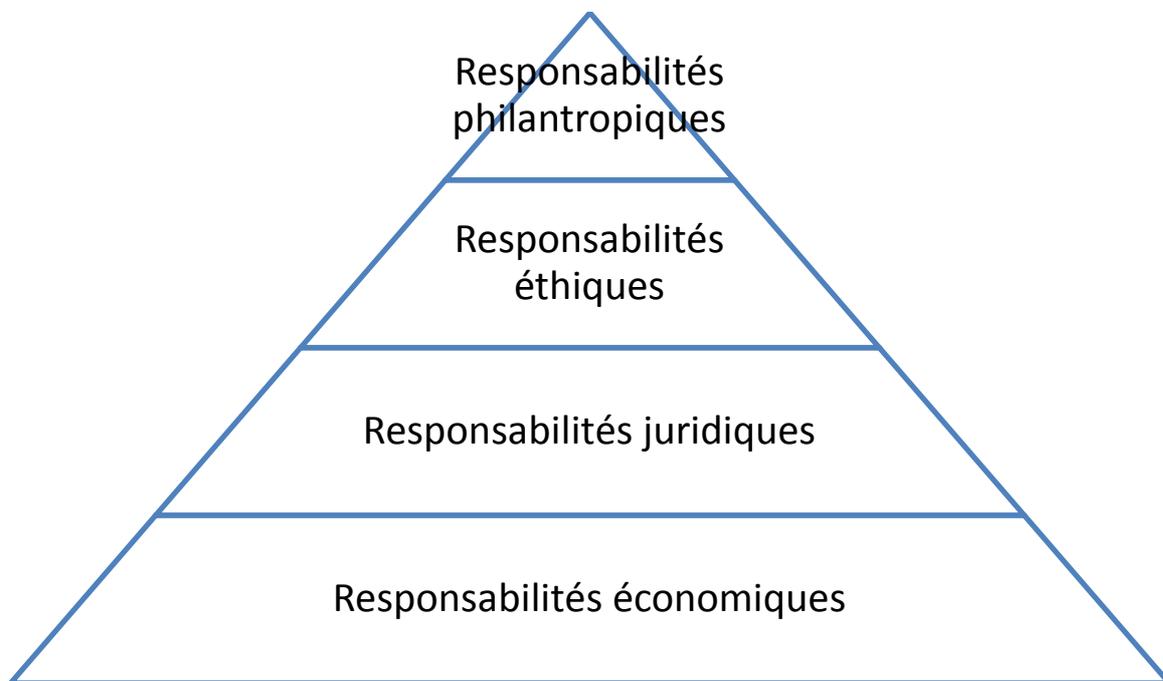
⁸⁹ Décision n°99-419 DC du 9 novembre 1999, loi relative au pacte civil de solidarité.

⁹⁰ Article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles

sociale des entreprises au-delà de la loi, arrimée au principe de liberté, n'est donc pas tombée du ciel. Elle repose à la fois sur des fondements philosophiques, juridiques et culturels français.

De surcroît, c'est l'exigence de ne pas nuire à autrui, éthique minimaliste qui a prévalu, à travers cette reconnaissance constitutionnelle. En filigrane, c'est toute l'éthique occidentale de la responsabilité, conçue comme une liberté, qui ressort de cette conception de la RSE, avec la réduction des impacts environnementaux et sociaux des activités des entreprises, devenues le *credo* de l'Union européenne. La responsabilité s'est ainsi publicisée sous couvert d'un respect du principe de liberté et d'égalité civiles.

C'est, sans nul doute, le schéma de Carroll (1979) qui traduit le mieux cette idée de responsabilité, comme exercice d'une liberté, au-delà des contraintes économiques et juridiques.



L'idée de liberté a perduré et se retrouve dans le concept de *CSR* d'origine américaine donc venu d'Occident, qui lui confère une relation très particulière avec les normes, notamment les normes juridiques. L'isomorphisme de cette pyramide, avec la pyramide de Kelsen, n'est toutefois pas un hasard : la RSE est également un concept normatif.

qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.

Chapitre 2. L'utopie d'un concept de gestion au-delà la loi

Compte tenu du flou relatif à ce concept de gestion, les juristes n'ont pas manifesté d'intérêt pour la responsabilité sociale de l'entreprise, du moins au départ. Pour les juristes, la RSE relève certes davantage de la notion qui se rapproche usuellement de la catégorie juridique (Theron, 2005, p.2418). Quoiqu'il en soit les notions comme les concepts concourent à mettre à la disposition du droit sous forme d'idées, dotées d'un coefficient de généralité plus ou moins élevé, des instruments techniques indispensables ». Pour beaucoup, les termes sont synonymes (Rials, 1984, p.40 ; Bergel, 2001a, p.115).

Parce qu'il serait un concept de gestion, et non un concept juridique, la RSE afficherait une certaine liberté par rapport à la loi (Bouyoud 2010, Noël, 2004, p.8, Pailot, 2006, Meyer, 2005, Gendron, 2010, Billaudot, 2010, Trébulle et Uzan, 2011) tout en rappelant toujours que le respect de la loi est préalable (Deumier, 2008, p.350), les entreprises étant toujours en quête d'une forme de légitimité rationnelle (Capron et Quairel-Lanoizelée, 2010, p.43). Est-ce à dire que la RSE s'affranchirait de la loi ? N'est-ce pas là le mythe du contrat social qui ressurgit (Rosé, et *alii*, 2006), avec l'idée d'une « adhésion » implicite (Salmon, 2002, p.32) ou d'une « RSE explicite » (Capron et Quairel-Lanoizelée, 2010, p.8)?

Il est vrai que la Communauté européenne met l'accent sur l'intégration *volontaire* des pratiques de RSE (Chanteau, 2009). Que signifie un concept d'application volontaire ? Un concept de gestion d'application volontaire est-il d'application facultative, autrement dit non contraignant ? Il convient d'entrer dans la subtilité du langage pour pouvoir distinguer le caractère facultatif d'un dispositif par rapport au caractère volontaire d'une norme de la *soft law*. L'émetteur du droit souple (autorités publiques) ou d'un outil de la *soft law* (code de conduite privé) peut être influent et presser ses destinataires de s'y conformer. C'est une question de pouvoir et de légitimité. La maison-mère d'une entreprise privée multinationale a parfois même plus de poids dans ses filiales que le droit public interne du pays hôte. Une nuance tend ici à s'imposer entre le facultatif et le « fortement conseillé ». Les normes prudentielles, dites Bâle I, II ou III, ont pris un tour très contraignant, selon la réception dans certains pays qui l'imposent à leurs banques. En matière de responsabilité, quel qu'en soit le domaine, la portée juridique des textes est très variable, mais on balance, selon les cas, entre un droit ou un devoir. Pour ne citer qu'un exemple, le *whistleblowing* (dispositif d'alerte éthique), tel qu'il est inscrit dans la SOX, et repris sous une forme atténuée, en France, par la

CNIL (Commission Nationale Informatique et Libertés), présente ce double visage⁹¹. Le droit du travail prévoit par exemple une protection pour le lanceur d'alerte en cas de harcèlement (articles L.1152-2 et L.1152-3 du code du travail) et le droit commercial précise que le commissaire aux comptes ne peut non plus être inquiété pénalement dans l'exercice de ses fonctions, dès lors qu'il fait une « déclaration de soupçon » (article L.822-17 du Code de commerce). Une loi récente vient d'encadrer ce dispositif d'alerte⁹² prévue en matière d'hygiène et sécurité.

La loi a cependant un caractère très relatif face aux enjeux économiques qui apparaissent prédominants (question de survie) : la RSE a sur ce point une relation très ambiguë avec les normes juridiques et tente de réconcilier le couple économie et éthique. Nous exposerons rapidement les différents fondements juridiques qui sous-tendent la RSE car ils sont souvent méconnus (« face immergée de la RSE, » Queindec, 2011, p.213) mais demeurent les plus nombreux.

C'est, en définitive, bien plus la loi qui est souple que le concept lui-même. A y regarder de plus près, la RSE s'appuie également sur de « grandes références substantielles ou sur des incitations émanant d'organisations internationales et donne lieu à de nouvelles formes de régulation combinant obligations contraignantes et démarches volontaires avec l'intervention croissante de multiples acteurs » (Capron et Quairel-Lanoizelée, 2010, p.48) tant publics que privés.

On observe que les sciences de gestion sont à l'origine d'un concept dont la sève est normative : non seulement la RSE est adossée à des normes publiques mais elle secrète ses propres normes. Ce complexe normatif est intéressant (Section 1) car il confère à la RSE une force normative originale (Section 2) par hybridation.

Section 1. Le complexe normatif de la RSE

L'approche volontaire de la RSE est la partie visible de la RSE. On oublie trop souvent que la responsabilité sociale ou environnementale des entreprises est déjà en bonne partie réglementée par du « droit dur » et, plus précisément, des dispositions d'ordre public. En France 70% de nos textes en droit de l'environnement proviennent de l'Union européenne

⁹¹ <http://www.cnil.fr/documentation/fiches-pratiques/fiche/article/les-alertes-professionnelles-enqu岸tions/>

⁹² Loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte

dont de nombreux règlements européens (ex : REACH⁹³) qui ne souffrent pas de dérogation. Il existe même depuis quelques années un code de l'environnement : les textes sont impératifs. Une jurisprudence audacieuse vient d'accepter l'idée d'un « dommage environnemental » suite au naufrage de l'Erika. Quant au droit social, le cadre juridique a des origines plus anciennes : les premières lois datent de 1806 (création du Conseil des Prud'hommes), puis 1841 pour l'interdiction du travail des enfants de moins de 8 ans, 1864 pour le droit de grève, 1893 loi sur l'hygiène et la sécurité et 1898 loi sur les accidents du travail (principe de responsabilité patronale)... **La responsabilité sociale et environnementale n'a jamais été supplétive de volonté. Pour autant, la RSE n'est pas définie comme un concept légal mais un concept de gestion d'approche volontaire. Ce paradoxe permet d'expliquer le double visage de la RSE, à la fois normatif et juridique et la fertilisation croisée qui en résulte. Certains auteurs, tels Lepage, Daugareilh ou Queinnec, Serres ou Trébulle, n'hésitent pas à parler, depuis une dizaine d'années, d'un droit du développement durable.**

L'exposé de toutes les normes ou règles sur lesquelles repose la RSE serait fastidieux mais révélateur de cette utopie à considérer la RSE comme un concept libérant les entreprises du carcan juridique. L'engagement volontaire est sans nul doute l'exercice d'une liberté, mais il n'est pas sans contrainte. Il traduit un besoin d'anticiper parfois des normes impératives et le souci de mettre en œuvre des dispositifs de prévention des risques ESG (Environnementaux, Sociaux et de Gouvernance). Il n'est donc jamais totalement déconnecté d'un substrat juridique, tant en amont, qu'en aval des décisions prises. Un inventaire rapide sans exhaustivité pour donner une idée du panorama normatif complexe dans lequel gravitent les entreprises, permet de s'en convaincre. Il est à la fois national et international ; les sources sont éclectiques, tant privées que publiques. Nous présenterons ces normes RSE dans l'ordre logique de notre démonstration : du plus contraignant au moins contraignant.

Sous-section 1. Les normes publiques

Le cadre normatif international se distingue du cadre national. Les normes internationales sont tributaires du bon vouloir des Etats pour les appliquer (transpositions dans des lois et réglementations nationales) et les faire appliquer, par le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, le plus souvent. Nous nous appuyerons partiellement sur l'inventaire établi par Ivan Tchotourian en 2006.

⁹³ Règlement entré en vigueur le 1^{er} juin 2007 relatif à l'Enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des produits chimiques — (en anglais: Registration, Evaluation, Authorization and Restriction of Chemicals)

1. Normes internationales publiques

Dans un cadre normatif dominé par le marché, il n'est pas surprenant de présenter les normes de l'Organisation Mondiale du Commerce comme étant les plus importantes. **L'OMC a, dans son préambule, fixé un objectif de développement durable.** Les échanges commerciaux doivent être « orientés vers le relèvement des niveaux de vie » ... « tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales » ... « en vue de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis respectifs à différents niveaux de développement économique ». Ce préambule qui ne vaut que comme une déclaration de principe (suivie de la Déclaration de Doha 2001). Les traités bilatéraux d'investissement (TBI) ont souvent remis en cause les protections accordées par certains Etats à l'environnement, à la santé, aux droits de l'Homme lors de procès des investisseurs contre les Etats. Les nouveaux modèles de TBI tentent de remédier à la situation. L'ORD (Organe de règlement des différends) de l'OMC et les instances arbitrales prennent en revanche plus en considération le développement durable dans leurs sentences, même si ce revirement est un épiphénomène. L'obligation relève bien de la *hard law*, du fait même de leur contractualisation et de la transposition dans les lois nationales du droit économique international, mais les entreprises transnationales trouvent la parade pour que ces dispositifs restent lettre morte (Delmas-Marty, 2005a).

A l'inverse, les **conventions de l'OIT** (Organisation Internationale du Travail) sont obligatoires pour les Etats mais respectées très diversement selon les régions et les pays, alors que la déclaration tripartite de l'OIT à l'intention des multinationales de 1977 à laquelle a été incorporée les principes et droits fondamentaux au travail issus de la Déclaration de l'OIT de 1998 - visant expressément 8 conventions fondamentales de l'OIT⁹⁴ qui traitent de la liberté syndicale et reconnaissance effective du droit de négociation collective, l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire, l'abolition effective du travail des enfants et l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession - exerce une forte pression sur les entreprises tant nationales qu'internationales (Duplessis, 2004, p.52). C'est le seul instrument juridique universel en matière sociale qui s'adresse à toutes les entreprises. Régulièrement des rapports publics permettent de donner un éclairage sur l'application, dans

⁹⁴ n°87, n°98, n°29, n°105, n°138, n°182, n°100, n°111

le monde, du code international du travail constitué de 189 conventions et de près de 200 recommandations qui s'appliquent aux Etats qui les ont ratifiées⁹⁵.

A ces 8 conventions fondamentales s'ajoutent 4 conventions dites prioritaires dont la **convention n° 144 sur les consultations tripartites relatives aux normes**.

L'OIT est effectivement composée de manière tripartite, de représentants des gouvernements, des employeurs et des travailleurs, et a une triple fonction :

- Une **fonction normative**, la Conférence Internationale du Travail (CIT) étant chargée depuis 1919 d'enrichir le corpus des normes internationales du travail
- Une fonction de contrôle de l'application de ces normes via plusieurs instances également tripartites. Si ce contrôle d'application n'est pas assorti d'un régime de sanctions, il s'impose néanmoins dans les Etats de droit.
- Une fonction d'expertise sociale, les experts du Bureau International du Travail produisant d'importants rapports sur les questions économiques et sociales.

En matière environnementale, la **Déclaration de Rio** sur l'environnement et le développement de 1992 est très importante également quoique simple déclaration. La première elle a inscrit le principe de précaution dans ses dispositions (raison laquelle les Etats-Unis ne l'ont pas signée) et a conduit par le jeu contractuel des Agendas 21 locaux et territoriaux à essaimer. En France, nous avons inscrit le principe de précaution dans notre Charte de l'environnement qui exceptionnellement est d'application directe (Jegouzo et Lolum, 2004). **Le protocole de Kyoto de 1997** (entré en vigueur en 2005) qui avait préconisé une réduction des émissions de gaz à effet de serre (GES) par rapport à un seuil fixé en 1990 est également à mentionner car il découle de la convention cadre sur les changements climatiques de l'ONU : cet instrument n'est pas universel (les Etats-Unis et la Chine ne l'ont pas ratifié et le Canada, le Japon et la Russie se sont retirés) mais il est contraignant pour les pays qui se sont engagés, ne représentant que 15% des émissions de GES. Les négociations stagnent pour l'essentiel malgré l'urgence liée au réchauffement climatique (Le Deault et Kosciusko-Morizet, 2006)⁹⁶.

⁹⁵ <http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:1:0::NO>

⁹⁶ LE DEAULT J.-Y. et KOSCIUSKO-MORIZET N., Rapport n°3021 Assemblée Nationale, au nom de la MIES (Mission d'Information sur l'Effet de Serre) 12 avril 2006.

Au niveau régional, **l'Union européenne** est sans nul doute l'instance qui a produit le plus de textes sur la RSE à partir des traités et textes fondateurs de l'Union:

- Traité de Rome (1957) instaurant la CEE (faisant suite à la CECA de 1951 et à la CEEA de 1957) avec une libre circulation des travailleurs
- Charte sociale européenne (1961 contenant 19 droits, révisée en 1996, 31 droits inclus) engageant les « Parties contractantes ». La jurisprudence du Comité européen des droits sociaux (CEDS) a constaté à travers certains Etats des violations de la charte par des entreprises et signalé ces manquements aux Etats.
- Le Traité de Maastricht (1992) avec un protocole d'accord sur la politique sociale additionnel, adopte une stratégie de développement durable,
- Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs (1989)
- Charte des droits fondamentaux de l'union européenne (2000) : dès lors que les principes du développement durable ou le droit à un environnement sain y sont énoncés dans les tous premiers articles des chartes ou résolutions et que d'autres conventions internationales réitèrent ces principes ou droits fondamentaux, le développement durable, la santé, l'environnement ne sont plus seulement des objectifs, ce sont désormais des principes.
- Traité d'Amsterdam (1997) insère un titre sur la politique sociale (reprenant le protocole antérieur et l'enrichissant) et un autre sur une « coordination des stratégies pour l'emploi » avec une méthode de *benchmarking* (étalonnage) pour montrer l'exemple à suivre
- Accord cadre du Conseil de l'Union européenne (2003) relatif à la lutte contre la corruption dans le secteur privé
- Traité constitutionnel européen (2004) et Traité de Lisbonne (2007) dans la lignée de la Stratégie de Lisbonne lancée par le Conseil européen en 2000...

La Commission européenne a dernièrement dévoilé toute sa stratégie en matière de RSE pour 2011-2014 du 25 octobre 2011 et dans les deux dernières résolutions du parlement européen de 2013 (V. Partie 2). Elle a publié un guide des marchés publics devant satisfaire des critères environnementaux par exemple et indiqué les normes qu'elle recommande aux entreprises qui s'engagent dans une démarche RSE de suivre (Pacte mondial des Nations unies, Principes directeurs de l'OCDE, lignes directrices de l'ISO 26000).

En Europe, dans les textes impératifs (V. Partie 2 et 3 pour le détail de tous les textes à propos des droits de l'Homme et jurisprudence), il faut également citer

- **La Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales de 1950**

- **Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales de l'OCDE (1997)**

Et ayant aujourd'hui valeur de principes généraux du droit, nous pouvons signaler l'existence des **principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales** de 1976, révisés à plusieurs reprises, et tout récemment, en mai 2011, qui impliquent de manière très originale les 34 Etats adhérents par des points de contact nationaux (PCN) représentant un maillon fort dans le développement de la RSE. Chaque année un rapport paraît avec les mesures prises par chaque gouvernement en la matière. Voici un extrait du rapport du PCN français du 2 décembre 2013 sur la mise en œuvre des principes directeurs de l'OCDE dans la filière textile-habillement (<http://www.tresor.economie.gouv.fr/File/398810>) :

Selon les Principes généraux des Principes directeurs, les entreprises devraient « contribuer aux progrès économiques et sociaux en vue de parvenir à un développement durable » et « exercer une diligence raisonnable fondées sur les risques », dont « la nature et la portée dépendent des circonstances propres à une situation particulière ».*

Recommandation n°1 : Contractualiser les engagements éthiques et le respect des normes internationales de l'OCDE et de l'OIT

Le PCN rappelle que les Principes directeurs de l'OCDE devraient constituer le référentiel de conformité des entreprises multinationales et servir de fondement à leurs relations contractuelles. En effet, selon les Principes directeurs, « les entreprises peuvent aussi influencer leurs fournisseurs par le biais d'accords contractuels tels que des contrats de gestion, des obligations de pré-qualification pour les fournisseurs potentiels, des conventions de vote ou encore des accords de licence ou de franchise ».

Dans le secteur textile-habillement, les engagements éthiques des entreprises multinationales devraient en particulier permettre de veiller au respect des standards et des conventions de l'OIT, dont la première étape est leur retranscription dans leurs codes de bonne conduite.

Le PCN constate que de nombreuses entreprises disposent de codes de conduite volontaires, traduisant leur adhésion à certaines valeurs éthiques dans des domaines comme l'environnement, les droits de l'homme, les normes du travail, la protection des consommateurs ou la fiscalité. Cependant, il constate que la qualité de ces codes est hétérogène et qu'ils ne renvoient pas tous aux mêmes droits fondamentaux. A ce titre, le PCN rappelle que, selon les Principes directeurs, « **dans tous les cas et indépendamment du pays ou du contexte spécifique dans lequel s'inscrivent les activités des entreprises, il faut se référer pour le moins (...) aux droits fondamentaux exposés dans la Déclaration de l'Organisation internationale du travail de 1998 sur les principes et droits fondamentaux au travail** ».

En outre, les engagements éthiques du donneur d'ordres étant transférés au(x) fournisseur(s), ils doivent l'être de manière précise. Ainsi, les contrats doivent clairement mentionner les cadres de référence éthique de l'entreprise. A cet égard, il convient de rappeler que la conformité aux Principes directeurs intègre des critères sociaux et environnementaux et non pas seulement le respect des caractéristiques intrinsèques du produit.

* V. art. A1 et A10 du chapitre II des Principes directeurs et commentaires relatifs aux principes généraux.

En 1999, au Forum économique mondial de Davos, le Secrétaire général de l'ONU, Kofi Annan, a proposé un « **pacte mondial** », destiné à tous les peuples de la planète afin de les faire bénéficier des avantages de la mondialisation et d'ancrer les marchés mondiaux à des valeurs et pratiques indispensables pour répondre aux besoins socioéconomiques, aux entreprises. Celles-ci s'engagent à « embrasser, promouvoir et faire respecter » un ensemble de valeurs fondamentales dans le domaine des droits de l'homme, des normes du travail, de l'environnement et de la lutte contre la corruption, en se fondant sur (10) principes inspirés de la Déclaration universelle des droits de l'homme (2), la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail (3), la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (3), la Convention des Nations Unies contre la corruption dite de Mérida (1).

- 1) Les entreprises doivent promouvoir et respecter les droits de l'homme reconnus sur le plan international.
- 2) Les entreprises ne doivent pas se faire complices de violations des droits fondamentaux.
- 3) Les entreprises devraient respecter l'exercice de la liberté d'association et reconnaître le droit à la négociation collective.
- 4) Élimination de toutes les formes de travail forcé et obligatoire.
- 5) Abolition effective du travail des enfants.
- 6) Élimination de la discrimination en matière d'emploi et d'exercice d'une profession.
- 7) Promouvoir une approche prudente des grands problèmes touchant l'environnement.
- 8) Prendre des initiatives en faveur de pratiques environnementales plus responsables.
- 9) Encourager la mise au point et la diffusion de technologies respectueuses de l'environnement.
- 10) Les entreprises sont invitées à agir contre la corruption sous toutes ses formes, y compris l'extorsion de fonds et les pots-de-vin (10^{ème} principe intégré en 2004)

Le 20 avril 2006, le Secrétaire général a même nommé un groupe de 20 leaders des milieux d'affaires, du monde syndical et de la société civile pour siéger au Conseil d'administration du Pacte mondial des Nations unies. L'ONU, instance des Etats souverains, a créé une véritable révolution en institutionnalisant un dialogue entre différentes parties prenantes du monde de l'entreprise. Les Etats ne signent pas le pacte : ce sont les organisations qui adhèrent. Les adhérents sont encouragés à publier une description précise de la façon dont ils soutiennent le Pacte mondial et les 10 principes, connue sous le nom de « Communication sur le Progrès ». Le Pacte mondial est convaincu que l'ouverture et la transparence encourage les participants à de bonnes pratiques. Mais l'absence de contraintes juridiques et de contrôle du respect des engagements pris par les multinationales est critiquée par des ONG (Capron et

Quairel-Lanoizelée, 2004, p.32). Certaines d'entre elles n'hésitent pas à dénoncer le risque d'opportunisme des entreprises, qui pourraient utiliser la caution onusienne pour masquer leurs pratiques de « violations des droits humains et de l'environnement ». La FIDH va encore plus loin dans sa critique, puisque, selon elle, « le Pacte mondial consacre un renversement inquiétant : les droits de l'Homme sont proposés aux entreprises comme une disposition facultative, alors qu'ils devraient s'imposer à elles, puisqu'ils sont par essence les valeurs communes de l'humanité ». Par cette adhésion au Pacte mondial, l'ONU accepte, voire, en proposant gratuitement son assistance technique par le biais de ses agences (PNUE, PNUD), encouragerait l'assujettissement de l'intérêt général à l'intérêt particulier. Le Pacte mondial est certes une initiative exclusivement volontaire; mais il contrôle et impose une conduite à tenir ou activités aux entreprises par le biais de la « Communication sur le Progrès ». Cette dernière devient de plus en plus exigeante, au point que les entreprises qui ne font en réalité aucun effort pour améliorer leurs pratiques finissent par être éliminées. L'ONU a mis en place un filtre qui permet de refuser une communication quand le *reporting* est jugé insuffisant ou de mauvaise qualité. La sanction est la radiation définitive du pacte mondial : l'entreprise n'est plus habilitée à utiliser le logo du Pacte mondial. Le contrôle peut paraître purement formel et la sanction ridicule, compte tenu des enjeux, mais le nombre de radiations est tel que le site du Pacte Mondial actualise en ligne le nombre d'adhérents en valeur absolue mais n'affiche plus le nombre d'organisations radiées. En termes d'image pour l'entreprise, l'impact est loin d'être négligeable.

Le **Conseil des Droits de l'Homme de l'ONU** a également adopté, à l'unanimité, le 16 juin 2011, des Principes directeurs pour la mise en œuvre du cadre de référence « Protéger, respecter et réparer » élaborés par le Représentant spécial de l'ONU, John Ruggie. Ceux-ci reposent notamment sur l'obligation de protéger qui incombe aux Etats y compris quand un tiers (entreprise) porte atteinte aux droits de l'Homme et sur la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'Homme.

Le **Conseil de l'Europe** qui regroupe 47 Etats a lors de sa 85^{ème} réunion du Comité directeur pour les droits de l'Homme le 7 et 8 juin 2012 retranscrit la totalité des dispositifs existants (normes et réseaux) dans le monde pour un projet d'étude préliminaire sur la RSE. Le projet

est presque abouti et pour sa faisabilité, il préconise un partenariat avec l'Union européenne⁹⁷ notamment pour mettre en place un nouvel instrument de droit souple pour combler les écarts d'intégration, de gouvernance et de conformité aux normes des droits de l'Homme entre Etats.

En droit de l'investissement et en matière de gouvernance (Brissy et Guigou, 2008), de nombreuses directives européennes égrènent des dispositions impératives (directive « Prospectus » du 4 novembre 2003, directive « MIF – Marchés d'instruments financiers » - du 21 avril 2004, directive « Transparence » du 15 décembre 2004, concernant l'information des émetteurs et enfin les directives du 17 mai et 14 juin 2006 prévoit de rendre obligatoires les comités d'audit pour les émetteurs ...). Dans les mesures de *soft law* qui ont un impact majeur, les Principes pour l'Investissement Responsable (UNPRI) de 2006 de l'ONU sont à mentionner. En 2013, 1123 investisseurs gérant au total 32000 milliards de dollars actifs ont adhéré à ces principes des Nations Unies. Le Forum européen de l'investissement durable considère que le marché de l'ISR atteint environ 7000 milliards d'euros en septembre 2010⁹⁸. De nombreux Etats sont engagés dans la RSE. Les initiatives françaises retiendront toute notre attention.

2. Les normes nationales publiques

Le Protocole de Kyoto a été décliné dans de nombreux Etats. La France avait prévu un certain nombre de mesures de *hard law* (contravention en cas de dépassement de la vitesse en cas de pic de pollution, taxe carbone), qui lors de contentieux judiciaires et d'un contrôle de constitutionnalité respectivement, n'ont pu prospérer. Mais, en droit fiscal, le bonus-malus écologique a tout de même été adopté dans l'industrie automobile. A compter du 1^{er} janvier 2012, les sociétés sont également obligées de publier dans leur rapport de gestion les informations relatives à leur politique d'investissement selon les critères ESG. C'est une première étape vers la comptabilité sociétale.

Le droit des marchés publics a également évolué : la commande durable est possible et prévue aux articles 5, 6, 14 et 53 du code des marchés publics. Ainsi, la référence aux normes

⁹⁷[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other_committees/hr_and_business/Documents/CDDH\(2012\)R76_AddendumVII_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other_committees/hr_and_business/Documents/CDDH(2012)R76_AddendumVII_EN.pdf)

⁹⁸ Résolution du 6 février 2013 du Parlement européen sur la RSE : promouvoir les intérêts de la société et ouvrir la voie à une reprise durable et inclusive (2012/2097 INI).

techniques et écolabels est prévue dans les marchés publics (art.6). On s'achemine vers un label des entreprises citoyennes.

Les dispositions impératives les plus importantes, en France, portent sur les obligations de transparence, pour éviter des conflits d'intérêts, rendre des comptes en matière de données dites extrafinancières, et répondre à des exigences de bonne gouvernance.

En matière de **gouvernance** (V. Partie 2), nous pouvons citer un certain nombre de dispositions législatives⁹⁹ :

- la loi sur les nouvelles régulations économiques (NRE) du 15 mai 2001 (L.225 du Code de commerce) rééquilibre les pouvoirs entre conseil d'administration et direction générale. Les administrateurs gagnent en indépendance par rapport au Président. Une personne physique ne peut exercer plus de 5 mandats dans des sociétés cotées dont le siège social est en France. Les administrateurs peuvent tout comme les actionnaires obtenir des informations qu'ils jugent utiles. Le rapport annuel doit mentionner la rémunération et les avantages en nature versés durant l'exercice du mandat à chaque mandataire pour toutes les sociétés contrôlées. Le capital nécessaire pour exercer certaines actions est abaissé de 10 à 5%.
- La loi de sécurité financière (LSF) du 5 février 2003 a créé un Haut Commissariat aux Comptes (HCC) qui surveille la profession et veille au respect de la déontologie, et l'AMF (qui remplace la COB) dispose d'un pouvoir de sanction.
- La loi du 3 juillet 2008 accroît les obligations de transparence (V. *comply or explain*)
- Loi du 27 janvier 2011 oblige à avoir une représentation équilibrée hommes-femmes au sein des conseils d'administration. L'indépendance des administrateurs est réaffirmée.

Sur la RSE proprement dite :

- il faut noter l'insertion de l'article 116 de la loi NRE qui oblige les sociétés cotées à rédiger un rapport de développement durable mais sans sanction prévue (autre que celle du marché),
- la loi du 3 août 2009 de programmation du Grenelle 1 de l'environnement a choisi de développer l'information sociale et environnementale à destination des parties prenantes,

⁹⁹ Pour le détail de ces lois, V.Cabane, 2013

- la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite loi Grenelle 2) étend les obligations d'information sociale et environnementale (article 225-102-1 du code de commerce).
- Dans le décret du 24 avril 2012 la liste des informations à fournir est établie : elle couvre 42 critères. Ce rapport de gestion intégré au rapport de gestion (qui a succédé au rapport de développement durable) est exigé ; mais aucune sanction n'est prévue.

Article L.225-102-1 alinéa 5 du Code de commerce

« Il comprend également des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité ainsi que sur ses engagements sociétaux en faveur du développement durable et en faveur de la lutte contre les discriminations et de la promotion des diversités. Un décret en Conseil d'Etat établit deux listes précisant les informations visées au présent alinéa ainsi que les modalités de leur présentation, de façon à permettre une comparaison des données, selon que la société est ou non admise aux négociations sur un marché réglementé ».

- Toutefois un contrôle va s'effectuer (arrêté du 14 juin 2013) et un OTI « organisme tiers indépendant » est chargé de délivrer une attestation de présence de tous les éléments demandés¹⁰⁰ à partir du 31 décembre 2011 pour les sociétés cotées ou 2016, selon la taille des sociétés (R.225-104 du code de commerce)¹⁰¹. Le cas échéant, il donnera un avis motivé sur les explications fournies en cas d'absence de certaines informations. Il effectue ses missions avec des diligences qu'il devra mentionner. Ce n'est pas un avis de conformité mais de sincérité. Il peut procéder par collecte de données, échantillonnage vérification sur site : le contrôle est nettement moins approfondi que pour les comptes annuels.
- Cette vérification des données dites extrafinancières doit se faire selon un référentiel à venir français ou recommandé par la France (V. Partie 2, nos commentaires critiques sur la proposition de l'AFNOR de se référer à l'ISAE 3000).

Progressivement la *hard law* gagne du terrain. Les normes de RSE ressemblent de plus en plus à des normes juridiques classiques. Et, les normes privées, véritables instruments de la

¹⁰⁰ Décret n°2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale et Arrêté du 13 mai 2013 (JORF 14 juin 2013) déterminant les modalités dans lesquelles l'organisme tiers indépendant conduira sa mission de vérification.

¹⁰¹ V. tableau Partie 2, La notion d'intérêt social, un concept à risques

soft law, deviennent elles-mêmes obligatoires par les biais des clauses contractuelles entre parties prenantes.

Sous-section 2. Les normes privées

Les référentiels privés sont multiples et s'adosent, le plus souvent, à des normes publiques. Il est impossible d'en faire l'inventaire exhaustif d'autant plus qu'ils peuvent se décliner différemment suivant les régions et les secteurs d'activités, voire être rédigés à l'échelon de l'entreprise. Nous ne citerons donc que les principaux au niveau international et national.

1. Les normes internationales

Une classification et *thesaurus* ont été réalisés par l'Organisation internationale de la francophonie (D'Huart et De Backer, 2007)¹⁰² : nous nous appuyerons sur cet ouvrage pour cibler quelques référentiels clefs.

Dans les plus connues, la ***Global Reporting Initiative*** en lien avec la CERES (*Coalition for Environmentally Responsible Economies*) et le PNUE (Programme des Nations Unies pour l'Environnement) en 1997 se fixe comme objectif d'élaborer des normes de *reporting* pour rendre compte des performances RSE. La 4^{ème} version de la GRI vient d'être publiée en 2013¹⁰³. Elle comporte deux parties : les lignes directrices proprement dites et le guide de mise en œuvre (elle établit des tableaux de correspondance notamment avec les principes directeurs de l'OCDE).

Les **Principes de l'Equateur** (2003) lancés par des grands groupes bancaires pour demander aux banques de prendre en compte dans l'évaluation des grands projets (10M dollars et plus) qu'elles financent les impacts sociaux et environnementaux. Ces normes sont un outil du droit souple.

D'autres normes privées sont intéressantes mais ciblées sur un élément de la RSE soit le volet social, soit le volet environnemental :

- les normes ISO (14000) sur les systèmes de management environnemental
- norme EMAS (système communautaire de management environnemental) et EFQM (European Foundation for Quality Management) applicables en Europe
- OHSAS 18001 sur l'hygiène et la sécurité

¹⁰² http://www.ifdd.francophonie.org/docs/responsabilite-societale/RS_invent_10.pdf

¹⁰³ <http://bit.ly/1jAivC4>

- La norme SA 8000

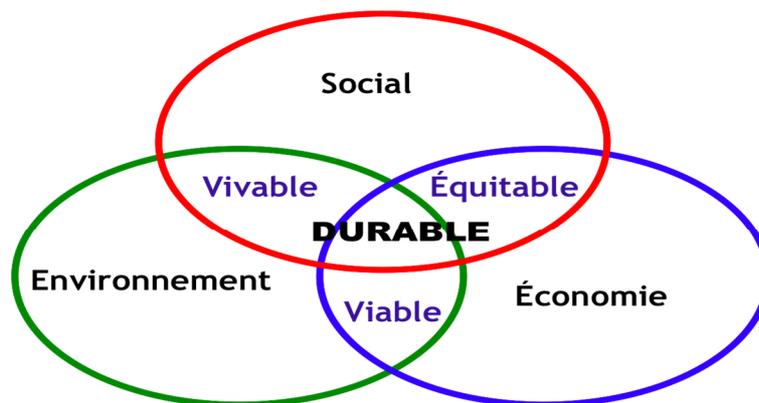
Conçue et administrée par le CEPAA (*Council on Economic Priorities Accreditation Agency*), devenu le SAI (*Social Accountability International*), ONG créée en 1997, filiale de du CEP chargé depuis 1969 d'évaluer les performances des entreprises en matière sociale, elle garantit que l'entreprise certifiée respecte des critères sociaux de l'OIT dans les PMP (procédés méthodes de production), elle programme dans son dispositif de certification des contrôles permanents. Elle exige la conformité aux normes nationales, comme préalable comme toutes les normes de RSE, et dans les obligations contractuelles elles s'appuient sur des principes de l'OIT, la Déclaration Universelle des droits de l'Homme et des exigences renforcée dans 9 domaines : travail des enfants et travail forcé, hygiène et sécurité, pratiques disciplinaires, discrimination, liberté syndicale et négociations collectives, temps de travail, rémunération, système de gestion.

- A 1000 ou AA 1000

AccountAbility lancée en 1999, par l' *Institute of Social and Ethical Accountability* a pour objectif d'« accroître la responsabilité et la performance globale des organisations en augmentant la qualité sociale et éthique de la responsabilité, des rapports et audits » (Gendron 2003). L'objectif est de mieux rendre compte de la participation active des parties prenantes.

2. Les normes nationales françaises

Le guide de la performance globale SD 21000 favorise la prise en considération des trois piliers du développement durable dans la stratégie et le management (Brodhag, 2010).



L'AFNOR décline de nombreuses autres normes de l'ISO, soit dans le domaine environnemental, soit plus récemment social.

Des labels sont aussi proposés (Label diversité, Label égalité).

L'autorégulation des entreprises figurent également en bonne place : nous l'avons étudié notamment dans le cadre des chartes éthiques et code de bonne conduite (V. Titre 1).

En définitive les normes « RSE sont un composites de normes d'effet direct, d'applicabilité indirecte et de sources alternatives de valeurs juridiques différentes » (Serres et *alii*, 2011). La RSE n'est pas une responsabilité hors normes, elle n'est pas non plus complètement en-dehors du champ juridique dans lequel elle est immergée. La question qui se pose maintenant est de connaître les effets de cette immersion.

Section 2. La force normative de la RSE

C'est le résultat de notre observation. La force normative de la RSE est surtout sensible en matière de droits de l'Homme (Queinnec et Bourdon, 2013, Daugareilh 2010). Nous avons surtout voulu schématiser la façon dont le jeu de forces normatives agit et comment la norme peut évoluer, selon sa place dans ce champ de forces. Dans ce schéma, nous étudions plus précisément l'impact sur les entreprises.

Sous-section 1. La force normative de la RSE dans le champ des droits de l'Homme

C'est dans ce domaine du droit en pleine effervescence, qui oscille entre droit subjectif et droit objectif que l'évolution est la plus remarquable. Elle se manifeste surtout sous la forme d'influences réciproques à la fois entre les normes de RSE qui se répliquent les unes les autres, sur les normes internationales publiques et privées (la Norme ISO 26000 en est l'exemple le plus abouti) plus généralement sur la force normative des discours politiques. La règle de droit évolue effectivement par la montée en puissance des normes de la *soft law*, qu'elle entérine voire provoque quand le découplage entre le discours et la réalité est trop important.

Toutefois, nous ne saurions masquer notre scepticisme : ce n'est pas quelques affaires retentissantes en justice ou quelques prouesses en procédure pénale ou civile d'avocats passionnés et militants pour obtenir la recevabilité d'actions symboliques qui changent véritablement les modes de fonctionnement des entreprises.

Flash info dernière minute : arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 2010

La Cour de cassation a autorisé la justice française à enquêter sur une affaire de « biens mal acquis », suite à une procédure lancée par Transparency International France. Jusqu'à présent effectivement, les associations de lutte contre la corruption ne pouvaient arguer d'un quelconque préjudice personnel dans ce type d'affaires. Au contraire, la justice considérait qu'il revenait au seul Parquet d'engager des poursuites en matière de corruption. Un juge d'instruction va devoir déterminer dans quelles conditions le patrimoine français des présidents gabonais, congolais et guinéen a été acquis. Aujourd'hui, le juge d'instruction va pouvoir vérifier si les banques notamment ont bien respecté la loi anti-blanchiment. L'objectif concret, au-delà de l'importance juridique capitale ouverte par cette « brèche judiciaire » (dixit William Bourdon célèbre avocat en matière de DH) est d'obtenir le droit à restitution de ces biens aux pays victimes.

http://www.lepoint.fr/monde/biens-mal-acquis-une-porte-ouverte-pour-les-associations-anticorruption-09-11-2010-106945_24.php

Nous montrerons en seconde partie de cette thèse, nos inquiétudes face la méthodologie retenue qui consiste à s'appuyer essentiellement sur des mesures des *soft law* sans aucune garantie pour l'effectivité des droits.

La force normative est également à relativiser face aux moyens limités des Etats, quelle que soit leur bonne volonté. Le « sursaut des Etats » (Queinnec et Bourdon, 2013, p.3) est nécessaire : il n'est pas suffisant.

Un des apports de ces travaux de recherche est de montrer d'avantage les limites de chaque type de norme (juridique ou autre) pour faire progresser la RSE. La *soft law* vient souvent combler un vide, plus qu'elle ne se substitue à la *hard law* pour l'évincer.

Une troisième voie que nous avons explorée, avec ce travail sur la responsabilité des entreprises transnationales, porte sur les perspectives ouvertes par le flou du droit, dépeint avec talent par le Professeur Delmas-Marty (2004b) qui le juge nécessaire dans un contexte mondial. L'Etat postmoderne (Chevallier, 2004) peut devenir totalitaire, quand il prend trop de place au détriment des libertés. Il peut également s'effacer devant d'autres souverainetés. Mais, la société sans Etat, c'est le risque que les entreprises prennent le pouvoir sans contrepouvoir, la société civile n'ayant pas les moyens de lutter. « Les empires transnationaux » ont pris le pouvoir dans des « espaces économiques » qui n'ont souvent plus rien en commun avec les Etats sur lesquels ils règnent parfois en maîtres (Salmon, 2011).

C'est aussi ce mouvement de recul de la société, se traduisant par une « démocratie affaissée » (Pesqueux, 2007b), qui peut conduire à d'autres idéologies plus dangereuses, aux communautarismes et au repli identitaire.

Le flou du droit, tel qu'incarné par les droits de l'Homme, démontre que la RSE ne se contente pas de flotter entre droit souple et droit dur, celle-ci génère du droit ou des revendications de la société civile qui s'expriment par le prisme des droits subjectifs des droits de l'Homme au point de lui conférer une consistance et une vocation à participer au droit objectif.

Sous-section 2. Les organisations dans le champ de forces normatives

Selon le point de vue, les normes peuvent paraître plus ou moins contraignantes :

- On peut se placer au centre pour situer une entreprise ou une organisation soumise à la fois au droit national, au droit international, aux normes privées et publiques. Plus on se rapproche du centre, plus l'entreprise est tributaire du territoire sur lequel elle est implantée et subit des contraintes venant de tous horizons. Dans cette perspective, les normes de RSE paraissent loin de ses préoccupations immédiates mais l'atteignent toutefois par institutions internationales ou régionales interposées.
- On peut se placer du côté des normes et du jeu d'influence qu'elles ont entre elles pour comprendre l'inter-normativité qui est à l'œuvre qui leur donne plus ou moins de force et donc de chance de toucher leur destinataire en se durcissant et en se rapprochant du centre,
- Expliquer également comment les normes de RSE, essentiellement des normes de *soft law*, se durcissent en entrant dans le champ des normes de *hard law*, elles aussi soumises à un phénomène d'attraction, ou au contraire,
- S'interroger voire s'inquiéter du progrès des droits fondamentaux « par un adoucissement des normes dures, dans la recherche d'une élévation de l'effectivité ou du niveau de protection des droits fondamentaux » (Deumier, 2013a, p.1564)
- On peut également regarder l'Etat français isolé dans sa souveraineté symbolisée par ses trois pouvoirs d'origine (législatif « L », exécutif « E » et judiciaire « J »), doublé dans ses prérogatives par les AAI (autorités administratives indépendantes) qu'il a lui-même secrétées, avant d'être soumis à des forces plus importantes au niveau international.
- Le champ de force se réduit à mesure que l'on s'éloigne, mais on perçoit l'infini, le cercle non clos, la relativité de l'ensemble qui peut rencontrer dans ce champ planétaire d'autres champs de normes et de forces qui pourraient contrarier sa propre trajectoire s'ils étaient plus puissants.

- La multiplicité des normes montre la démesure, l'impossible mesure, la génération spontanée de normes (Deumier, 2005, Mazuyer, 2009) venant de tous horizons et à tous niveaux.

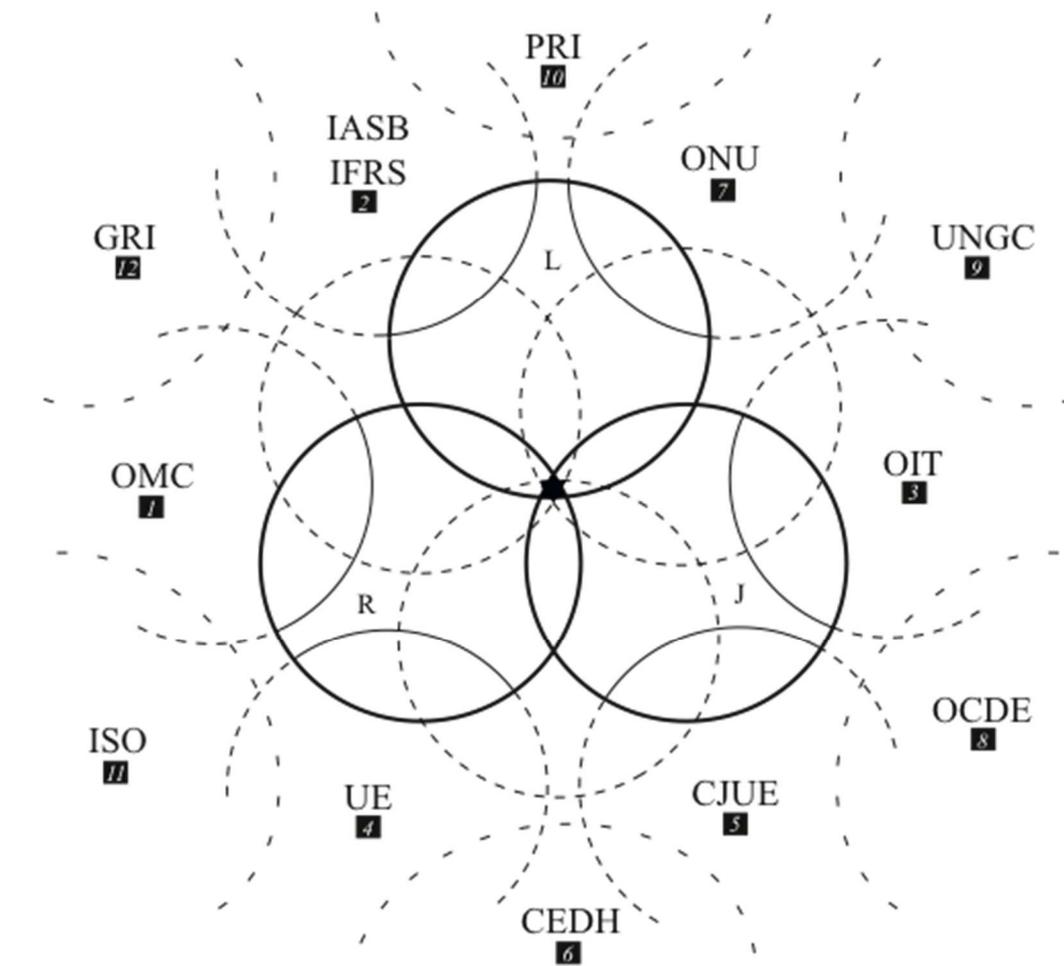
L'idée était aussi de démonter la pyramide, avec la description de la perte de la norme fondamentale noyée dans un univers de normes non hiérarchisé.

- Au désordre succède un phénomène de « pluralisme ordonné » (Delmas-Marty, 2006), comme nouvelle théorie des normes (Fontaine, 2007) car il y a des logiques dans ce champ de forces qui ne sont pas dues au hasard. La poussée d'Archimède fait son office (densité/volume) : la « densité normative » (Thibierge, 2003, p.599 ; Cuzacq, 2011, p.199) participe au degré de contrainte de la norme.

- l'entreprise est prise dans un champ de forces plus qu'un réseau : il n'y a pas de contrat même implicite parfois mais des forces contraires et des trajectoires qui évoluent.

- ce champ de force décrit la sphère d'influence de chacun (norme/ entreprise/ organisation/ Etat), la RSE étant un sujet éthique et politique.

L'étude détaillée des lignes directrices de l'ISO 26000, première norme internationale relative à la responsabilité sociétale des organisations permet d'illustrer ce phénomène de force normative et de renouveau normatif à travers la RSE.



FORCE CONTRAIGNANTE DES NORMES :

- 0** Droit positif interne français (L : loi / R : règlement / J : jurisprudence)
- 1** OMC normes du commerce international
- 2** IASB/IFRS normes comptables et financières
- 3** OIT normes sociales internationales
- 4** UE normes européennes
- 5** CJUE jurisprudence économique communautaire
- 6** CEDH jurisprudence européenne des droits de l'Homme

- ★ ENTREPRISES FRANÇAISES
- == HARD LAW
- SOFT LAW
- - FUZZY LAW

NORMES RSE :

- 7** ONU Principes directeurs du Conseil des droits de l'Homme sur les droits de l'Homme et les entreprises
- 8** OCDE Principes directeurs pour les entreprises multinationales
- 9** UNGC Principes du Pacte Mondial des Nations Unies
- 10** Principes pour l'Investissement Responsable des Nations Unies
- 11** Normes ISO (qualité / environnement / risques / RSO)
- 12** GRI normes de reporting

Figure 18 Champ macrocosmique de forces normatives

Titre 3. Les lignes directrices de l'ISO 26000 relatives à la responsabilité sociétale des organisations

L'ISO 26000 est-elle une norme de plus dans le « bazar des normes » (Pesqueux, 2010a, p.217) ? Ou une réelle innovation en matière de responsabilité sociétale ? Que va-t-elle apporter aux entreprises par rapport au Pacte Mondial des Nations Unies (UNGC), aux Principes directeurs de l'OCDE¹⁰⁴, au GRI¹⁰⁵ ou parmi les référentiels en matière sociale ou environnementale, de source privée, les plus connus, tels OHSAS 18001, ISO 14001, qui déjà ont donné le pli ?

Publiées depuis novembre 2010, les lignes directrices de l'ISO 26000 définissent la responsabilité sociétale comme « la responsabilité d'une organisation vis-à-vis des impacts de ses décisions et activités sur la société et l'environnement, se traduisant par un comportement éthique et transparent qui contribue au développement durable, y compris à la santé et au bien-être de la société, prend en compte les attentes des parties prenantes, respecte les lois en vigueur tout en étant en accord avec les normes internationales de comportement, est intégré dans l'ensemble de l'organisation et mis en œuvre dans ses relations ». En créant cette norme sociétale, l'ISO (*International Organization for Standardization*) a ainsi réussi le pari de renverser la perspective : on est passé à de « l'entreprise, affaire de société » (de Sainsaulieu, 1992) à « la société une affaire d'entreprise » (Bébéar, 2006). La crainte de l'empiètement et la question de la légitimité par rapport aux normes de la *soft law* (Thibierge, 2003, p.599) ont alors motivé la rédaction d'interdits plus ou moins fondés, d'un point de vue juridique ou pratique, comme l'interdiction de certains usages tels le contrat, le règlement ou encore la certification (Cadet, 2010b).

La validation de la norme, réduite à sa plus simple expression, n'en est pas moins acquise : seuls cinq comités membres de l'ISO, certes non des moindres puisque les Etats-Unis (premier producteur de normes au monde) et l'Inde (un des plus grands pays fournisseur de

¹⁰⁴ Organisation de Coopération et de Développement Economique

¹⁰⁵ *Global Reporting Initiative*

l'Occident) ont rejeté le projet final de norme internationale (*FDIS/ Final Draft International Standard*).

Les « lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale » constituent un outil de référence parmi les autres textes de la *soft law*, un guide d'objectifs et de bonnes pratiques dont l'objet est de clarifier les termes de RSE (Responsabilité Sociale de l'Entreprise) au niveau mondial et de définir une terminologie commune pour toutes les organisations, notamment pour les PME (petites et moyennes entreprises) trop souvent absentes de l'agenda du développement durable. Le projet était ambitieux tant par ses enjeux et le dispositif exceptionnel de gouvernance déployé au sein de l'ISO aux fins de rechercher une légitimité internationale par le consensus, que par sa durée. Pour beaucoup, c'est même une « révolution » (Cros, 2007; Saisset, 2008).

Mais quelle peut être, en pratique, la crédibilité d'une norme, qui, pour maintenir un cadre international consensuel, n'est pas reconnue dans le cadre contractuel des accords de Marrakech et, pas plus que les recommandations de l'OIT, ne peut servir de fondement à une plainte en justice? S'agit-il véritablement d'une avancée en matière de droits de l'Homme ou d'une tentative avortée? Comment dépasser la critique formulée, que ces lignes directrices ne constituent en fait qu'un simple catalogue de vœux pieux (Picard, 2008)?

L'appropriation d'un texte, par essence insusceptible de certification, est délicate à la fois par des acteurs économiques qui ne sont pas nécessairement sujets de droit à part entière, plus habitués aux normes de qualité sur les produits ou les services ou processuelles, dans le cadre des systèmes de management, mais également et surtout, par les autres organisations qui dépendent directement de l'Etat, où la place de la normalisation privée est très réduite. Les usages et les contraintes sont alors très différents.

En outre, l'acculturation va-t-elle se traduire par une multiplication de normes issues de l'ISO 26000 à vocation opérationnelle, qui, quant à elles, seront opposables dans un contrat¹⁰⁶ ou par le truchement d'une pseudo-certification, souhaitée par bon nombre de cabinets d'audit ou de conseil voire d'agences de notation sociétale (ayant créé leur propre label ou méthodologies pour évaluer la RS), mais dont le coût pour certains ou l'enjeu représente un véritable risque de constitution d'un obstacle aux échanges?

Quelle lisibilité ou visibilité auront les acteurs dans les usages subséquents ou partiels qui en seront faits? Existe-t-il une insécurité juridique liée à la prolifération éventuelle de normes (Besse, 2005) issues de l'ISO 26000?

¹⁰⁶ Ex : norme danoise DS 26001 sur la base du chapitre 6

Comment comprendre les nouveaux termes adoptés de « normes comportementales », « complicité non juridique », « sphère d'influence » par rapport à « parties prenantes » et « devoir de vigilance » ?

Nous exposerons donc en quoi ces lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale représentent une innovation normative (**Chapitre 1**) qui justifie à bien des égards le qualificatif de métanorme, insusceptible, par essence, de constituer un référentiel de certification (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. ISO 26000 : innovation normative ?

Le devenir du statut juridique de la norme est un défi au temps. Tout repose sur l'acceptation et la réception de cette « norme politique » (Igalens, 2009, p.101), au sens plein du terme, les Etats continuant de négocier, par le biais de leurs gouvernements, ambassadeurs et délégations de corps diplomatiques, pour modifier, émettre des réserves, contester ou compléter la norme.

Selon le mot du président français de la commission de normalisation « Développement Durable et Responsabilité Sociétale », Didier Gauthier¹⁰⁷, la Norme ISO 26000 n'est « en réalité qu'un outil de transition »¹⁰⁸. C'est la raison pour laquelle elle est encore un « objet juridique non identifié » (OJNI).

La crédibilité de cette nouvelle norme repose entièrement sur le travail d'appropriation par chacun et d'acculturation continue. Selon la reconnaissance de sa pertinence et des usages qui en seront faits, la norme pourra acquérir une certaine force normative ou une force normative certaine.

Au fur et à mesure de la rédaction de la Norme ISO 26000, ce qui est inquiétant, ce sont les restrictions considérables apportées à sa portée juridique au point de remettre en question la qualification même de norme. Toute une série de définitions négatives ont mis à mal un travail de plusieurs années, presque modifié les termes du compromis, réduit les enjeux d'intégration du développement durable dans la RS.

Néanmoins, ces premières lignes directrices internationales sur la responsabilité sociétale des organisations sont élaborées par un processus très innovant de normalisation (Section 1). Le statut juridique de la Norme ISO 26000 est encore en gestation : ces lignes directrices constituent une norme d'un genre nouveau, une « métanorme » qui pourrait acquérir la valeur d'un usage international (Section 2).

Section 1. Un processus innovant de normalisation

La Norme ISO 26000 est avant tout un outil de progrès qui puise ses racines dans une quête profonde de légitimité par une recherche du consensus le plus large possible. La volonté

¹⁰⁷ Fondateur du cabinet GK Conseils, président du groupe de travail au Medef sur les «Nouvelles régulations économiques».

¹⁰⁸ AFNOR, DDRS N 251, p.3

d'harmoniser les concepts au niveau international et de réaliser l'utopie de définir, pour la première fois, les contours de la responsabilité sociale ou sociétale de toute organisation, est en marche.

Sous-section 1. Recherche de légitimité

Cette recherche de légitimité s'opère par un processus long de négociations internationales au sein de l'ISO avec une représentation *multistakeholders* qui met en place une forme de démocratie à la fois participative et également représentative.

1. Représentation de toutes les parties prenantes

La Norme ISO 26000 est élaborée au niveau international pour traduire au mieux les trois piliers du développement durable. La cohérence entre toutes les parties prenantes est assurée par la volonté de faire participer tous les membres de l'ISO et notamment ceux des pays en voie de développement, de même que les instances internationales comme l'OIT, l'ONU et l'OCDE avec lesquelles l'ISO a passé un protocole.

L'initiative vient, en 2001, du COPOLCO, comité représentant les consommateurs au sein de l'ISO, très inquiet au regard des pratiques de multinationales, sans respect pour la vie, la qualité de vie, l'environnement et les conditions de travail des populations locales, dans certains pays. En 2003, un Groupe Consultatif Stratégique (SAG) est créé, en vue d'évaluer l'intérêt et la valeur ajoutée d'une nouvelle norme sur la responsabilité sociale. Le Bureau de gestion technique de l'ISO (TMB), suite à cette étude dont les résultats positifs ont été présentés à Stockholm en juin 2004, propose de préparer une norme internationale donnant des lignes directrices sur la responsabilité sociétale. Il en confie la direction conjointe aux organismes nationaux de normalisation du Brésil et de la Suède, pour un bon équilibre des pouvoirs entre le Nord et le Sud. La volonté de donner une représentation et la parole aux pays autres qu'occidentaux est manifeste tout au long du processus. En attestent les réunions internationales situées dans l'hémisphère Sud (Santiago, Bangkok ou Salvador...)

La volonté d'harmoniser le concept de RSE a été plus forte. Au-delà des obligations des Etats en matière de droits de l'Homme ou de droit du travail, six groupes de parties prenantes différentes¹⁰⁹, souvent aux intérêts parfois bien opposés, ont choisi de dialoguer, participer durant des années, et de donner les moyens à toute entreprise, donc pas uniquement aux grandes entreprises ou à celles déjà engagées dans un processus RS, de construire un

¹⁰⁹ Pouvoirs publics, entreprises (industries, commerces), associations de consommateurs, syndicats de travailleurs, ONG en matière environnementale et services divers (communication, conseils, enseignement, recherche...)

référentiel commun, global sur le développement durable. Le COPOLCO souhaitait une norme sur la RSE, le SAG a souhaité l'étendre à l'ensemble des organisations, ce qu'a repris le *New Work Item Proposal* (NWIP), sur la demande des industriels. L'éventail est donc plus large que celui proposé dans le cadre du Pacte Mondial, qui, de manière très originale, était déjà destiné aux entreprises, et non plus seulement aux Etats, et avait déjà ouvert la participation aux ONG et aux syndicats de travailleurs ; toutes les formes d'organisation et la société civile sont donc sollicitées dont les entreprises, et ce, quelle que soit leur dimension. Au total, en 2010, ce sont plus de 500 experts représentant plus de 90 pays et une quarantaine d'organisations internationales¹¹⁰ qui ont participé à l'élaboration de cette nouvelle norme. La commission française, représentée par l'AFNOR¹¹¹, rassemble plus d'une centaine d'organisations, plusieurs fois par an, pour contribuer à l'élaboration de la norme. De nombreux comités miroirs nationaux ont été créés pour échanger les points de vue et permettre la plus grande diversité d'acteurs et de parties prenantes.

Les questions de société, la responsabilité et le développement durable ne sont plus l'apanage des Etats. L'ISO, par la création de cette norme, démontre que les Etats et les organisations gouvernementales n'ont plus, en la matière, l'exclusivité de la force normative. Tout un chacun est appelé à contribuer. Cette innovation est remarquable.

L'effort de représentativité des parties prenantes s'est poursuivi dans les modalités d'adoption de la norme.

2. Paradigme démocratique

L'ISO tente de dépasser « le rendez-vous manqué d'une régulation juridique européenne de la RSE » en reprenant le dialogue institutionnel, pour « mettre le social clairement et sans ambiguïté au service du projet économique mondial » (Daugareilh, 2009, p.3). La démarche est politique et se veut volontairement démocratique. Même si les organismes de normalisation reconnaissent, formellement : la distinction entre les sources normatives privées et publiques, l'interdiction de se substituer au pouvoir politique et la compétence du Bureau International du travail pour définir les attentes sociales, leur objet témoigne également de leur volonté de servir « l'intérêt général » en visant « l'avantage de la communauté » (Penneau, 2009), à l'instar des pouvoirs publics.

La gouvernance mise en place pour l'adoption de ces lignes directrices internationales est à la fois une forme de démocratie participative et de démocratie représentative. En atteste le choix

¹¹⁰ Outre celles précitées, *WBCSD, OMS, ICC, CI, EBEN, FLA...*

¹¹¹ Association Française de Normalisation

complexe du mode d'adoption de la Norme ISO 26000 reposant sur un processus en plusieurs étapes, sur une majorité qualifiée et un vote double; deux seuils sont en effet requis pour que la norme soit approuvée par les membres de l'ISO. En février 2010, deux tiers de votes positifs (56) sur les suffrages exprimés (71) ont été émis, sur les 84 membres participants du GTRS, les abstentions n'étant pas comptabilisées, soit une majorité favorable de 79% (> 66,66%), moins d'un quart de votes négatifs (18) sur 78 suffrages exprimés, parmi les 104 membres pleins de l'ISO (dont les 84 membres du GTRS), soit 23% (< 25%). Le résultat est à analyser. Il faut aussi distinguer les votes simples sans commentaires ou ceux qui sont accompagnés de commentaires motivés (72), techniques ou de forme. Il y a eu de la part de tous les participants, 2543 commentaires, lors de l'enquête publique, sur la base d'un consensus et une bonne centaine défavorables, dont 7 issus des organisations d'employeurs. De même, certains observateurs se sont exprimés lors du vote. L'Islande, par exemple, dans une crise financière telle, a préféré s'abstenir. La Chine s'est prononcée par un vote négatif très circonstancié en février puis a approuvé sans réserve la publication de la Norme en septembre.

Du 12 juillet 2010 au 12 septembre 2010 (vote définitif), effectivement, 93% de votes positifs ont été recensés, soit bien davantage qu'en février, lors de la première approbation. Seuls 5 comités-membres de l'ISO¹¹², ont refusé cette norme au niveau international (6% de votes négatifs), et 11 se sont abstenus¹¹³. Mais le seul fait de négocier est la preuve même que la Norme ISO 26000 est dotée d'une certaine force normative et que le jeu démocratique est accepté.

Des modifications sont acceptables si elles ne remettent pas en cause les principes. La norme est d'application volontaire et relève donc de la *soft law* : l'ISO ne saurait, à la différence des traités internationaux qui engagent les Etats accepter une ratification différenciée par chapitre ou des réserves. Elle n'attend pas, après un certain nombre de ratifications pour entrer en vigueur. Une fois votée, elle représente le « contrat social », le consensus, selon les principes démocratiques, et non selon les rapports de force en présence en matière de droit international public qui engagent les parties au contrat, selon le principe de l'unanimité. L'ISO tire sa force de ce processus simple d'adhésion, qui la garantit contre l'excuse de la souveraineté pour pratiquer une vision différentialiste des droits de l'Homme (Fourest, 2009, p.36).

¹¹² Cuba, Etats-Unis, Inde, Luxembourg et Turquie.

¹¹³ Algérie, Australie, Autriche, Bangladesh, Allemagne, Hongrie, Islande, Iran, Nouvelle-Zélande, Macédoine et Vietnam

L'axiologie des droits de l'Homme et ses déclinaisons en matière sociale n'ayant pas la même résonance dans de nombreuses régions, l'harmonisation et la diffusion de normes communes dans les entreprises est loin d'être une réalité partout dans le monde : l'ISO a donc lancé le pari de traduire des standards minimaux pour toute organisation.

Sous-section 2. Première norme internationale sur la RS

Pour que toutes les organisations fonctionnent sur un mode socialement responsable, encore faut-il s'entendre sur les définitions. Il est à noter que dans le titre de la Norme ISO 26000, on ne parle que de SR (*Social Responsibility*) : le terme de RSE, *a fortiori* de RSO (responsabilité sociétale des organisations) n'est pas utilisé. Jamais une telle volonté de mettre en cohérence toutes les approches linguistiques de la responsabilité pour une meilleure compréhension des principes de la responsabilité sociétale et des liens entre éthique et développement durable n'a été aussi manifeste. « La RSO relève de la sphère du politique, c'est-à-dire de l'art de faire des choix collectifs. Elle se définit comme étant la contribution des organisations au développement durable »¹¹⁴,

1. Une métanorme

C'est à proprement parler une métanorme¹¹⁵, à l'image de la métaphysique, d'où des formules très générales, déclaratives, sans certification possible par définition. Il ne s'agit pas de métamoralité jugée inutile mais d'un « passage à la norme » (Carbonnier, 1978, p.285), destinée à prendre la place de l'éthique.

Les lignes directrices de l'ISO 26000 traduisent la responsabilité sociétale selon sept principes clefs, où le comportement éthique (et non l'éthique en tant que telle) est effectivement l'une des composantes de la responsabilité sociétale. Celui-ci se définit comme « un comportement conforme aux principes acceptés d'une conduite juste ou bonne dans le contexte d'une situation particulière, et en cohérence avec les normes internationales de comportement », traduites par les « attentes vis-à-vis du comportement d'une organisation socialement responsable, procédant du droit coutumier international, de principes généralement acceptés de droit international, ou d'accords intergouvernementaux universellement ou quasi

¹¹⁴ G. Belem, « Responsabilité sociétale et développement durable : quel potentiel pour la norme ISO26000 ? », 2006, p.4 <http://ddata.over-blog.com/xxxvyy/0/32/13/25/enjeux-de-la-normalisation-de-la-rs.pdf>

¹¹⁵ Qui traite des causes premières de la norme (comme des causes premières de l'Être, en physique, dictionnaire Quillet)

universellement reconnus. » (Articles 2.1.6. et 2.1.10 combinés de la Norme), en plus du respect des droits de l'Homme (6.3) et de la légalité (4.6.).

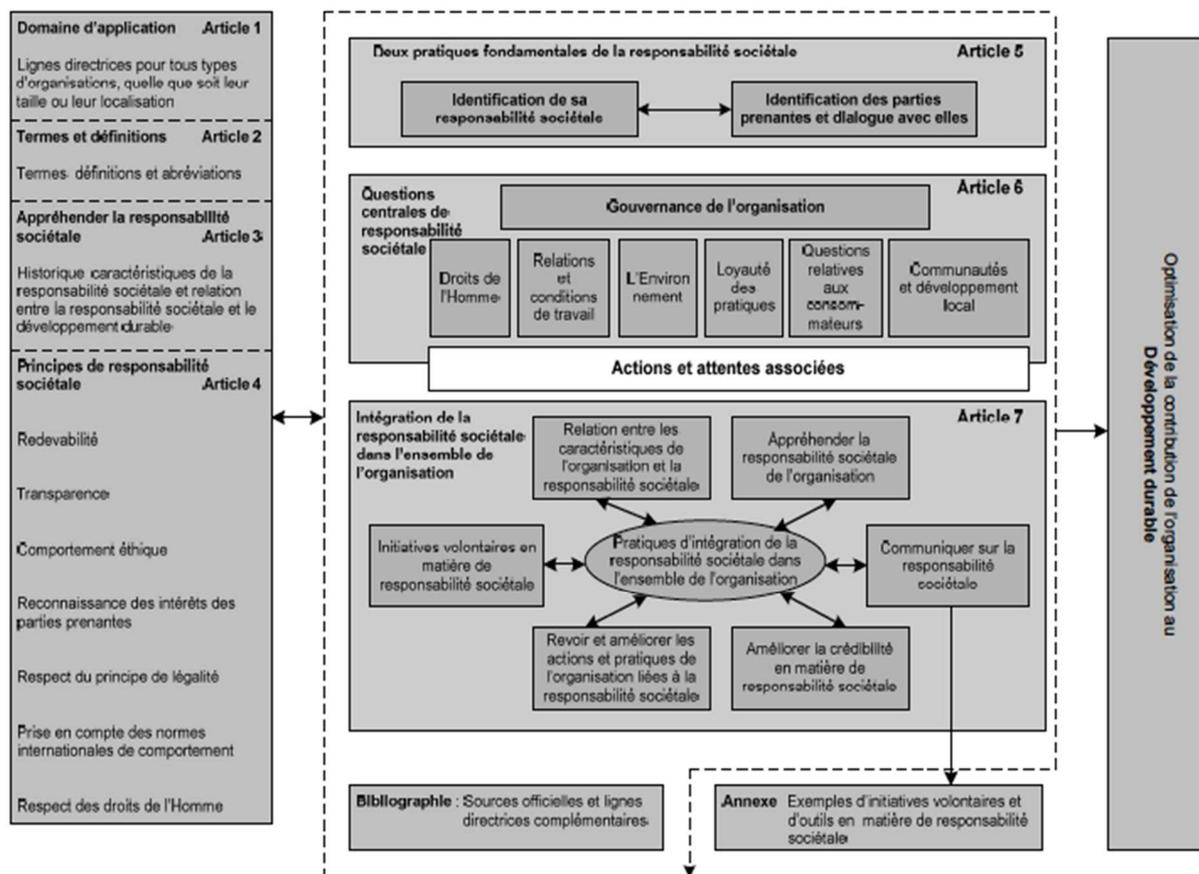


Figure 19 Vue d'ensemble de la Norme ISO 26000 (source AFNOR novembre 2010)

Mais les lignes directrices de l'ISO 26000 ne tranchent pas entre l'être et le devoir-être, entre la morale et le droit, elle se situe dans l'interface, dans cet interstice de liberté créé par la normalisation, comme une norme de transition. C'est ainsi que nous développerons cette double face de la Norme, à la fois source d'usages internationaux (aspects juridiques) et axiologie des droits de l'Homme (aspects éthiques). Nous vérifierons ainsi, pourquoi, sous ces deux aspects, elle ne peut être qualifiée théoriquement de norme.

2. Une norme holistique

Il faut absolument repartir de la hiérarchie des normes et tirer les conséquences de l'absence de recours ou d'effectivité des droits de l'Homme dans de nombreux Etats pour comprendre le succès de la Norme ISO 26000, de même que les réactions des organisations internationales ou nationales, concurrencées sur ce thème par un organisme privé. L'ISO fait preuve, effectivement, d'une créativité normative, sans précédent, dans le but de normaliser donc contrôler les liens entre les organisations (et pas seulement les entreprises) et la société civile,

alors que ces débats « citoyens » relevaient jusqu'ici, en exclusivité, des prérogatives de l'Etat et de la communauté internationale sous la bannière de l'ONU. La norme est devenue « globale » (Helfrich, 2010) pour répondre à une responsabilité globale emportant contribution au développement durable. L'éthique de la soutenabilité est en marche. Est-ce une utopie ?

La responsabilité devient collective face aux enjeux du développement durable qui dépassent chaque organisation prise individuelle : les organisations autres que les Etats contribuent au développement durable; les Etats lors des discussions dans les comités membres de l'ISO sont mis sur un pied d'égalité avec les parties prenantes. L'ISO a créé un « espace interlocutif méta-institutionnel où s'exprime les fameuses demandes sociales (car la société n'est pas une institution) » (Vallaey, 2011, p.515).

Les rôles sont même inversés : dans l'enquête publique sur la Norme ISO 26000, les Etats et les organisations étaient consultées par l'ISO. C'est un transfert de légitimité. La « société-monde », via les organisations non gouvernementales, et « l'entreprise-monde » (Méric *et alii* 2009, p.45) se sont invitées sur la scène interétatique. Serait-ce, pour autant, la traduction d'une défaillance de l'Etat ?

En France, comme en Europe, le droit international prime sur le droit interne (lois ou coutumes). Le respect de la loi est assimilé à l'Etat de droit. Donc la Norme ISO 26000, norme privée, doit être conforme à cette hiérarchie (Blin-Frinchomme, 2009b), raison pour laquelle le respect de la loi est un préalable. Mais hors du champ légal, sur quoi peut-elle se fonder ?

Aucune entreprise n'est soumise au droit (norme juridique) au sens large, *a fortiori* à des normes « comportementales » ou « éthiques ». Exclusivement les Etats sont soumis au droit international public, donc à des conventions relatives, notamment, aux droits de l'Homme. En tout état de cause, seules des obligations de moyens, et non de résultat, sont mises à leur charge. Et toutes les déclarations, recommandations ou résolutions ne sont pas impératives, en la matière. Ainsi, la Déclaration universelle des droits de l'Homme est une référence, « un idéal à atteindre » (Guinchard *et alii*, 2001, p.61), mais juridiquement, ce n'est qu'un principe général du droit. Seuls les pactes internationaux de 1966 et tous les traités ou conventions qui ont suivi sont obligatoires pour leurs signataires. Encore faut-il selon les systèmes monistes ou dualistes, parfois une ratification pour permettre leur entrée en vigueur (Halperin, 2009, p.233). La France, en effet, a mis 24 ans pour ratifier la Convention européenne des droits de l'Homme et 14 ans pour reconnaître les deux Pactes des Nations unies! (Dupuy, 2008, p.254). La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 a intégré le bloc de

constitutionnalité en 1971 suite à une décision du Conseil Constitutionnel!¹¹⁶ Tous les Etats n'admettent pas, non plus, la Cour pénale Internationale, le recours individuel devant la Cour Européenne des droits de l'Homme ou devant le Comité des Droits de l'Homme car l'Homme n'est pas à proprement parler sujet de droit international. Si les personnes physiques sont admises du bout des lèvres, les personnes morales de droit privé, suivent un régime encore plus restrictif. Les exceptions sont peu nombreuses : on peut citer le succès du Pacte global (mais seules les entreprises adhérentes doivent s'y soumettre) ou des principes directeurs de l'OCDE.

Les entreprises ne sont soumises, en effet, qu'à la loi (droit interne) et en règle générale du pays hôte, c'est-à-dire parfois à rien ou presque. Ce n'est que de manière détournée avec les règles de l'OMC ou à partir des exigences légales ou autres fixées aux multinationales dans les pays investisseurs que les entreprises sont pressées de respecter les droits de l'Homme. Or, de quelle loi parle-t-on le plus souvent? Du droit interne ou du droit international? Les droits de l'Homme sont-ils du droit objectif ou de droits subjectifs? La notion de responsabilité n'a donc de sens, que si on est capable de dire devant qui, envers qui et devant quoi, on est responsable.

La Norme ISO 26000 est ambitieuse car la prise de conscience s'étend et se généralise et la revendication universelle dérange mais elle n'est pas rigoureuse quant à sa terminologie. N'étant ni une norme de management (ce qui est bien dommage), ni une norme à vocation contractuelle ou pouvant fonder une plainte en justice, ni processuelle (risque mentionné par la certification et exclu), que reste-t-il, sinon du flou? Quoique complexe (plus d'une centaine de pages contre 10 articles dans le Pacte mondial), elle ne reprend pas à son compte l'ensemble des dispositions s'appliquant aux Etats (exhaustivité impossible?) en matière de droits de l'Homme, ce qui aurait eu le mérite de la clarification, mais elle laisse en suspens les moyens pour y parvenir (dans une recherche de compromis?) sans tenir compte des disparités de traductions possibles dans le monde entier de termes ambigus voire inconnus avec une acception complètement différente. Ainsi en est-il des deux hypothèses de complicité, juridique ou non juridique, définies dans ces lignes directrices censées attirer l'attention des chefs d'entreprise sur le risque encouru au pénal ou au civil. L'originalité de la Norme ISO 26000 révèle bien plus qu'une simple traduction. Car elle définit la complicité comme l'aide à la réalisation d'un acte illégal (par action ou par omission) ou d'un acte qui n'est pas en cohérence avec les « normes internationales de comportement ». Cette idée d'une complicité

¹¹⁶ C.C. 16 juillet 1971, A.J. oct 1971, 537, note Rivero

non juridique (encadré 4, p.16), n'est pas sans rappeler l'ACTA (*Alien Claims Tort Act*) existant aux Etats-Unis, qui connaît des rebondissements récents dans le but de protéger les droits de l'Homme et de remédier aux atteintes aux droits de l'Homme. Or, sur ce dernier aspect prescriptif, la Norme ISO 26000 apporte aussi son lot d'innovations, très porteuses pour la progression des droits de l'Homme : elle n'est pas qu'une réplique des textes internationaux.

C'est aussi une perspective nouvelle de repenser la théorie des parties prenantes dans le cadre de la sphère d'influence qui peut conduire à étendre progressivement la responsabilité des entreprises à leurs filiales, leurs sous-traitants et fournisseurs (V. Partie 3).

Les normes ISO étant d'application facultative pour l'essentiel, quel sera l'impact d'une telle norme ? Par quel biais ces dispositions pourront-elles devenir effectives et être contrôlées ? En définitive, c'est toujours la même question liminaire mais fondamentale qui revient : quelle est la nature et la force juridique de la « norme » ISO 26000 ?

Section 2. Un statut juridique en gestation

L'interrogation sur le statut de la norme renvoie à la question de sa crédibilité ou de sa pertinence. Les critères sont spatiotemporels. La qualification de la norme permet d'envisager certaines évolutions quant à sa portée juridique.

Sous-section 1. Qualification juridique de la Norme ISO 26000

Tous les référentiels n'ont pas la même valeur juridique car tous ne sont pas qualifiés de manière identique. Et même, parmi les normes de source privée, les différences sont substantielles selon leur domaine.

1. Qualification juridique des normes

L'ISO donne une définition de la norme, selon une acception très générale, équivalente à une règle de droit : « un document établi par consensus et approuvé par un organisme reconnu, qui fournit pour des usages communs et répétés, des lignes directrices ou des caractéristiques pour des activités ou leurs résultats, garantissant un niveau d'ordre optimal dans un contexte donné »¹¹⁷. Elle est de prime abord d'essence purement technique. Son autorité dépend de son utilité reconnue par les professionnels. A priori, sa valeur ne repose donc pas sur une règle de droit.

¹¹⁷ Guide ISI CEI repris dans la norme, NF X 03-100

Pour autant, la responsabilité de l'homme de l'art liée au respect des normes techniques ou à son non-respect n'est pas exempte de conséquences juridiques. Comme le droit appréhende l'ensemble des personnes morales ou physiques et tous les biens qui leur appartiennent, de la même façon, la normalisation traite aujourd'hui de tout l'éventail des activités humaines et du savoir-faire : la norme n'est plus seulement un outil technique réservé au secteur secondaire. Les interférences entre la normalisation et la matière juridique sont alors inéluctables.

Cette complémentarité ou concurrence entre les normes d'origine privée et les normes publiques est renforcée par le décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 qui étend la mission de la normalisation, dont l'objectif devient officiellement d'intérêt général : «La normalisation est une activité d'intérêt général qui a pour objet de fournir des documents de référence élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées, portant sur des règles, des caractéristiques, des recommandations ou des exemples de bonnes pratiques, relatives à des produits, à des services, à des méthodes, à des processus ou à des organisations. Elle vise à encourager le développement économique et l'innovation tout en prenant en compte des objectifs de développement durable » (art. 1er).

Ce décret vient certes rappeler le principe du caractère facultatif des normes techniques, qui n'était qu'implicite dans le décret n°84-74 du 26 janvier 1984. Seules 2% des normes de qualité ou de management sont rendues obligatoires, d'un point de vue formel, par arrêté ministériel¹¹⁸. Mais les pouvoirs publics ne se sont jamais désintéressés de l'activité normative de l'AFNOR, association largement subventionnée par l'Etat, au demeurant. L'homologation de la norme dans le Journal Officiel est laissée à l'appréciation du délégué ministériel, qui exerce les fonctions de commissaire du gouvernement, désormais appelé Rapporteur public. Ce dernier peut de droit exiger une inscription d'un point à l'ordre du jour ; il peut opposer son veto aux délibérations du conseil d'administration de l'AFNOR. C'est donc lui qui fixe la politique en matière de normes. L'AFNOR a une mission de service public qui promeut les normes, sans concurrence avec les normes juridiques mais plutôt dans un système qui assure une certaine complémentarité entre partenaires privés et publics. Tout un faisceau d'indices est susceptible de sortir la norme d'un cadre exclusivement privé (Violet, 2003), voire d'empiéter sur le domaine réservé du législateur (Penneau, 2009, n°34). La norme joue comme régulateur dans les marchés privés (Frison-Roche, 2001), mais surtout dans les marchés publics où elle est obligatoire. La norme devient également impérative par

¹¹⁸ Lamy droit des affaires, n°40, juillet 2009

incorporation dans les réglementations techniques : l'énoncé complet de la spécification devient alors subsidiaire. Indice, date d'homologation ou titre uniquement sont mentionnés : c'est le procédé de la « norme glissante » qui permet de transférer et d'actualiser automatiquement la norme, le règlement ne faisant plus que référence à la norme en vigueur sans précision (Cadet, 2003).

2. Valeur juridique de la Norme ISO 26000 ?

Cette question a été relativement peu étudiée (Cadet, 2010a, 2010b, 2011) si ce n'est depuis quelques années on peut noter un intérêt pour des regards croisés sur cette question de droit et de gestion sur la normativité de la RSE (Trébulle et Uzan, 2011, Savall, 2012 ; Le Flanchec *et alii*, 2012).

A fortiori, des lignes directrices aussi politiques que l'ISO 26000 sur la RSO peuvent venir concurrencer directement la souveraineté des Etats dans leurs pouvoirs régaliens voire les institutions gouvernementales internationales dont la mission peut être alors confondue avec celle de l'ISO.

C'est le prototype même de la norme éthique, comme véritable ligne de conduite¹¹⁹, de toutes celles, techniques ou processuelles, qui pourraient en découler. C'est une démarche collective proactive (Mione, 2006) mais, sans stratégie de différenciation. Personne n'en a douté au point de devoir rappeler, pour éviter tout risque de dérapage, dans le champ d'application des lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale, ce qu'elle n'a jamais été : ni substituable aux obligations juridiques des Etats ou des organisations internationales, ni substituable aux autres normes de management ou sur la responsabilité soit sociale, soit sociétale, soit environnementale, comme une norme « glissante ».

L'OMC ne reconnaît pas les conventions de l'OIT. La violation des droits de l'Homme n'est pas considérée comme une distorsion dans les échanges mais comme une mesure discriminatoire entre produits nationaux ou produits similaires importés (Cadet, 2009a ; Drexler, 2009). Accepter la Norme ISO 26000 comme une recommandation aurait été un acte chargé de symbole, puisque indirectement les textes internationaux de base y figurent. Le poids des normes techniques devenus obstacles au commerce est tel que l'OMC n'a pas voulu prendre le risque de reconnaître expressément la valeur de cette métanorme, *a fortiori*, d'origine privée. Néanmoins, vouloir à tout prix cantonner son champ d'application, c'est admettre *a contrario* que celui-ci est, par essence, est plus vaste. C'est dire que, même

¹¹⁹ Conformément à la traduction anglaise « *Guidance on Social Responsibility* »

facultative, l'adhésion à la Norme ISO 26000 inquiète et ne laisse pas indifférent. Les commentaires de l'OMC sont, de ce point de vue, révélateurs, en quantité et en qualité.

Peu de référentiels sociaux (SA8000, AA1000¹²⁰, SD21000¹²¹) ont dépassé le cadre de leur territoire d'origine (Etats-Unis, Royaume-Uni, France). On assiste en la matière à un véritable « shopping social » (Desbarats, 2003a, p.7). La Norme ISO 26000 n'a pas vocation à les supplanter car elle n'est pas un référentiel de conformité, mais un référentiel d'engagement, dans une démarche responsable. Sa nature éco-systémique est nouvelle : elle ne peut remplacer les normes de processus ou techniques. On ne peut de manière « binaire » exprimer la responsabilité sociale ou sociétale, *dixit* le comité miroir français. C'est en ce sens, que la Norme ISO 26000 ne peut se substituer davantage à une norme juridique et par conséquent aux organisations chargées de sanctionner leur violation.

Le *lobbying* de certaines institutions ou gouvernements a également conduit à restreindre considérablement la portée de cette norme et par conséquent à lui ôter certaines caractéristiques. Les rédacteurs de la norme ont ainsi pris soin d'écrire, dans le champ d'application de la norme, ce que d'aucuns auraient pu espérer qu'elle soit :

- un objet de certification
- une norme de système de management
- un usage règlementaire ou contractuel
- la base d'une action en justice dans une procédure nationale ou internationale
- la preuve de l'évolution du droit coutumier international.

La certification n'est certes pas le propre de toutes les normes. Loin s'en faut ! Toutefois, le risque de certification des démarches RS n'est pas exclu, tant les acteurs de la normalisation cherchent d'alternatives pour la rendre « crédible »¹²² pour évaluer et vérifier les engagements pris. Or, la pertinence sera à analyser en fonction des contextes : une certaine flexibilité est nécessaire.

¹²⁰ AccountAbility 1000, Responsabilité sociale 8000, Système de management de la santé et de la sécurité au travail

¹²¹ De l'avis du Professeur Christian Brodhag (AFNOR 12/01/2010), le guide SD 21000, « Guide pour la prise en compte des enjeux du développement durable dans la stratégie et le management de l'entreprise » de mai 2003 deviendra « obsolète » avec la mise en œuvre de l'ISO 26000. Il conviendra de redéployer l'outil de diagnostic FD X 30-023, publié en avril 2006, pour aider les organisations, et non plus seulement les entreprises, à hiérarchiser les enjeux de développement durable.

¹²² Un groupe de réflexion à l'AFNOR appelé « crédibilité » s'est ainsi créé parallèlement au groupe de travail « déploiement de l'ISO26000 » sur la DDRS.

Toutefois, subsiste dans cette norme, à notre sens, plusieurs hypothèses juridiques intéressantes que j'ai pu relever, déduire ou extrapoler au gré des commentaires des auteurs¹²³ ou des participants à l'élaboration de ce référentiel :

- une norme facultative
- un texte de référence non contraignant
- un texte de clarification et de mise en application de la responsabilité sociétale (valeur de circulaire d'application)
- un cadre d'analyse commune de la Responsabilité Sociétale (ligne directrice),
- un outil de la *soft law* (recommandation)
- un facteur de cohérence des pratiques de développement durable (guide de bonnes pratiques).
- le « guide des guides » pratiques ou sectoriels à venir
- des principes directeurs ou lignes directrices
- une base pour la rédaction de nouvelles normes en matière de RS
- une charte ou code éthique de la normalisation en matière de RSE voire RSO
- un guide pratique de terminologies communes et de qualifications juridiques sur la RSO
- une démarche de qualité plus que de certification (au sens de la roue de Deming),
- une harmonisation des obligations sociales des entreprises dans le respect des conventions internationales, notamment celles des droits de l'Homme et de l'Organisation internationale du travail
- un outil de progrès vers des valeurs de sens, de respect de la diversité culturelle, d'écoute des signaux faibles, qui ne fasse pas barrage au commerce international.
- un projet de future(s) norme(s)
- un engagement unilatéral à l'instar des codes de conduite (Sobczak, 2004, p.33).

En outre, postuler l'absence d'évolution possible du droit coutumier ou de la jurisprudence me paraît bien présomptueux : comment savoir si la reconnaissance de la norme, par différentes parties prenantes, est constitutive ou déclarative de la valeur cette norme¹²⁴ ?

¹²³ www.iso.org ; www.afnor.org; www.mediaterre.org

¹²⁴ Mises à jour Revue Lamy Droit des affaires juillet 2009, querelles doctrinales autour de la valeur juridique de la norme, n°6444.

Sous-section 2. Portée juridique de la Norme ISO 26000

La portée juridique de ces futures lignes directrices sur la responsabilité sociétale n'est pas écrite. Si la Norme ISO 26000 est définitivement adoptée, comment pourrait-on en restreindre l'usage, sous différentes formes, sans atteinte à certaines libertés fondamentales (Cadet, 2010b) ?

1. Un usage international ?

Pour tenter de donner un éclairage sur une norme d'origine privée, il suffit de citer la liste des réponses d'éminents juristes à la question « Selon vous, qu'est-ce qui fait la force des normes en droit ? » : « la qualité de son auteur, la capacité à devenir effective, la nécessité, désir de justice, l'autorité, l'utilité, adhésion et conviction, la menace d'une contrainte externe, sentiment de leur caractère obligeant, le système de droit, la croyance, la volonté, l'effectivité, la profération, la sanction, la réception, la confiance, le fondement ... » (Thibierge, 2009, p.857-860). Assurément, la totalité de ces critères, ou presque, s'applique à la Norme ISO 26000. Mais, au niveau de la contrainte, la réponse doit être nuancée (Kelsen, 1990, p.41). L'ISO 26000 n'institue que des lignes directrices et non un standard juridique (Géniaut, 2009, p.183). La question peut donc surprendre. Bien des auteurs l'ont réglée relativement aux normes techniques ou du système de management (Violet, 2003; Wibaux, 1997). Mais n'étant pas une norme classique, la question est légitime.

La Norme ISO 26000 pourrait, avec force de reconnaissance par diverses organisations, application répétée et constante, devenir un usage international, même si des votes négatifs tentent de lui ôter toute valeur juridique. Car un usage ne se vote pas, il est reconnu ou non obligatoire par une majorité. Du consensus naît la force obligatoire. En l'occurrence, malgré une minorité de blocage puissante, force est de constater qu'au sein des membres de l'ISO, aujourd'hui, le consensus est bien acquis.

La définition de coutume recèle en elle-même la solution : une règle de droit, née d'une pratique habituelle et prolongée, considérée peu à peu comme obligatoire. Qui peut l'interdire ? C'est la liberté d'entreprendre des organisations en intégrant la démarche qui fixe ou fixera la règle. L'enquête publique menée sur cette norme à vocation internationale, quant au nombre de participants concernés dans le monde entier, de parties prenantes différentes interrogées et sollicitées, de sa durée, démontre déjà, si besoin est, une certaine reconnaissance de la Norme ISO 26000 et une attente forte, comme si elle s'imposait. La

médiatisation, l'internationalisation de l'information via internet, la globalisation des enjeux planétaires du développement durable ne peuvent que contribuer à la généralisation de ce texte, et donc de sa portée, en tant qu'usage. Son caractère obligatoire peut naître comme il en a été de même du Pacte mondial, de l'adhésion des entreprises, même si la Norme ISO 26000 ne bénéficie pas des agences de l'ONU. A cet égard, il convient de noter que plus de 140 000 entreprises sont certifiées ISO14001 contre seulement 7300 organisations adhérentes à l'UNGC et 1800 radiées faute de *reporting* (Communication sur le Progrès)¹²⁵ depuis 2008. On peut également relever l'évolution de la force normative des principes directeurs de l'OCDE, devenus des usages internationaux grâce à la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice¹²⁶. Par quel moyen, pourrait-on entraver un cheminement identique pour les lignes directrices de l'ISO 26000 ? Que l'on se rattache à l'école volontariste où l'initiative du sujet de droit fait l'objet d'une acceptation, à tout le moins tacite, par l'Etat ou, au courant plus objectiviste, qui prévaut en droit international depuis l'entre-deux guerres, et voit dans la coutume l'expression d'une nécessité sociale ressentie par la communauté internationale, la Norme ISO 26000 converge sur l'existence des deux éléments constitutifs de la coutume (Dupuy, 2008, p.346-347). Le projet n'est pas une coquille vide ; son opposabilité s'étend.

2. Un usage opposable

Guide, plus que référentiel de certification, la Norme ISO 26000 ne fera pas l'objet d'un engagement contractuel en tant que condition suspensive dans les échanges commerciaux car elle n'est pas une norme internationale reconnue par les accords de Marrakech, comme OTC (obstacles techniques au commerce). A ce titre, celle-ci ne peut servir de fondement pour une plainte en justice. Mais en tout état cause, elle peut être opposable comme tout usage. Comment la refuser même au titre des citations quand ces lignes directrices ont acquis une reconnaissance internationale par leur adhésion et leur publication officielle en novembre 2010. La force des Droits de l'Homme ou leur faiblesse, c'est d'être applicable par ceux qui se reconnaissent dans ces valeurs universelles, sans exiger, comme condition suspensive, la réciprocité. Les pays qui ne reconnaissent pas les droits de l'Homme ne peuvent empêcher la revendication universelle des droits de l'Homme... C'est tout l'enjeu de la RSE en matière de politique économique internationale (Chanteau, 2009). L'opposabilité est du domaine du fait et non de l'acte juridique. C'est la distinction entre l'effet relatif et l'opposabilité des contrats

¹²⁵ <http://www.pactemondial.org/les-bonnes-pratiques-des-adherents.html>

¹²⁶ V. Etude jurisprudentielle extrêmement fine de l'association d'avocats : <http://www.asso-sherpa.org/reflexions/SHERPA%20Etude%20Juridique%20OCDE%20V150607.pdf>

qui renaît à travers ce débat. Si l'effet sur les parties est relatif, par définition, l'existence de la norme crée une nouvelle situation juridique opposable à tout un chacun. L'accord des volontés entre parties prenantes s'imposera aux tiers, tel un fait juridique. Certes, il ne crée pas d'obligation pour les tiers, mais force est de constater que les parties sont liées, ne serait-ce que moralement par la norme adoptée, quand bien même son application demeure volontaire. Ce qui signifie concrètement que toute organisation qui décidera de se laisser guider par la Norme ISO 26000 dans sa démarche RS entraînera avec elle, ses partenaires. Celles qui, dans sa sphère d'influence, ne joueront pas le jeu, seront, de fait, éliminées. Les règles de l'art ont cette vertu. Rien n'empêchera une organisation de fixer contractuellement les pratiques auxquelles elle entend faire référence : l'emprunt, l'inspiration, la déclinaison peut être issue de la Norme ISO 26000. Même si l'utilisation contractuelle est proscrite par les rédacteurs de la Norme ISO 26000, dans une recherche ultime de compromis entre ces thuriféraires et ses contempteurs, nul doute, que certains chapitres, pris isolément au départ, serviront de fondements implicites à la rédaction de clauses sociales, que l'OMC aura de plus en plus de mal à écarter dans le règlement des différends. *Pacta sunt servanda*. L'usage contractuel de ces lignes directrices sur la responsabilité sociétale ne peut être réduit à néant. Ce serait un non-sens à la fois historique¹²⁷ et juridique : aucune clause issue de la Norme ne peut être proscrite, au titre d'une hiérarchie des normes qui n'est pas d'ordre public. La liberté contractuelle prévaut, notamment en matière commerciale.

C'est aussi une forme de liberté d'expression. De nombreux textes de droit public n'avaient qu'une valeur déclarative à leurs origines. On peut y ajouter l'évolution de la portée juridique de normes privées, tels les codes éthiques, *a priori*, facultatifs, « qui fourmillent de déclarations dégoulinantes de bons sentiments » (Deumier, 2009a, p.677), mais que la loi encadre progressivement (Desbarats, 2006 ; Mazuyer, 2010). Les bonnes pratiques sont parfois légalisées. Rien n'empêcherait, de la même façon, malgré les précautions contraires de ces rédacteurs, la Norme ISO 26000 de devenir, au fil du temps, un usage réglementaire ou plus exactement réglementé...

Mieux ! Dans un cadre démocratique, le contrat social s'impose à tous, même si tous les participants n'ont pu imposer leurs volontés ou se sont abstenus. C'est une dérogation à l'effet relatif des contrats car l'unanimité n'est pas de rigueur. L'opposabilité de la Norme ISO 26000 dépend donc essentiellement de rapports de forces. C'est sans nul doute ce qui a fait reculer puis céder la Chine, mais ne pourra que renforcer la Norme ISO 26000 dans la chaîne

¹²⁷ V. AFAQ1000NR

des valeurs. Les Etats-Unis ne s'y trompent pas et craignent de ne pouvoir établir de nouvelles barrières protectionnistes, compte tenu du processus révolutionnaire de cette nouvelle norme. Serait-ce le premier pas vers une gouvernance mondiale ?

Conclusion

Dans cette recherche sur la responsabilité sociétale, c'est, en définitive, plus l'ISO, en tant qu'organisation internationale, qui a gagné en légitimité, plus que la Norme ISO 26000, norme d'un genre nouveau.

En inversant les rôles, en prenant la liberté de penser le développement durable pour mieux donner la mesure de ce que les entreprises, surtout, étaient susceptibles de s'appropriier dans le magma des dispositions tant internationales ou nationales de la *soft law* voire de la *hard law*, chacun a pris sa part de responsabilité ou prendra sa part de responsabilité, la norme étant déclarée explicitement d'application volontaire.

L'éthique est sauvée : ce n'est pas une tendance à la régression du droit, les obligations des entreprises n'étant pas celles des Etats, mais une marque d'intérêt pour dépasser les obligations légales pour les uns, ou de respecter la loi, pour les autres. Entre « protéger les droits de l'Homme » et « respecter les droits de l'Homme », il n'y a qu'une différence de degré et non de nature. Les deux termes sont autorisés : les thèses différentialistes sont donc admises.

Il ne faut pas faire plus de concessions sur le fondement même de la responsabilité sociétale et saper les bases de la Norme ISO 26000. L'expérience des réserves émises dans les traités internationaux ou la prolifération de conventions régionales, dérogoires parfois, ne doit pas être imitée. Celles-ci ont ouvert trop de brèches dans l'édification des droits de l'Homme au point de remettre en cause leur universalisme. La Norme ISO 26000 est un compromis international qui engage ceux qui souhaitent s'engager dans la démarche de RSO : pour son efficacité et sa crédibilité, l'adhésion doit être totale. C'est ainsi qu'elle sera un « accélérateur d'innovations »¹²⁸.

¹²⁸ Parler normes couramment. L'essentiel. www.afnor.org

Chapitre 2. Une métanorme, sans certification ?

Dans son discours, le 14 juin 2005 (Maurel, 2008, p.325), le Président Jacques Chirac, lors de la réunion des entreprises signataires du Pacte mondial, avait souhaité que les travaux de l'ISO (Organisation Internationale de Standardisation), dans laquelle, la délégation française de l'AFNOR (Association Française de Normalisation) est très influente, se poursuivent en liaison avec l'OIT (Organisation Internationale du Travail)¹²⁹. L'ISO, dans ce souci de cohérence, a tissé des liens avec toutes les organisations internationales, dûment invitées à reconnaître la Norme ISO 26000.

Poser comme un préalable nécessaire, ce respect symbolique des instances internationales, sinon de la hiérarchie des normes, est un choix de politique internationale qui dépassait, de loin, l'enjeu de la certification de la norme, même si, au premier abord, ce choix déroutait plus d'une entreprise. La crainte d'une atteinte à la souveraineté des Etats était manifeste. Mais le texte même de la norme pose l'interdit fondamental de substitution à la loi des Etats. « L'économie de la certification n'est donc pas en passe de remplacer les Etats de droit » (Besse, 2005, p.997): la légitimité démocratique des Etats est préservée. C'est la crédibilité de la norme qui était l'objectif stratégique.

L'ISO a, de ce point de vue, gagné son pari de faire accepter les lignes directrices de l'ISO 26000, comme une « métanorme »¹³⁰, plutôt que de faire valider une norme classique, perdue dans la nébuleuse des normes susceptibles d'être garanties par une certification, mais dont la portée serait limitée, *ratione loci* et *ratione materiae*. En assurant sa conformité avec les grands référentiels internationaux, ceux-ci progressivement lui accorderont ou non sa légitimité et donc sa « force normative » (Géniaut, 2009, Mazuyer, 2009). Cette méthodologie est une véritable stratégie révolutionnaire car elle constitue une technique de présomption de conformité, bien plus efficace, sur le long terme, pour diffuser la Norme ISO 26000 sous des formes différentes de la certification classique.

En outre, peu de PME, invitées à utiliser la Norme ISO 26000, n'ont les moyens de s'offrir un organisme certificateur et les apports sont mitigés : la motivation et l'image de la certification sont souvent plus recherchées que son efficacité (Rolland, 2010). Prenant acte des limites de la certification et de ces effets pervers, la Norme ISO 26000, à l'instar de la Roue de Deming (*Plan Do Check Act*) cherche moins une performance à réaliser, qu'à pousser toute organisation dans une démarche de développement durable.

¹²⁹ Maurel, 2008, p. 29 (V. tableau)

¹³⁰ Qui traite des causes premières de la norme (comme des causes premières de l'Etre, en physique, dictionnaire Quillet).

Votée à une très large majorité tous systèmes juridiques confondus, l'ISO a aussi évité les conflits de territoires (entre pays riches et pauvres notamment) et la concurrence exacerbée sur le marché de la normalisation puisqu'elle a assuré la promotion *erga omnes* de la première norme privée sur le plan international relative à la responsabilité sociétale des organisations.

La Norme ISO 26000 définit ainsi la responsabilité sociétale comme « *la responsabilité d'une organisation vis-à-vis des impacts de ses décisions et activités sur la société et l'environnement, par un comportement transparent et éthique qui contribue au développement durable, y compris à la santé et au bien-être de la société, prend en compte les attentes des parties prenantes, respecte les lois en vigueur et en accord avec les normes internationales de comportement, est intégré dans l'ensemble de l'organisation et mis en œuvre dans ses relations* ».

En ce sens, on ne peut pas dire qu'une conception de la responsabilité sociétale (RS) ait pris le pas sur une autre. Il y a un véritable consensus qui s'est formé autour de la notion progressivement, preuve si besoin est, des usages en la matière (Chapitre 2).

L'appropriation d'un texte, par essence insusceptible de certification, est délicate à la fois par des acteurs économiques qui ne sont pas nécessairement sujets de droit à part entière, plus habitués aux normes de qualité, sur les produits ou les services, ou processuelles, dans le cadre des systèmes de management, mais également et surtout, par les autres organisations qui dépendent directement de l'Etat, où la place de la normalisation privée est très réduite. Les usages et les contraintes sont alors très différents.

Néanmoins, l'acculturation se traduit d'ores et déjà, par une génération spontanée de normes issues de la Norme ISO 26000. Ces usages subséquents ou partiels représentent un nouveau risque liée à la prolifération éventuelle de normes issues de l'ISO 26000, pouvant lui ôter lisibilité, cohérence et visibilité vis-à-vis de tous les acteurs économiques. Des risques de récupération voire de dénaturation de la norme sont à craindre également. La certification de l'ISO 26000 est à double détente : telle une universalité juridique, la Norme ISO 26000 représente un patrimoine insusceptible en apparence de certification globale (section 1). En revanche, les éléments de la norme peuvent faire l'objet de certification, isolément, non sans risque (section 2).

Section 1. L'impossible certification de l'universalité de la Norme ISO 26000

« Contrairement à toutes les autres questions, la question humaine n'a aucun expert : elle est l'affaire de tous et de chacun d'entre nous ; elle est une affaire d'expérience de vie, de sensibilité, de conscience. Chacun a à apprendre de l'autre »¹³¹. Mais, à la différence des normes publiques, la Norme ISO 26000 n'appartient pas à tous. Ce « patrimoine » n'est pas public et en accès libre : comme toutes les normes privées, elle est payante et protégée par des droits d'auteur.

Sous-section 1. Une interdiction formelle

Le champ de la certification ne peut pas être limité uniquement par une déclaration d'intention. Au-delà de la volonté déclarée, les espaces de liberté et de créativité sont encore préservés.

1. La volonté déclarée des rédacteurs de la Norme ISO 26000

Dès la première page de la norme, il est clairement stipulé dans son domaine d'application que les lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale ne sont ni appropriées à des fins de certification, ni destinées à une utilisation réglementaire ou contractuelle. Les rédacteurs de la norme prennent le soin d'indiquer que la Norme ISO 26000 n'est pas une norme du système de management et qu'en aucun cas elle ne peut se substituer aux référentiels déjà existants, *a fortiori* aux normes de la *soft law* en matière de responsabilité sociale des entreprises ou autres dispositions nationales ou internationales de droit public fixées par les Etats et les organisations internationales.

Comme son nom l'indique, « *Guidance Social Responsibility* », l'ISO 26000 est un guide, non une norme à part entière. Ces lignes directrices constituent un outil parmi les textes de références de la *soft law*. Elles fixent les bonnes pratiques en la matière. Outre l'annexe donnant des exemples d'initiatives volontaires, l'ISO (Organisation Internationale de Normalisation) étudie la mise en œuvre d'un forum pour compléter le dispositif, à l'instar du Pacte mondial des Nations Unies. Comme tous les guides (exemple: SD 21000 sur la performance globale des entreprises) ou les livres verts ou blancs de la Commission européenne (sur la gouvernance ou toute autre politique publique), les notes bleues de Bercy,

¹³¹ <http://dialoguesenhumanite.free.fr>

les trames vertes ou bleues... la certification n'est pas envisagée. La qualification de « ligne directrice » par opposition à norme n'est pas neutre.

Néanmoins, la qualification de « lignes directrices » ne suffit pas à rassurer sur l'intention des promoteurs de la Norme. L'interdiction explicite de certification est alors dûment mentionnée dans l'avant-propos sur la Norme : « Toute offre de certification, ou prétention de certification selon l'ISO 26000 serait une mauvaise représentation de l'intention et de l'objectif de cette norme internationale ». (Introduction, p.vii). Ce formalisme suscite quelques réserves tant il est paradoxal. Aucune norme ou autre référentiel n'a éprouvé la nécessité de cette spécification.

La volonté déclarée est-elle en concordance avec la volonté réelle de tous ceux qui ont collaboré à la rédaction de la Norme à son origine ? Rien n'est moins sûr. L'absence de certification relève plus du calcul politique pour obtenir l'adhésion de pays où le coût de la certification est devenu un véritable obstacle aux échanges. Fruit d'un renoncement pour mieux développer de nouveaux outils méthodologiques à partir de la Norme ISO 26000, l'interdiction formelle opère en définitive comme un formidable levier de croissance pour le marché de la normalisation.

2. L'autorisation implicite des pseudos - certifications

La certification n'est, il est vrai, pas le propre de toutes les normes. Loin s'en faut ! Toutefois, le risque de certification déguisée n'est pas exclu, tant les acteurs de la normalisation cherchent d'alternatives pour rendre « crédibles » leurs démarches en matière de responsabilité sociale, pour évaluer et vérifier les engagements pris.

L'AFNOR répond à ces attentes tout autant qu'elle crée les besoins d'intégration du processus RS. Sur la base d'AFAQ 1000NR¹³², l'AFNOR Certification lance un modèle d'évaluation AFAQ 26000 Responsabilité Sociétale – Développement Durable. Cette démarche, proche de la certification, se définit comme une traduction opérationnelle de la Norme ISO 26000 : elle mesure le degré d'intégration des principes de responsabilité sociétale au sein des organisations. Comme sa publicité l'indique, AFAQ 26000 suit une sémantique propre à la Norme ISO 26000 : identification de la responsabilité sociétale et gouvernance, pratiques d'intégration de la responsabilité sociétale et communication, ressources humaines, relations et conditions de travail, modes de production, de consommation durable et questions relatives aux consommateurs, ancrage territorial et développement local, indicateurs

¹³² L'Association Française pour l'Assurance Qualité avait fait un jeu de mot avec le Millénaire du développement dont les objectifs sont fixés par les Nations Unies.

environnementaux, sociaux, économiques. Or, la pertinence sera à analyser en fonction des contextes : une certaine flexibilité est nécessaire.

Les terminologies extrêmement variées inventées par des cabinets de consultants ou des agences de notation sociétale, pour les besoins de la cause (Lamarche, 2012), sont révélatrices de cette approche de la certification par des biais détournés : évaluation, mesure, degré de maturité, pertinence, clarification, etc. Le cadre est de plus en plus souple, à l'image des textes de la *soft law*.

Ainsi, un travail de méthodologie effectué à l'AFNOR, sous la direction du Professeur Christian Brodhag, opère un redéploiement de l'outil de diagnostic FD X 30-023, publié en avril 2006, pour aider les organisations, et non plus seulement les entreprises, à hiérarchiser les enjeux de développement durable.

Un autre groupe de réflexion à l'AFNOR appelé « crédibilité » s'est ainsi créé parallèlement au groupe de travail « déploiement de la Norme ISO 26000 » sur la DDRS. L'objectif est d'évaluer les engagements pris et surtout la pertinence des enjeux choisis par l'organisation pour être jugée socialement responsable. Un projet de norme PR XP X30-027 est soumis à enquête.

La Norme ISO 26000 n'est pas un point d'orgue sur le marché de la normalisation, pas davantage sur le marché de la certification. Les enjeux économiques prédominent. Toutefois, en plus de sa conception, sa nature rend très difficile l'hypothèse même d'une certification globale.

Sous-section 2. Une impossibilité fondamentale

Norme de recommandation, la Norme ISO 26000 se situe en amont du processus de normalisation, pour fixer la stratégie des organisations : elle peut donc conduire à engager une démarche articulée avec d'autres normes du système de management. C'est à la fois un modèle, un outil et un outil à modeler. Cette plasticité de l'outil n'est pas propice à la certification. Elle opère ainsi un son propre « verrouillage conventionnel » (Helfrich, 2010).

1. La nature de la norme internationale ISO 26000

La norme internationale ISO 26000 est éco-systémique : « elle est censée être lue et utilisée comme un tout »¹³³ indissociable. Elle est à la fois questionnement philosophique, régulation des parties prenantes et management des risques.

¹³³ ISO/FDIS (*Final Draft International Standard*) 26000 : 2010 (F), p. vii

Son architecture est complexe, compte tenu de cette méthodologie : elle manifeste à la fois la volonté de donner une colonne vertébrale éthique à l'ensemble du schéma destiné à guider les organisations à comprendre et utiliser la présente norme, d'autre part à couvrir l'intégralité des domaines d'actions et attentes associées dans lesquels toute forme d'entreprise marchande ou non marchande doit œuvrer pour contribuer au développement durable.

C'est à proprement parler une « métanorme » qui fixe l'éthique des pratiques en matière de responsabilité sociétale. Sept principes d'action gouvernent la RS (article 4) : la redevabilité, la transparence, le comportement éthique, la reconnaissance des intérêts des parties prenantes, le respect du principe de légalité, prise en compte des normes internationales de comportement, le respect des droits de l'Homme. De manière transversale, la gouvernance, au cœur du dispositif, constitue le moyen d'articuler la démarche des organisations autour de six autres questions centrales : les droits de l'Homme, les relations et les conditions de travail, l'environnement, la loyauté des pratiques, les questions relatives aux consommateurs, les communautés et développement local.

La gouvernance qui est préconisée dépasse le simple management des personnes liées contractuellement avec l'organisation : il s'agit de réguler et d'intégrer par des pratiques le dialogue avec les parties prenantes et ce, en respect d'un nombre de principes d'action, avec comme finalité une contribution au développement durable.

La structure gravite autour de des droits de l'Homme comme fondement et visée de l'action responsable.

Ces lignes directrices ont une approche normative mais non réglementaire : elles engagent sur un idéal à atteindre, bien au-delà du domaine réglementaire. « C'est une coconstruction des finalités avec les parties prenantes, mise en œuvre de l'intelligence et de la responsabilité collective » (Provost Vanhecke et Sibille, 2013, p.XIII).

En outre, une « métanorme » exclut, par définition, l'idée d'une certification : la création d'un référentiel de certification paraît effectivement délicate sinon par parties. La Norme ISO 26000 n'est pas un référentiel de conformité, mais un référentiel d'engagement dans une démarche responsable. C'est, au sens éthique, un chemin à parcourir non un résultat à atteindre (Laget, 2009, p.14). Elle ne peut donc remplacer les normes processuelles ou techniques.

Normative certes, mais objet de certification, en toute sincérité, ses promoteurs en doutent : la Norme ISO 26000 est protéiforme et son contenu est trop riche.

2. La longueur du texte

Plus de cinq années de recherche de consensus au niveau international, ont engendré la création d'un référentiel de plus cent pages. Compte tenu de la traduction, la version française dépasse même cent trente pages. Créer une certification de conformité sur la totalité des chapitres relève donc de l'utopie.

Pour autant, les textes internationaux ne figurent pas tous en référence. La bibliographie très importante dans la doctrine de l'ISO ne prétend pas à l'exhaustivité. L'ISO se défend ainsi de créer une norme juridique.

Les redondances dans le discours, l'approche sous différents angles du même thème, la répétition des occurrences est un instrument d'une stratégie discursive visant à faire triompher une conception déterminée de la responsabilité sociale des organisations (RSO). C'est ainsi que les références constantes à des concepts clefs du développement durable, par la définition des standards (principe de précaution, droit à l'information, etc.), se sont imposées par la médiation de l'écriture au fur et à mesure de l'élaboration de ces lignes directrices. La réitération a été le moyen d'inscrire ces concepts au rang de normes supérieures, citées en préambule ou comme des principes auxquels on ne peut déroger.

Le mode de la persuasion voire de l'auto-persuasion, sur fond d'enchaînements de paragraphes cohérents entre eux, est utilisé pour que l'enracinement de la RSO puisse prendre, tout au moins dans les esprits. Par sa longueur, comme une litanie, la Norme ISO 26000 fait véritablement naître une croyance, presque la conviction, que la responsabilité sociale des organisations existe. Le construit se confond avec les pratiques réelles, actuelles ou futures. En atteste la montée en puissance des votes favorables à la publication de ces lignes directrices (en février 2010, 79%, en septembre 2010, 93%).

Le discours rhétorique, véritable produit de composition, presque idéologique, n'a pu faire l'objet d'une synthèse, sans qu'elle perde sa dimension politique, tant sur la forme que sur le fond. Toutes les tentatives pour la résumer, ont échoué : seule l'architecture de la norme peut être présentée sans en dévoyer le contenu. C'est en ce sens que l'universalité de la norme ne peut faire l'objet, par définition, d'une certification. Le mythe s'est construit sur ce paradigme du langage, telle une pragmatique formelle (Habermas, 1987, p.31s.). La réalité présente un visage autre, concernant les éléments de la norme.

Section 2. La certification des éléments principaux de la Norme ISO 26000

Les normes représentent un commerce juteux. Le « risque naturel » de prolifération de normes issues de l'ISO 26000, susceptibles de certification, se profile à l'horizon. Mais le « risque majeur » se situe à un niveau plus global concernant l'ossature même de la norme qui, dans ce démantèlement, risque de perdre du sens et de la cohésion interne.

Sous-section 1. Risques de prolifération de normes

Ce risque était prévisible. Parmi les parties prenantes de la Norme ISO 26000, les services et les entreprises de conseil figurent en bonne place. Pour beaucoup, c'est l'espérance d'un marché juteux. L'interdiction ne portait que sur l'entité, non sur les composantes de la norme.

1. Ecllosion de nouvelles normes issues de la Norme ISO 26000

« La seule rhétorique ne peut suffire à légitimer une action » (Gabriel et Gabriel, 2004, p.199). Le passage par la voie contractuelle est souvent incontournable. Dans une société libérale, c'est une nouvelle forme d'expression de la liberté d'entreprendre et surtout de légitimité (Moussé, 1993, 2001). Or, la RSO est encore avant tout une affaire de convention (Persais, 2007), plus que de normes. La convention implicite trouve ses limites très rapidement et la recherche de modèle de légitimité à vocation plus opérationnelle, qui, quant à elles, seront opposables dans un contrat se développe déjà.

Il n'y a qu'à citer l'exemple de l'élaboration de la norme danoise DS 26001 (sur laquelle nous reviendrons en partie 2 sur le risque fongibilité) issue tout droit du chapitre 6 de la Norme ISO 26000. Une autre norme brésilienne est en projet. Assez paradoxalement, ce sont surtout les pays émergents qui refusaient l'hypothèse de la certification comme condition de l'adhésion à la Norme ISO 26000. Les entreprises chinoises n'hésitent pas d'ores et déjà à s'autoproclamer conformes à la Norme ISO 26000. Par anticipation ou par conformisme voire pour faire de la propagande (Pesqueux, 2007a, p.71)?

Chaque chapitre de ces lignes directrices, peut faire l'objet d'une nouvelle norme qui pourra faire l'objet d'une certification, notamment le chapitre 7 dans toutes ses subdivisions. En aucun cas, l'ISO ne peut interdire de s'inspirer de cette norme et de contractualiser les démarches des entreprises qui iront dans son sens. Ce serait s'opposer indirectement aux normes internationales de droit public sur lesquelles elles s'appuient et qui lui confèrent sa légitimité. L'imbrication est telle que l'interdiction anéantirait la démarche même de l'ISO.

Par ce phénomène de création continue de nouvelles normes issues de la Norme ISO 26000, le système s'auto-entretient. Par un jeu de miroir, il renvoie à la norme originelle, sans que l'on sache véritablement si l'on parviendra à reconnaître les copies conformes ? La multiplication des normes et des labels qui vont se greffer autour de la Norme ISO 26000 donne le sentiment d'une nouvelle « Tour de Babel des labels »¹³⁴ et des normes.

2. Un nouveau fonds de commerce

Toute la « face cachée » de la Tétranormalisation (Savall et Zardet, 2005, p.9) réapparaît. Elle transpirait déjà. Le retour au marché mondial de la normalisation avec son jeu concurrentiel, entre organismes certificateurs, agences de notation sociétale, auditeurs en tous genres n'attendaient que le feu vert du vote pour se lancer, et ce, même bien avant la publication de la norme.

C'est avant tout à l'économie de la certification que la normalisation sur la RS profite : est-ce une avancée (Rosine, 2003, p.16-17) ? La réponse doit être nuancée. L'attestation de conformité à une norme représente sans nul doute plus qu'une déclaration de conformité. Ce n'est pas une sanction juridique mais elle peut le devenir par le truchement de la responsabilité contractuelle. C'est l'excès de normes et de certificats éventuels qui est néfaste : il ne repose sur aucune réalité économique et fausse le marché. Ce n'est pas un hasard si l'OMC n'a pas reconnu la Norme ISO 26000 dans ses accords, pas même au titre des recommandations, de peur qu'elle devienne un nouvel obstacle tarifaire. C'est en revanche, paradoxal, de considérer la reconnaissance des droits sociaux dans les organisations comme une distorsion dans les échanges.

En ce sens, la certification, liée à la normalisation, n'est pas un effet de mode mais une tendance profonde. Les entreprises ne s'y trompent pas et elles ont ainsi tout mis en œuvre, jusqu'à la publication de la norme, pour faire l'économie d'une certification jugée trop coûteuse. Mais à y regarder de plus près, elles ont surtout souhaité, dans la période de crise qu'elles connaissent, refusé l'éventualité de perdre une nouvelle certification : leur fronde contre la certification était effectivement plus liée au fait qu'elles ne pouvaient plus y accéder ! C'est assez paradoxal mais compréhensible. Suite à la crise financière de 2008, le succès du Pacte mondial des Nations unies commençait, en valeur relative, à décroître. Les conditions fixées par les agences de l'ONU pour que la Communication sur le Progrès soit

¹³⁴ Expression de Cécile Jolly, chef de projet ISIS, in *Le développement durable : affaire publique ou affaire privée ? L'Etat et la responsabilité des entreprises à l'horizon 2020*, Plan, Commissariat Général du Plan, Paris : 16 novembre 2005 (§ le processus de normalisation entre foisonnement et standardisation).

acceptée étaient si drastiques que les entreprises ne pouvaient plus répondre aux exigences et se trouvaient de ce fait radiées. La radiation étant définitive, celle-ci opérait comme une perte de certification, autrement dit, se mesurait en parts de marché perdues, même si l'adhésion était purement volontaire. Les entreprises n'étaient pas prêtes à affronter les mêmes risques commerciaux et financiers, en cas d'échec, avec une éventuelle certification ISO 26000, de surcroît, payante. De peur de ne pas pouvoir gagner des marchés, mais surtout de risquer de les perdre, les entreprises industrielles ont refusé d'adosser à l'ISO 26000 un référentiel de certification. Aujourd'hui achetée à plus de 12 000 exemplaires (décembre 2012), la Norme ISO 26000 connaît un réel succès commercial : elle s'intègre dans les stratégies de *reporting* des entreprises selon des critères ESG, avec une liberté sans nulle autre pareille. Elle représente un outil très souple du droit souple : un nouveau fonds de commerce s'est créé qui offre bien d'autres perspectives.

Cette norme s'appliquant à toutes les formes d'organisation (entreprises, ONG, syndicats, associations ou collectivités territoriales) quelle que soit leur taille, le marché s'est même étendu de façon exponentielle par rapport aux normes privées traditionnelles. Dans la norme ISO 26000, l'incitation à se référer à une norme privée dans les politiques publiques est inscrite¹³⁵. L'AFNOR vient donc de créer une commission en décembre 2013 pour étudier l'hypothèse d'un référentiel destiné aux collectivités territoriales. On voit ainsi poindre des articulations possibles entre les Agendas 21 locaux et les lignes directrices de l'ISO 26000. De nouveaux marchés de la régulation publique par les normes privées se profilent. Le maillage se resserre et c'est la norme privée qui, cette fois-ci lance l'initiative et mène la danse.

En tout état de cause, la Norme ISO 26000 est la preuve de l'évolution du droit coutumier en matière de RSO. Pas plus la norme ne peut interdire de se fonder sur l'ISO 26000 ou un de ses dérivés dans un contrat, pas plus elle ne peut empêcher les usages en la matière de se diffuser (V. Chapitre 2). C'est absurde. C'est même un non-sens juridique, la norme n'ayant pas le pouvoir de porter atteinte à une liberté fondamentale même par convention et compte tenu de l'évolution du droit international public, les entreprises devenant des sujets de droit international à part entière progressivement.

¹³⁵ ISO/FDIS 26000:2010 (F), 1 domaine d'application, p.1-2

Sous-section 2. Risques de rupture de cohésion de la norme

La certification n'est pas en soi un risque. C'est aussi un « outil de modernité normative » (Pontier, 1996, p.355). Mais la course à la certification a repris de plus belle. La norme est menacée d'être désossée. L'esprit qui a présidé à l'éclosion de la norme menace également de disparaître du fait de ces marchés parallèles et également par la dénaturation de la norme par les organisations internationales défavorables à l'idée d'une certification globale orchestrée par l'ISO.

1. Risque de démembrement de la Norme

La démultiplication de la Norme ISO 26000 crée un risque d'explosion de la norme. Ces lignes directrices risquent de perdre en substance si trop de normes issues de son corpus se créent, se chevauchent, se contredisent et de surcroît sont objets de certification. La structure même de la norme, formant un tout cohérent, peut être atteinte par cette dérive.

L'idée de travailler simultanément sur les trois piliers du développement durable doit être conservée. Sinon, c'est revenir aux systèmes de normes antérieures qui dissociaient les enjeux sociaux et environnementaux. Les contradictions de normes et les conflits de normes sont latents. Les mécanismes d'autorégulation sont mis à mal dans une jungle où les organismes de certification font la loi.

Effet pervers d'un système bien conçu à l'origine ou nouveau phénomène de la tétranormalisation ? (V. partie 2) La certification des éléments de la norme avait déjà commencé avant même la publication de la Norme ISO 26000, en novembre 2010. L'économique précède l'application des droits de l'Homme.

Tout se passe comme si la Norme ISO 26000 était un patrimoine protégé par l'interdit de la certification globale, à l'image d'une universalité de fait. La structure de la Norme est inviolable, intouchable presque sacrée. Mais dans son contenu, ses éléments sont des normes potentielles qui peuvent faire l'objet d'un référentiel de certification. L'ISO gère la Norme comme un « portefeuille de valeurs » en attendant une éventuelle révision du contenu, des valeurs restantes voire des valeurs montantes qui s'inscriront dans ce contenu par le jeu de coconstruction des parties prenantes et son adaptation aux secteurs d'activités économiques, à la taille ou la localisation de l'entreprise.

L'Etat, peut finalement choisir de règlementer pour mettre un terme à cette pseudo-législation ou s'en inspirer comme le préconise les instances européennes ou la doctrine du droit souple du Conseil d'Etat.

L'ISO, par les garde-fous posés dans cette métanorme, peut également intervenir elle-même pour conserver l'esprit de la norme.

2. Risque de dénaturation de l'esprit de la Norme

Le risque est bien réel : car il s'agit de savoir si l'ISO pourra protéger l'esprit de la norme, dans ses applications et après, dans sa future révision, à la fois en interne et vis-à-vis des parties prenantes externes, autres organisations internationales concurrentes à défaut d'être partenaires.

Le risque de récupération de la norme n'est pas une vue de l'esprit faute de pouvoir protéger la norme en elle-même par une reconnaissance officielle par les organisations internationales ou le biais de la certification de la norme elle-même. L'exclusivité dans les usages est loin d'être assurée.

Les débats extrêmement passionnés à l'ONU ou à l'OCDE sur la notion de « sphère d'influence » des organisations, pour réduire la portée de l'acceptation large et innovante de la Norme ISO 26000 dans le cadre de la responsabilité sociétale des multinationales, des sociétés-mères à l'égard de leurs filiales, des réseaux d'une manière générale, sont révélateurs de ces tentatives de dénaturation de l'esprit de la norme, par une volonté de réduire le périmètre de la responsabilité par une interprétation restrictive de la sphère d'influence par le concept de *due diligence* (Loeve et Doucin, 2010).

La norme est d'application facultative et volontaire. Mais « l'ISO, cette (relative) Inconnue Super Offensive » (Penneau, 2006, p.521) inquiète : les normes publiques craignent d'être bousculées, dépassées, supplantées même, par la normalisation privée. C'est le problème de reconnaissance juridique des interdépendances (Mahmoud Mohamed Salah, 2002, p.180-181). Les Etats et les organisations internationales publiques observent depuis de nombreuses années le jeu des normes au double visage : ouverture sur le progrès d'un côté, fermeture des marchés de l'autre. Par l'inclusion ou l'exclusion, les normes font la loi par-delà les Etats par un système de réseau international extrêmement puissant.

Le refus de la certification est un enjeu de pouvoir : la posture crée de nouvelles difficultés pour le rapportage et l'évaluation des pratiques issues de la Norme ISO 26000. Sans garantie extérieure sur les résultats ou surtout éléments de comparaison, il est très délicat de mesurer les modes d'appropriation de la Norme et l'évolution des pratiques.

Dans les comités miroirs de l'ISO, en Autriche ou au Danemark est préconisée une autoévaluation ; en Suède et aux Pays-Bas, on tente de mettre en place un rapport de

crédibilité avec une évaluation externe. L'échelle de valeurs n'est pas identique : c'est sa validité qui est mise en cause.

La souplesse de la norme est alors dépassée, non sans risque par le flou dans la mise en œuvre. C'est ce qui ressort très clairement des conclusions de l'analyse que nous avons pu faire du retour d'expérience suite à la seconde enquête menée par l'AFNOR auprès des utilisateurs de la Norme ISO 26000 (V. Annexe 1).

Conclusion

Jugée très complexe, inadaptée pour les petites entreprises, *a fortiori* à tout type d'organisation, du secteur marchand ou non-marchand, mais surtout trop concurrentielle par rapport à leur conception du *business ethics*, les Etats-Unis, quoiqu'ayant participé jusqu'à la fin aux négociations, ont refusé de valider cette nouvelle norme ISO au niveau international. Devant le succès de la Norme ISO 26000, vont-ils pouvoir continuer à imposer leurs normes certifiées au reste du monde ?

Par la certification, autrement dit la logique contractuelle, la norme pourrait être protégée par un juge et faire l'objet d'une plainte en justice. En renvoyant la norme dans le néant juridique, même si c'est un mythe, l'ISO aura peine à maintenir l'esprit de sa conception.

En réalité, les jeux de pouvoirs sont toujours latents. L'ISO 26000 permettra-t-elle, néanmoins, avec ou sans certification, de rendre les entreprises plus responsables ? Telle est la vraie question.

Deuxième partie - L'envers du droit : la Tétranormalisation

L'univers des normes complexe que nous avons présenté en première partie a conduit un réseau de chercheurs international dirigé par les Professeurs Henri Savall et Véronique Zardet, à présenter un programme scientifique et technique pour modéliser l'environnement normatif des organisations en quatre pôles institutionnels (OIT, OMC, ISO et IASB/IFRS) censés assurer respectivement un travail décent, le commerce équitable, la certification de la qualité et de l'environnement, la sécurité financière qui peut schématiquement être qualifié de « tétranormalisé » et crée une perversion des règles du jeu de l'activité économique et sociale (Savall et Zardet, 2005, Figure 3, p.8)¹³⁶. Soumis à de véritables injonctions paradoxales, les dirigeants d'entreprises, toutes tailles confondues, se retrouvent alors à la fois noyés sous un flot continu de normes venues de tous horizons, ou écartelés par des normes contradictoires, et, par voie de conséquence, « en situation d'infraction potentielle permanente » (Savall et Zardet, 2005, p.1). A ces contraintes, s'ajoute, dans les contrats, le glissement progressif des obligations de moyens aux obligations de résultat qui confère une portée juridique à des normes jusqu'ici supplétives de volonté, donnant l'impression amère d'un défi insurmontable pour satisfaire l'intolérance au risque.

La RSE a ainsi émergé, comme l'expression d'un besoin d'oxygénation dans un univers complexe de normes, souvent en contrepoint du droit dur. Le droit souple représente sa marque. Il est le signal d'un changement à la fois dans le rôle des acteurs individuels, mais également des institutions et des modes de gouvernance au niveau macroéconomique. Mais si la RSE peut apparaître comme un choix volontaire, sa distanciation avec le droit dur est une utopie compte tenu des imbrications que nous avons démontrées, elle peut constituer, également, une utopie dangereuse justement du fait même de cette prise de distance par rapport aux règles publiques.

L'« échelle de normativité graduée »¹³⁷ créée par le droit souple en aval du droit dur, n'est jamais que la face immergée du non-droit, au mieux une structuration des règles de droit sans contrainte apparente. De la règle de droit, elle n'en a souvent que les atours. Et la RSE en tant que thème de gestion « s'épuise » (Pesqueux, 2007b, p.222 ; 2009a) sans parvenir à endiguer la faim dans le monde, sans limiter le réchauffement climatique, sans résoudre les crises financières, sans réduire les déchets et les atteintes à la biodiversité, sans trouver de nouvelles

¹³⁶ Les deux figures du livre de Savall & Zardet (2005) sur la Tétranormalisation citées en introduction de cette partie de thèse sont également visibles sur le site de l'ISEOR

http://www.etatsgenerauxdumanagement.fr/egm2008/doc/s14_4Savall.pdf

¹³⁷ Rapport du Conseil d'Etat (4 juillet 2013), Le droit souple, Etude annuelle 2013, La documentation française, p.9

ressources face à une démographie galopante... sans regarder finalement en face quelques réalités dérangeantes car insoutenables. Il faut faire « sans »... responsabilité aucune.

Les difficultés d'adoption d'une remédiation globale au niveau mondial se traduisent par une prolifération de normes où la raison se perd. La responsabilité sociale de l'entreprise est tombé sur cet écueil, et ce, à la fois par ce que l'entreprise appartient au marché, soumis lui-même à des normes, mais également par ce que « au-delà de la loi », pour ne pas dire « en-dehors de la loi », la seule réponse formalisée à la quête ardente de parties prenantes aux intérêts contradictoires s'est traduite par des bonnes pratiques puis, le degré d'exigence augmentant, selon l'influence des pouvoirs publics ou des lobbies, par des normes, inventées pour les besoins de la cause, sans contrainte ni sanction juridique.

Traditionnellement, l'entreprise devait se conformer aux normes fixées par la puissance publique. Puis, par un jeu complexe entre adaptation ou résistance, la normalisation privée s'est ainsi développée, imbriquée dans les normes publiques, et donc imposée. Mieux ! Les entreprises privées tentent même de répondre directement aux attentes de la société civile, incitées par les institutions internationales ou nationales publiques à « intégrer des préoccupations sociales et écologiques à leurs activités commerciales et à leurs relations avec les parties prenantes » comme les incite le Livre Vert de la Commission européenne (2001). En raison de cette surenchère, l'entreprise se trouve au cœur d'un dédale de normes, publiques ou privées, nationales et internationales, sources de nombreuses contreperformances et contentieux inextricables, qu'elles provoquent ou entretiennent dans une spirale infernale.

En prévention, les entreprises s'organisent, le plus souvent en réseau, pour construire un système global de conformité aux normes, dont elles sont instigatrices parfois, l'entreprise étant devenue « un lieu d'élaboration de règles et de conventions autonomes et originales » (Groux, 1999, p. 33), afin de concilier responsabilités et profits, sans avoir le sentiment de se « soumettre ou d'esquiver les dilemmes stratégiques » (Savall & Zardet, 2005, p.10, Fig. 6) générés par la Tétranormalisation. C'est le côté dynamique, presque positif et constructif du système.

Néanmoins, il existe de nombreux effets indésirables partant de la prolifération à la fois des normes et des institutions, des conflits verticaux et horizontaux du fait de la concurrence, un défaut d'application réelle des normes, des fraudes et des sanctions financières ou pénales (Savall & Zardet, 2005, Fig. 24, p.44-45).

L'inflation des normes crée, en outre, une « dévalorisation du droit » (Supiot, 2005, p.170).

L'effet le plus pervers, à notre sens, est le brouillage normatif orchestré au niveau international par les institutions publiques et privées.

Il résulte de plusieurs phénomènes (prolifération de normes, conflits de normes et de hiérarchie, non-application des normes) qui créent des distorsions et faussent les règles du jeu économique et social. **Il mérite d'être étudié en profondeur dans le cadre de ces travaux de recherche pour expliquer à la fois l'enjeu de la RSE, les limites du concept en gestion, les déviations et les préconisations juridiques pour que la RSE puisse devenir une utopie réalisable.**

L'observation de ce phénomène de Tétranormalisation, et de ses conséquences sur le long terme, nous conduit à poser **l'hypothèse suivante : faute de pouvoir s'abstraire de la règle de droit classique, les normes de RSE finissent par se confondre avec elles et cherchent par un prisme inversé à vouloir supplanter la règle publique absorbée.** Le phagocytage fait peser une menace certaine sur nos institutions. Mais, plus qu'une privatisation du droit, par un jeu d'influence, le risque, le plus grand, provient de cette **confusion générée par cette infinie solubilité et de ses effets du mélange sur le droit dur : le flou du droit.** C'est notre résultat. Et nous souhaitons ici, dans cette partie tout particulièrement discuter ce point.

Trois axes structurent le paysage de la Tétranormalisation (Savall & Zardet, 2005, p.43) :

- La prolifération des normes
- La concurrence et les conflits entre normes
- Le non-respect des normes

Nous y ajoutons, et c'est l'apport de notre thèse : le flou des normes.

Chaque axe peut conduire au flou du droit. Mais il n'a jamais été étudié en tant que tel par les promoteurs de la Tétranormalisation. Ses répercussions en gestion sont bien plus considérables qu'il n'y paraît, car il avance masqué.

Il convient d'être très précis sur les définitions et d'insister sur celles qui nous préoccupent, pour marquer quelques nuances importantes entre les termes que nous avons déjà schématisés en première partie.

Figure 20 Entre normes souples et normes floues : une question de validité

<i>fuzzy law</i> / droit flou	<i>soft law</i> / droit souple	
concerne la validité formelle des normes et la rationalité des systèmes de droit	renvoie à la validité empirique des normes et la question de l'effectivité du droit	
droit multiple pluralisme juridique ordonné	droit mou norme non obligatoire	droit doux et/ou norme non sanctionnée

Tableau élaboré à partir de la définition du flou du droit (Delmas-Marty 2004b, p.25)

Le flou du droit préserve une certaine hiérarchie : il crée une marge de manœuvre : il est la conséquence du désordre mondial (Delmas-Marty, 2004b, p.18). C'est un droit effervescent pourrait-on dire, caractéristique du droit international dans une dynamique permanente de négociations. Mais il n'est pas sans risque : l'opacité qui entoure le flou peut masquer la prolifération des normes et l'anarchie (absence de droit) ou le totalitarisme (négation du droit) par la tentation de réduire le multiple, pour qu'un seul Etat ou un seul chef charismatique domine et « liquide » le pluralisme (Delmas-Marty, 2004b, p.388).

L'aspect quantitativement important de normes a été traité dans la première partie sous l'angle du champ de forces normatives qui en est la résultante, afin de décrire le paysage normatif dans lequel s'inscrivait la RSE. La prolifération, donc l'excès de normes, est un axe intéressant. La littérature gestionnaire et plus encore la doctrine juridique¹³⁸ n'ont eu de cesse de la présenter, de la dénoncer et de chercher à l'enrayer dans les discours. Les politiques publiques encore tout récemment ont donné le mot d'ordre en ce qui concerne les normes publiques estimant qu'il y avait urgence à lutter contre « l'incontinence normative » qui avait progressivement fait passer « l'Etat de droit à un état de paralysie par le droit » (Lambert et Boulard, 2013, p.7)¹³⁹. Le coût pour la collectivité est de 2 milliards en 4 ans pour un stock de normes évalué à 400000 normes qui « s'est constitué au fil du temps par addition, sédimentation, superposition, comme les couches d'une géologie juridique » (Lambert et Boulard, 2013, p.10).

Mais nous sommes bien plus inquiets, quand, dans le même temps, quoique se défendant de « prôner une dérégulation générale » (Lambert et Boulard, 2013, p.7), un autre rapport d'un autre ministère préconise le développement des normes privées, comme outil stratégique des

¹³⁸ La doctrine est aux juristes ce que la littérature est aux gestionnaires. Elle est classée en outre dans les sources indirectes du droit.

¹³⁹ Lambert A. et Boulard J.-Cl. (26 mars 2013), « Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative », Ministère de la réforme de l'Etat de la décentralisation et de la fonction publique.

politiques publiques internationales (Revel, 2013).¹⁴⁰ Le paradoxe est loin d'être bénin. Il révèle à tout le moins un désengagement de l'Etat au profit des organismes de normalisation privés, mais surtout, une absence de volonté réelle de réduire le nombre de normes, quelle qu'en soit la source ! Ce double langage du gouvernement français est un aveu : l'aspect quantitatif n'est pas l'objet ou le cœur des débats. Car la vraie question n'est pas de savoir s'il existe trop de normes mais si ces normes sont efficaces et quels en sont les auteurs. Privilégier la piste de la privatisation des normes pour renforcer l'influence de la France au niveau mondial est loin d'être neutre... Certes, le trop plein de normes nuit mais il n'est que le symptôme d'un phénomène normatif problématique et complexe plus général.

L'aspect qualitatif de la Tétranormalisation retiendra donc davantage notre attention. Nous considérons que la privatisation de la norme et la fluidité de la norme savamment orchestrées pour desserrer les contraintes et favoriser le « moment libéral » peuvent conduire à un « délire normatif » plus grand encore, à terme, que la prolifération : le flou du droit.

Les rapporteurs prétendent que la France est « malade des normes » et « qu'elle pourrait en périr » (Lambert et Boulard, 2013, p.4). Mais ont-ils seulement imaginé le chaos qui résulterait de l'absence de norme ? Ou ce qui revient au même, de trop de souplesse ? Dans son étude sur le droit souple, le Conseil d'Etat considère que la norme juridique ne peut être « ruinée à force de souplesse »¹⁴¹ et s'appuie pour soutenir sa position sur Sophocle : « *c'est le manque de souplesse, le plus souvent, qui nous fait trébucher* ».

Nous ne partageons pas tout à fait ce postulat. Nous sommes bien loin de la tragédie d'Antigone, du conflit de valeurs, entre deux absolus qui s'opposent, de manière irréductible. Il existe des positions intermédiaires entre droit souple et droit dur.

Dans le champ de forces que nous avons esquissé, c'est dans l'internormativité que la solution réside et dans la nécessité d'un tiers garant du droit, d'un arbitrage, d'une gouvernance internationale (V. Partie 3). Nous avons esquissé la dépendance des espaces normatifs. Ce qui est intéressant, ici, c'est d'étudier leur interdépendance et ses conséquences précisément dans les organisations. L'autonomie parfaite n'existant pas, c'est la discontinuité des normes, ou plutôt leur continuité par les interactions réciproques qui nous permettent d'étudier le phénomène normatif dans son ensemble avec les jeux d'influence dont celui de la RSE qui se normativise et est entrée subrepticement dans le champ normatif.

¹⁴⁰ Revel C. (31 janvier 2013), « Développer une influence normative internationale stratégique pour la France », Rapport remis à Nicole Bricq, Ministre du commerce extérieur

¹⁴¹ Etude annuelle du Conseil d'Etat sur le droit souple, La documentation française, 2013, p.6.

L'excès, dans un sens ou dans l'autre, est préjudiciable. « Trop de normes, tue la norme » pourrait-on dire. Mais avec trop de souplesse, nous ne trébuchons plus, nous sombrons dans les sables mouvants. C'est bien plus grave ! La question « comment » (?) n'a alors plus de sens, car nous sommes certains de périr ; c'est « qui » nous relèvera ? Si nous trébuchons, il vaut mieux tomber en souplesse, pour mieux se relever, plutôt que se tordre pour rester debout malgré l'obstacle. Ce qui nous fait trébucher, c'est plutôt le relief imprévisible ou invisible, le plus souvent. Sophocle marque une nuance que nos conseillers d'Etat omettent. Le droit dur structure plus qu'il ne paralyse ou ne fait trébucher.

Autre contraire, le droit flou est un mirage. Il est trompeur. Ce n'est pas un cadre flexible. Ce n'est pas un outil de gestion. Il ne représente pas même un espace de liberté. Ce n'est pas le non-droit, c'est pire : c'est l'envers du droit.

Le flou des normes qui résulte de trop de souplesse ou de trop d'incohérences. C'est donc le flou qui crée l'insécurité juridique voire annihile l'effet des normes. Dans le flou, on avance en aveugle, on perd en lisibilité du contenu ou de la finalité des normes : cela conduit dans l'impasse, le chaos ou la chute vertigineuse. On ne voit pas le danger venir. Le flou des normes crée une menace pour les organisations qui ne peuvent plus se protéger et deviennent vulnérables, car la norme devient outil au service d'intérêts non déclarés, derrière une apparence de liberté ou de contrainte.

Pour procéder à l'analyse de cette hypothèse, nous vous proposons un cheminement par l'étude de nouvelles normes, principes ou standards considérés comme des outils de gestion, à tort, du fait d'un phénomène de Tétrarnormalisation et des risques encourus dans leur utilisation pour les organisations tant publiques que privées. C'est une partie très critique des normes de RSE et de concepts utilisés en dehors de leur champ disciplinaire d'origine, mais qui s'y rattachent, ou sans fondement scientifique.

Les mécanismes qui président à la déstructuration normative sont complexes. Nous allons en décrypter, de façon approfondie, certains, avec le regard critique des sciences juridiques. L'objectif est de démontrer que le droit est le garde-fou pour éviter au gestionnaire des erreurs stratégiques, du fait d'incohérences épistémologiques, qui le conduirait dans l'impasse.

Ainsi nous étudierons des conflits de normes au niveau gouvernance internationale et institutionnelle (**Titre 1**). Puis, dans les entreprises, au niveau microéconomique, nous tenterons de décrypter deux normes devenues l'une un standard et l'autre un principe respectivement qui, du fait de leur fluidité ou flexibilité, entraînent des conséquences majeures en matière de gouvernance organisationnelle (**Titre 2**). Et enfin, de manière originale, nous montrerons à quels oxymores conduit l'acceptation de normes floues en matière

de RSE, autrement dit à des nouveaux concepts « valises » en gestion qui vont à l'encontre des droits de l'Homme (**Titre 3**).

Titre 1. Les conflits de normes

Les conflits de normes peuvent avoir deux origines : l'un lié à l'auteur qui concurrence par ses fonctions les compétences, en principe, dédiées à un autre producteur de normes, l'autre lié au contenu de la norme qui par son objet même porte sur un domaine en principe de la compétence d'un autre producteur de normes et provoque ainsi un risque de confusion. Nous avons considéré qu'il s'agissait même d'un risque de fongibilité entre normes privées et publiques. Ainsi l'ISO, parce qu'elle représente un organisme privé international qui prend place dans la gouvernance mondiale publique, dérange les Etats et les organisations internationales publiques. La Norme ISO 26000 parce qu'elle porte sur la responsabilité sociale des organisations dépasse le cadre normalement conféré aux Etats ou aux organisations internationales publiques en traitant d'un sujet d'intérêt général. Dans les deux hypothèses de conflits, la cause est politique. C'est pourquoi la Norme ISO 26000, à ce titre, suscite des controverses. Représentant la norme la plus aboutie en matière de RSE, c'est à partir de cet exemple, qui cristallise les débats, que nous raisonnerons. Le système s'établissant outre les Etats, nous montrerons comment par un *lobbying* puissant, l'ISO tente de répondre en réseau aux attentes d'un mouvement consumériste. Nous exposerons ici le mythe de la pyramide de Kelsen symbolisé par l'idée que l'ISO aurait reçu une habilitation des pouvoirs publics, à l'image des ordonnances de la Constitution de la Vème République en France. Les Etats feignent de maîtriser une gouvernance privée qui leur échappe ou tentent de la récupérer dans une recomposition *a posteriori* d'un contrat social mythique et idéologique. Le phénomène de Tétranormalisation, auquel nous assistons, laisse à penser qu'il s'agit, ici, de l'envers du droit.

Chapitre 1. Le risque de concurrence

La Norme ISO 26000 sur la responsabilité sociétale des organisations ne cesse de surprendre à plus d'un titre. Tantôt qualifiée de norme « hors norme » (Capron *et alii*, 2010), tantôt de « pieuses intentions » (Picard, 2008), elle inquiète par son isomorphisme avec les normes publiques. Publiée en novembre 2010, son succès est révélateur : 12 000 exemplaires sont diffusés dans le monde, dont 2000 rien qu'en France, dans 17 langues (5 officiellement au départ) ; elle n'est devancée de peu que par des normes de *management* telles l'ISO 9001 (système qualité), l'ISO 14001 (environnemental) ou l'ISO 31000 (sur le risque)¹⁴².

L'objectif n'a jamais été perdu de vue malgré tous les méandres dans son élaboration : il s'agissait stratégiquement de se hisser au rang des normes universelles des droits de l'Homme. Le consensus exemplaire obtenu (93% de votes positifs), sans coup férir, a permis de réaliser cet exploit, ce que certains ont qualifié de « révolution silencieuse » (Saïssset, 2008).

Force est de constater que cette « norme du 4^{ème} type » (Igalens et Jonquières, 2009, p.1), est le résultat d'une forme de démocratie d'un genre nouveau, qui concilie à la fois participation et représentation. En tout état de cause, elle dépasse, de loin, par la procédure innovante de l'ISO et le système de gouvernance mis en place, l'envergure du guide de la performance globale SD 21000, quand bien même celui-ci a octroyé, à la France, une position influente dans cette démarche internationale de normalisation.

Cette première norme internationale relative à la responsabilité sociétale (RS) puise sa force normative (Thibierge, 2009), dans l'autorité même qui l'a établie, une source venant de la base, encadrée par une organisation internationale reconnue, voire subventionnée par les Etats, lui conférant par-là même un enjeu de pouvoir sans précédent dans la définition des standards. A l'actif de l'ISO, plus de 18000 normes, 170 000 entreprises certifiées ISO 14001 dans le monde, malgré le coût de la certification, quand le Pacte Mondial des Nations Unies, instrument universel gratuit à destination des entreprises, n'atteint que péniblement 10 000 adhésions.

Tout se passe comme si la normalisation privée comblait les vides juridiques. C'est un enjeu de pouvoir. Une forme de gouvernance mondiale d'origine privée est née, reposant sur

¹⁴² Lettre électronique de la commission AFNOR DDRS n°2 janvier 2012

l'assise solide des 163 comités¹⁴³ membres de l'ISO. Contempteurs ou thuriféraires sont bien obligés de l'admettre : la Norme ISO 26000 est la première norme internationale de gouvernance en matière de responsabilité sociétale des organisations. Cette une innovation majeure. Les limites imposées quant à son opposabilité juridique sont très relatives (Cadet, 2010a, p.425), *a fortiori* depuis sa reconnaissance officielle par l'Union européenne, au titre des référentiels recommandés aux entreprises s'engageant dans la RSE¹⁴⁴. Le risque de concurrence avec les normes publiques est patent avec ce nouveau modèle stratégique de consensus dans la gouvernance mondiale.

Section 1. D'une norme de gouvernance à la gouvernance par les normes

De nombreuses normes en matière de responsabilité sociale des entreprises (RSE) ont vu le jour, qu'il s'agisse de normes publiques ou privées. Beaucoup avaient un objet limité. Peu avaient une notoriété internationale. Aucune, au niveau mondial, ne portait sur la gouvernance des organisations en matière de responsabilité sociétale.

Sous-section 1. Première norme internationale de gouvernance en matière de responsabilité sociétale

Cette première norme internationale de gouvernance est une synthèse de la vision américaine de la *Corporate Social Responsibility* et de la conception européenne de la RSE qui donne naissance à la responsabilité sociétale des organisations (RSO).

1. Une norme internationale de gouvernance

La Norme ISO 26000 a alors relevé le défi de n'être ni une norme technique, ni une norme du système de la qualité, même si l'idée de qualité sociale ou éthique fait aussi son chemin¹⁴⁵. Elle n'est pas davantage une norme de management du développement durable ou de la responsabilité sociale. C'est une norme de gouvernance dans le but d'atteindre « des performances en matière de responsabilité sociétale » (7.7.3).

¹⁴³ Au 1^{er} septembre 2010

¹⁴⁴ « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », COM(2011) 681 final : Encadré point B. p.16 ; Résolution au Parlement européen du 6 février 2013 sur la responsabilité sociale des entreprises : promouvoir les intérêts de la société et ouvrir la voie à une reprise durable et inclusive (2012/2097) INI : visa, et points 11, 32, 51 et 79.

¹⁴⁵ La revue Qualitique est une concrétisation de la symbiose entre la qualité et l'éthique.

La recherche des profits n'est pas la finalité de la démarche : les incitations économiques relèvent des moyens (6.2.3.2). Seuls les « bénéfiques escomptés » sont mentionnés (p.25) dans un encadré de moins d'une page sur les 150 pages que comptent la traduction française : amélioration de la réputation, de la compétitivité, réalisations d'économies, financements, partenariats privilégiés, prévention et réduction des conflits, etc. La performance économique n'est inscrite qu'en filigrane. L'annexe A comprend surtout quelques bonnes pratiques dans différents domaines. Mais on cherchera vainement les conseils pratiques de *management* pour les dirigeants dans ces lignes directrices (Bon, 2010).

C'est la raison fondamentale pour laquelle La Norme ISO 26000 fixe des lignes directrices et non des exigences de conformité permettant de distinguer les entreprises responsables et les entreprises qui ne le seraient pas, en fonction de critères laissés à l'appréciation d'organismes de certification. Cette norme éthique ou plus exactement cette « métanorme » (Cadet, 2010a, 2010b) se situe au niveau des principes fondamentaux: elle se nourrit de pratiques, d'axiomes et de modèles (Gomez, 1996) pour donner des recommandations (« actions et attentes associées ») en matière de responsabilité sociétale. Car nul ne peut se substituer à l'organisation pour définir ses valeurs, ses principes et sa stratégie.

La gouvernance est classiquement définie comme « le système de direction et de contrôle des entreprises et comme un ensemble de relations entre la direction de l'entreprise, son conseil d'administration, ses actionnaires et ses autres parties prenantes »¹⁴⁶. Celle-ci peut se décliner à l'échelon d'une entreprise, d'une organisation ou d'un Etat, voire à l'échelon régional ou international. « C'est l'ensemble des processus par lesquels les règles collectives sont élaborées, décidées, légitimées, mises en œuvre et contrôlées »¹⁴⁷.

Dès lors que l'on dépasse le cadre du management, de la gouvernance (« management du management »), de la régulation (« management de la gouvernance »), de l'harmonisation des dispositifs de régulation (gouvernance de la gouvernance ») notamment par la loi, certains auteurs n'hésitent pas à parler de « métagouvernance » (Moreau Defarges, 2011, p.29). La Norme ISO 26000 définit la gouvernance, tel « un système au moyen duquel une organisation prend et applique des décisions dans le but d'atteindre des objectifs » (Art. 2.13). Plus qu'une norme internationale de gouvernance, l'ISO 26000 est une norme de gouvernance internationale.

¹⁴⁶ Le Livre vert sur « Le cadre de la gouvernance d'entreprise dans l'UE » du 5 avril 2011 COM (2011) 164, p.2.

¹⁴⁷ <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/FD001432.pdf>

2. Une norme de gouvernance internationale

Le « verrouillage conventionnel » (Helfrich, 2011, p.112) auquel on assiste est bien plus performant que tous les référentiels créés jusqu'à présent, par l'établissement, au niveau international, d'un véritable modèle stratégique de consensus, comme condition et garantie du succès. Durant cinq années de négociations, 41 grandes organisations internationales ont, en effet, été consultées et 500 experts de 91 pays (dont 18 francophones) ont apporté leur contribution pour l'élaboration de ces lignes directrices (150 pages dans la traduction française, 26000 amendements environ). L'idée était de faire reconnaître d'emblée l'existence de cette future norme, à l'échelon mondial, en appliquant les principes de la bonne gouvernance européenne, tout au long du processus. Le partenariat privé-public est tissé à grande échelle.

Le Pacte mondial a répondu favorablement à cet appel. Pour sa quatrième version prévue au printemps 2013, la GRI poursuit sa collaboration, même de manière informelle, avec l'ISO.

Première norme de gouvernance de l'ISO

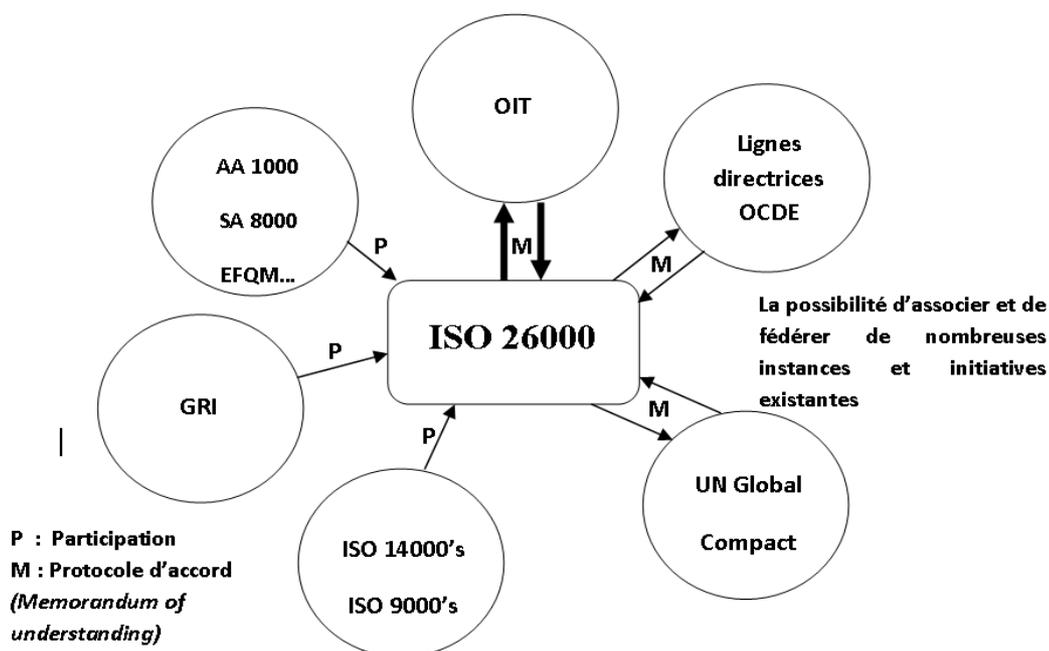


Figure 21 Première norme de gouvernance de l'ISO¹⁴⁸

¹⁴⁸ Source : Schéma extrait des travaux préparatoires de la Norme ISO 26000, Commission Développement Durable Responsabilité Sociétale, AFNOR Normalisation 27 mai 2009 – (Titre interprété librement par Isabelle Cadet)

La procédure exceptionnelle de déploiement de la gouvernance de l'ISO a donné naissance à une norme étonnamment structurée, d'un genre nouveau. La définition de la RSO, extrêmement précise, embrasse effectivement toutes les questions sociales, économiques et environnementales qui relèvent *a priori* de la compétence des Etats, sans compter la santé et le bien-être de la société, mentionnés expressément dans les objectifs de la responsabilité sociétale.

Sous-section 2. La RSO comme vecteur de la gouvernance

Bien plus qu'une traduction des pratiques en matière de RSE et des attentes sociales exprimées par un consensus fort et unique en son genre, la Norme ISO 26000 crée un véritable produit de composition, la RSO, par la synthèse des visions très différentes de la responsabilité au niveau international et, par conséquent, une nouvelle méthodologie de la gouvernance de toute forme d'organisations.

1. Les enjeux de pouvoir à travers la recherche d'une terminologie commune de la RSE

L'OCDE, avec ses principes directeurs à destination des entreprises multinationales, et l'Union européenne avaient donné le « la » sur la conception européenne de la RSE¹⁴⁹. Grâce à la Norme ISO 26000, les trois piliers du développement durable, développés sous forme de sept questions centrales, sont aujourd'hui au cœur de la problématique. N'en déplaisent aux Etats-Unis, c'est cette conception qui a prévalu.

Pour autant, à y regarder de plus près, la Norme ISO 26000 tente une synthèse entre la conception américaine de la responsabilité (CSR), traduite essentiellement par l'obligation de transparence et de *reporting* vis-à-vis des parties prenantes et la vision holistique européenne des enjeux sociétaux de la RSE. Le *business ethics* auquel l'Amérique du Nord est attaché n'est pas absent des sept principes d'action. Il se traduit par le « comportement éthique », mélange d'éthique « conduite juste ou bonne » applicable de manière subsidiaire, dont la subjectivité est bornée par l'axiologie des droits de l'Homme comme norme objective (en ordonnées sur le schéma, p.xii) ... les contradictions normatives qui sous-tendent une telle recherche de consensus sont passées sous silence. Le dialogue multi-parties prenantes légitimant la démarche des organismes de normalisation contourne la difficulté (de Nanteuil, 2009)

¹⁴⁹ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0062+0+DOC+XML+V0//FR> (pour une mondialisation responsable et équilibrée)

Il est assez piquant de noter que cette posture est adoptée par un organisme de normalisation privé quand certaines libertés sont encore à conquérir dans des pays où les droits de l'Homme représentent la première marche d'une reconnaissance de droits subjectifs (que l'on retrouve donc en abscisses).

En traitant également de toutes les questions liées au développement durable, au sens du rapport Brundtland (1987), l'ISO a une visée à proprement parler téléologique. Elle a accordé à ses lignes directrices une attention particulière pour articuler de manière cohérente sept questions dites centrales. Celles-ci, de fait, ont une vocation universelle. L'utopie de l'uniformisation par la normalisation n'est pas exclue : des lignes directrices sont données, pour permettre à une organisation quelle qu'elle soit de prendre des décisions pour parvenir à atteindre ses objectifs (article 6.2.) dans tous les domaines identifiés et pertinents.

Ces exigences fortes ressortent de sa structuration originale et complexe. La performance est atteinte du fait de cette maturation, à telle enseigne que les Etats-Unis, pourtant défavorables au départ à la conception européenne de la responsabilité sociétale, tentent maintenant de se l'approprier en faisant croire qu'il s'agit d'une norme d'origine américaine... les modes d'acculturation sont décidément chargés de symboles. Le Canada et le Royaume-Uni ont trouvé ainsi des repères communs. Les pays de l'hémisphère Sud travaillent de concert avec les pays du Nord pour son application. Les objecteurs de conscience ou les abstentionnistes dans la première phase, sont bien également au rendez-vous pour l'approche opérationnelle qui suit. Une nouvelle méthodologie de la gouvernance est proposée, à tout type d'organisation.

2. Une nouvelle méthodologie de la gouvernance des organisations par la RS

Les lignes directrices de l'ISO 26000 sont un véritable outil de régulation et de coordination *de la RS par la RS* : « Il convient que l'organisation prenne en compte les questions centrales de manière holistique, c'est-à-dire qu'elle considère la totalité des questions centrales et domaines d'action, ainsi que leur interdépendance, et qu'elle ne se focalise pas sur un seul objectif. Il convient que les organisations aient conscience du fait que les efforts déployés pour traiter un domaine d'action peuvent entraîner des répercussions sur d'autres domaines d'action » (6.1). L'objet porte sur la gouvernance mais imprime également un nouveau mode de gouvernance : « Dans le contexte de la responsabilité sociétale, la gouvernance des organisations présente la particularité d'être, à la fois, une question centrale qui suscite des actions de la part des organisations, et un moyen d'augmenter la capacité desdites

organisations à se comporter de manière responsable vis-à-vis des autres questions centrales » (6.2.1.2). Outre les sept principes d'action (V. notre schéma, ci-dessus), la gouvernance doit notamment « arbitrer de manière équilibrée entre les besoins de l'organisation et ceux de ses parties prenantes, y compris entre les besoins immédiats et ceux des générations futures; d'équilibrer le niveau de pouvoir, de responsabilité et de compétence des personnes qui prennent les décisions au nom de l'organisation » (6.2.3.2). De manière révolutionnaire, l'objet conduit à fixer une nouvelle méthodologie de la gouvernance : « Les systèmes de gouvernance varient en fonction de la taille et du type de l'organisation ainsi que du contexte environnemental, économique, politique, culturel et social dans lequel celle-ci opère » (6.2.1.1.). La réciprocité n'est plus exigée : un véritable *jus cogens* s'établit pour obliger les multinationales à respecter les mêmes règles dans la société-mère comme dans toutes ses filiales. La notion de sphère d'influence (2.19) parachève ce nouveau système de gouvernance apportant une avancée majeure dans le cadre de la portée juridique de la RS.

Cette nouvelle méthodologie de la gouvernance a essaimé. Lors de la révision des Principes directeurs de l'OCDE en mai 2011, un accent est mis sur le respect des Droits de l'Homme et notamment dans la *supply chain*¹⁵⁰. A l'aune de ces nouveaux critères de RS, le Grenelle II, en France, met à la charge des sociétés-mères des responsabilités plus lourdes eu égard aux comportements de leurs filiales concernant le rapport de gestion, même s'il n'a pas su conserver le dialogue avec les parties prenantes, pourtant bien amorcé. L'Union européenne a repris, dans sa nouvelle définition de la responsabilité sociale des entreprises, les principaux apports de la Norme ISO 26000 comme « *la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société. Pour assumer cette responsabilité, il faut au préalable que les entreprises respectent la législation en vigueur et les conventions collectives conclues entre partenaires sociaux. Afin de s'acquitter pleinement de leur responsabilité sociale, il convient que les entreprises aient 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, ce processus visant à optimiser la création d'une communauté de valeurs pour leurs propriétaires/actionnaires, ainsi que pour les autres parties prenantes et l'ensemble de la société; à recenser, prévenir et atténuer les effets négatifs potentiels que les entreprises peuvent exercer* »¹⁵¹. L'idée de l'entreprise citoyenne a pris corps.

¹⁵⁰ <http://www.oecd.org/dataoecd/43/30/48004355.pdf>

¹⁵¹ COM (2011)681 final : §3.1

Certains pays, comme l'Inde, demeurent opposés à la norme, car ils contestent, entre autre, ce système de régulation fondé sur les droits de l'Homme, comme instrument universel (Robert-Demontrond, 2008, p.79). La parade a, alors, été trouvée, dans le cadre d'une gouvernance mondiale équilibrée, avec l'innovation majeure des « normes internationales de comportement » (2.11) qui englobent, d'une part, tous les traités et conventions internationales et le droit coutumier international et procèdent, d'autre part, de normes glissantes (la liste n'est pas figée, elle évolue dans le temps). Elles s'appliquent, de surcroît, aux entreprises (et non plus seulement aux Etats). On ne saurait être plus révolutionnaire. Car il ne s'agit guère du respect de la légalité uniquement mais bien des normes publiques dont les organisations devraient répondre directement, sans le truchement d'Etats parfois défailants ou trop autoritaires. La différence subtile réclamée par certains Etats récalcitrants à admettre toute forme d'ingérence via les droits de l'Homme entre le *respect international* des normes de comportement et le *respect des normes internationales* de comportement a été, pour cette raison, refusée.

Les réactions des Etats et des organisations publiques internationales prouvent que l'ISO crée une émulation certaine voire une forme d'immixtion dans le système de gouvernance publique. Le risque de concurrence n'est pas exclu.

Section 2. Un nouveau modèle stratégique de consensus international créé par l'ISO, générateur de risques concurrentiels

L'ISO a créé une norme sociétale ascendante par le biais d'un nouveau modèle de consensus international issu du mouvement consumériste. La stratégie de l'ISO est une réussite tant quantitative que qualitative mais elle comporte un certain nombre de risques concurrentiels : le risque de conflit dans la gouvernance mondiale et le risque de confusion de normes, entre normes privées et normes publiques.

Sous-section 1. Le risque de conflit dans la gouvernance mondiale

Le conflit lié au chevauchement de la Norme ISO 26000 sur tout autre référentiel RS au niveau international, dans les entreprises, est un risque. En se hissant et en se déployant au plus haut sommet de la hiérarchie des normes, la Norme ISO 26000 engendre même un risque de domination des normes privées, plus nombreuses, sur les normes publiques dans un domaine normalement dévolu aux Etats.

1. Risque de chevauchement

Par le choix du nombre, la Norme ISO 26000 représente une menace pour les autres référentiels RSE. Toucher toutes les entreprises quelle que soit leur dimension est un choix quantitatif qui supplante le choix qualitatif du Pacte Mondial. La stratégie de la contamination du virus de la RSE (horizontale) par des lignes directrices d'origine privée reconnue par le monde de l'entreprise, par opposition à la stratégie de l'irradiation (verticale) de la RSE jusqu'aux sous-traitants par une norme descendante publique, peut paraître plus efficace.

Cette démarche stratégique déployée témoigne à n'en pas douter d'une volonté d'être reconnue comme une autorité susceptible de créer des normes internationales autres que dans les domaines techniques, commerciaux ou de services. Les normes de *management* ou de *process* ont connu leur « apogée » (Rolland, 2010, p.49) : il fallait innover et relancer par une nouvelle forme de normes, la machine à produire des normes. Mais les risques de la « tétranormalisation » ne sont pas exclus ; ils se caractérisent par la prolifération de normes avec un effet de « cyclone », le conflit entre institutions génératrices de normes, à différents niveaux, et l'application partielle, discordante ou détournée (Savall & Zardet, 2005, p.5-6).

Une norme par définition ne « crée » rien : elle n'est jamais, selon l'ISO, qu'« un document établi par consensus et approuvé par un organisme reconnu, qui fournit pour des usages communs et répétés, des lignes directrices ou des caractéristiques pour des activités ou leurs résultats, garantissant un niveau d'ordre optimal dans un contexte donné » (ISO/CEI 2004b, p.3). Sa base est déjà l'existence d'usages reconnus qu'il convient de généraliser. La Norme ISO 26000 ne fait que consacrer des bonnes pratiques pour tout type d'organisation et prescrire une amélioration continue de ces pratiques en fonction de la synthèse des attentes sociales exprimées.

Le statut des principes directeurs a muté en usages internationaux au fil des avancées jurisprudentielles (Queinnec, 2007, p.23) ; quel sera à l'avenir la portée de la Norme ISO 26000 ? A l'image des *incoterms*, pourquoi ne pas imaginer des clauses sociales rédigées à partir de l'ISO 26000 ? Telles des parères, certains usages qui en découleront, pourront être rédigés. Sans certification à la clef, la Norme ISO 26000 se déploie de manière constante, reconnue comme un impératif catégorique par les entreprises : elle est, à n'en pas douter, une nouvelle source d'usages internationaux (Cadet, 2010a) dont l'efficacité par la base de la pyramide, à l'instar des stratégies *bottom-of-the-pyramid* -BOP- (Prahalad & Hammond, 2002, p.49), n'est plus à démontrer.

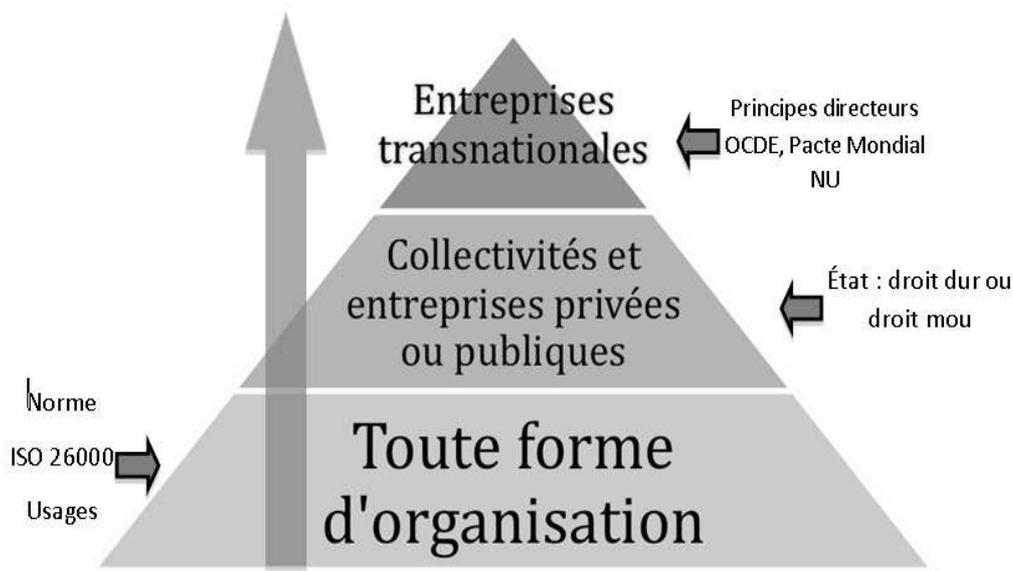


Figure 22 La stratégie BOP de l'ISO

La stratégie de l'ISO est donc également verticale et ascendante, à l'image de la poussée d'Archimède. Par l'usage, elle mise sur le poids du nombre d'adhésions. Par l'extension à toute forme d'organisation, elle augmente l'assiette donc le volume (BOP) quelles que soient la dimension et la localisation de l'entreprise.

Il est à noter, en outre, que les modèles de gouvernance et les sources normatives évoluent compte tenu des enjeux du développement durable et de la mondialisation qui dépassent largement le cadre des frontières nationales. Ainsi, l'Union européenne a entériné les lignes directrices de la Norme ISO 26000 et affiche une complémentarité entre normes publiques et privées : cette reconnaissance n'est-elle que pure façade ?

2. Risque de domination

L'ISO, comme modèle stratégique de consensus international, peut devenir une menace dans la gouvernance publique car il remet en cause non seulement le monopole de production de normes par les Etats et les institutions publiques mais également leur légitimité à réguler seuls la RSE.

Depuis l'appel de Rio, il y a presque 20 ans, le monde des entreprises a répondu présent par le truchement de différents instruments nationaux mis à leur disposition, à commencer par les agences de l'ONU dans le cadre de l'adhésion au Pacte Mondial des Nations Unies. Mais, en sens inverse, c'est la première fois qu'un organisme international privé réussit à construire un

référentiel sur la responsabilité sociétale à destination de toute forme d'organisation, privée ou publique, du secteur marchand ou non marchand.

Les rédacteurs de la Norme ISO 26000 inscrivent pourtant dans l'introduction de la norme, pour mieux s'en convaincre (?), que l'ISO n'a pas pour vocation de rivaliser avec les Etats¹⁵² mais, dans le même paragraphe, celle-ci invite, avec audace, les politiques publiques à s'inspirer de l'ISO 26000...

La crainte d'une atteinte à la souveraineté des Etats est manifeste. L'hypocrisie très nette, ne serait-ce que sur la question sensible de la certification, ne peut qu'être mise au rang de la schizophrénie à laquelle toute « *Real Politik* » conduit. L'interdiction de la certification est-elle réaliste (Cadet, 2010b)? Le primat de volonté sur le droit positif touche ses limites : d'où vient le vouloir de toute autorité normative ?

A défaut de législation ou d'application de normes de la *soft law* relatives au développement durable dans certains pays, la Norme ISO 26000 pénétrera plus facilement le monde des entreprises voire des collectivités locales. Pourquoi refuser à une norme privée cette portée, qui peut être source de progrès en matière de RS ? Les normes publiques internationales sont souvent supplantées par des normes privées qui tentent de devenir des normes publiques ou de rang équivalent. L'incapacité des Etats à gérer, seuls, certaines situations, ne leur permet pas d'établir cette « hiérarchie de fait » des normes internationales sur les normes internes (Delmas Marty, Lamy et Pellet, 2006) même si elle existe de droit. De plus, à l'impuissance du droit international, s'ajoute parfois, dans certains pays « surréglementés », la crise des lois. L'image négative renvoyée par les normes d'origine publique, jugées trop éphémères, inefficaces ou complexes en raison souvent de leur nombre exponentiel, donne un avantage certain aux normes privées, plus souples, qui prennent le relais de fait ou de droit. Or, cette interdépendance n'est pas sans danger (Pesqueux, 2007a, p.93 ; Mahmoud Mohamed Salah, 2002, p.42; Roche, 2009, p.361).

La crainte des Etats d'être absorbés dans la définition d'une organisation au sens de l'ISO 26000 est révélatrice de ces enjeux de pouvoir, d'où l'exclusion de principe (article 3.4). De manière subtile, la répartition des rôles est aussi clairement stipulée, par exemple, en matière de droits de l'Homme : l'Etat est tenu de protéger les droits de l'Homme (Maurel, 2008, 2009); l'organisation doit respecter les droits de l'Homme (6.3.1.2). Un devoir de vigilance s'impose (6.3.3), de même que la prévention de la complicité (6.3.5). L'absence de

¹⁵² « Cependant, celle-ci n'est pas destinée à remplacer, altérer ou modifier, de quelque façon que ce soit, les obligations de l'Etat ».

discrimination des groupes vulnérables (6.3.7) et le devoir de mettre en place des mécanismes de recours pour remédier aux atteintes aux droits de l'Homme (6.3.6).

Mais si le Livre vert de la gouvernance européenne¹⁵³ ne cite pas la Norme ISO 26000, il n'en est pas de même de la nouvelle stratégie RS, déclinée par la même Commission européenne, qui recommande tout spécialement aux entreprises deux référentiels sur trois d'origine privée dont les lignes directrices de l'ISO 26000. Le respect de la déclaration tripartite de l'OIT ne vient qu'en dernier lieu¹⁵⁴... La co-régulation est posée, en ces termes, dès lors que l'habilitation a été donnée par les pouvoirs publics eux-mêmes. Le risque de confusion serait-il engendré par l'ISO ou par l'ISO 26000 ?

Sous-section 2. Le risque de confusion

Par le choix du sujet, cette norme sociétale dérange. Il est vrai qu'il ne s'agit que de lignes directrices pas d'une norme proprement dite. Pour autant, il s'agit bien d'une demande des consommateurs adressée directement à l'ISO, non aux Etats impuissants ou versatiles, pas non plus à l'OMC, trop indépendante et peu encline à respecter les clauses sociales (Dubin, 2001; Kieffer, 2008), pour obtenir une norme à défaut de règles protectrices des consommateurs harmonisées au niveau mondial. Néanmoins, la vision de l'intérêt général dans un partenariat privé public peut susciter quelques réflexions critiques.

1. La définition de l'intérêt général : une exclusivité publique ?

Dans l'absolu, l'intérêt général, le sort des générations futures ou les valeurs sont hors du champ normatif (Ogien, 2003, p.97). Ils appartiennent à tous et à personne à la fois. Il n'en est pas tout à fait de même du bien commun qui revêt un intérêt matériel, une certaine utilité. L'intérêt général se rapproche parfois davantage de l'intérêt public, l'intérêt national, l'intérêt d'Etat, qui quant à lui, peut se confondre avec la raison d'Etat (Mazeaud, 2005, p.47). C'est oublier, en France par exemple, que depuis le décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation, une véritable mission « d'intérêt général » a été confiée à l'AFNOR. La présence des responsables ministériels chargés de l'Industrie, de la Consommation ou plus récemment du Développement Durable dans différentes instances, l'homologation des normes dans le Journal Officiel de la République française, les subventions données à l'AFNOR

¹⁵³ Livre vert, Le cadre de la gouvernance d'entreprise dans l'UE, 5.4.2011 Communication de la Commission européenne

¹⁵⁴ COM (2011)681 final : § 4.8.1, encadré point C.

attestent de ce partenariat public-privé, voire de l'imbrication de la sphère publique et de la sphère privée. L'intérêt général peut alors se confondre avec l'intérêt des lobbies.

La Norme ISO 26000 est la forme la plus aboutie d'institutionnalisation de la RSE, comme instrument de régulation libérale, encadrée dans la gouvernance publique. Faut-il rappeler qu'aucune norme d'origine privée ne peut voir le jour sans l'aval d'une instance publique. La procédure est bordée par toute une série de phases où l'Etat a son mot à dire, au point que la question reste encore aujourd'hui entière de savoir si les normes techniques sont de nature juridique privée ou publique (Lanord, 2004, 2005a, 2005b) et par conséquent instrument de concurrence à la loi (Rouland, 2004).

La Norme ISO 26000 peut créer un risque de désordre normatif lié à la mondialisation, en brouillant « l'horizon normatif » (Robin-Olivier, 2011) car l'interrogation demeure sur la nature de l'ISO 26000. L'OMC, à cet égard, n'a pas réussi à la classer dans la catégorie des obstacles techniques au commerce (accord de Marrakech). N'étant ni une norme susceptible de certification, ni une norme sociale à proprement parler, il lui aurait été difficile de se prononcer sur cette question de fond car elle constituait en elle-même un risque important reprenant à son compte diverses conventions de l'OIT. L'OMC n'ayant pas été directement consultée (Wijkström, 2010, p.93), la porte est encore ouverte pour des négociations dans le cadre de la révision de la norme.

L'initiative vient des consommateurs, nouveau visage de la société civile, qui ont préféré s'adresser à un organisme international de normalisation plutôt qu'aux Etats eux-mêmes pour répondre à des attentes sociales. Ce choix n'est pas le fruit du hasard. Dans la contestation du système libéral, le consommateur joue un rôle important. Dans la logique du productivisme, des échanges commerciaux, du tabou de la croissance, le « consommer mieux » peut supplanter « le consommer toujours plus » (Bellet, 1993, p.22). Les Etats trop nombreux, dont le PIB est parfois si faible qu'il ne peut rivaliser avec le chiffre d'affaires de certaines multinationales, ou peu enclins à faire respecter un état de droit, ne sont pas nécessairement les interlocuteurs les plus indiqués pour prendre la mesure. Il n'est donc pas étonnant de voir surgir un mouvement économique et social, porté par les consommateurs, visant à introduire un débat public sur les normes de production et de consommation, en dehors des filières classiques, malgré l'urgence face aux pratiques de certaines multinationales. Mais, de cette ambivalence, une représentation de l'intérêt général peut-elle émaner légitimement ?

L'assimilation du consommateur au citoyen n'étant pas, d'un point de vue épistémologique, possible, quoiqu'une partie de la doctrine y soit favorable (Boy, 2003, p.480) l'ISO a associé

au fil des travaux bien d'autres parties prenantes, susceptibles de constituer un échantillon représentatif de la société civile.

2. Le choix de parties prenantes représentatives

L'ISO a été plus ambitieuse que certaines organisations internationales puisqu'elle a réuni, pour son projet de norme, de très nombreuses parties prenantes. Dans tous les comités membres de l'ISO, l'équilibre recherché pour l'élaboration de cette norme a su préserver cette représentation exemplaire, innovante et symbolique, au cœur de sa stratégie. L'identification des parties prenantes et des enjeux pertinents de la RSO est fondamentale. Cependant la mobilisation des *stakeholders* et le découpage en catégories n'est pas neutre : « il distribue les cartes en termes de droits et de pouvoirs » (Ruwet, 2010, p.1115)

Sans fixer des pourcentages précis par parties prenantes, l'exemple de l'AFNOR (Association française de normalisation) est caractéristique. Six catégories sont représentées par 300 experts, acteurs publics et privés, socio-économiques, associatifs et les représentants de l'Etat dans la Commission DRS (Développement Durable et Responsabilité Sociétale) en 2010.

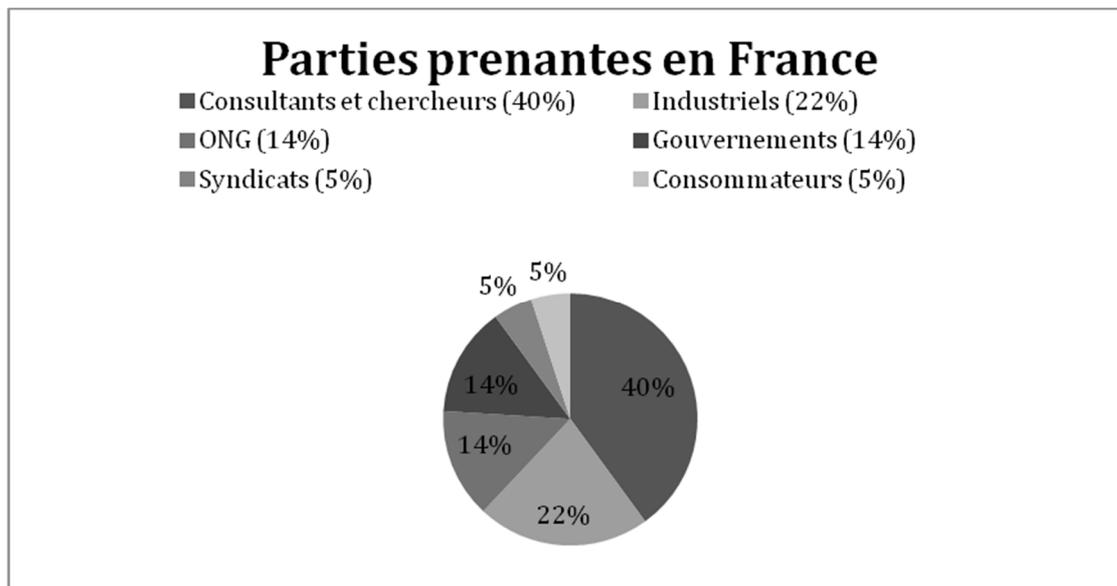


Figure 23 Composition multi parties prenantes du comité miroir français

Dans un processus d'amélioration continue, propre à l'application de la roue de Deming (*Plan Do Check Act*), les enseignants-chercheurs ont déjà obtenu, le 21 janvier 2011, dans le comité de pilotage de l'Observatoire du déploiement de l'ISO 26000 d'être dissociés de la catégorie SSRO (Services Support Recherche et Autres), trop hétérogène. De même qu'à la demande de nombreux pays récalcitrants à voter cette norme, tels les Etats-Unis ou la Turquie, les

industriels sont aujourd'hui scindés en deux pôles : grande entreprise d'une part et PMI, PME d'autre part, afin de trouver des lignes directrices plus adaptées en fonction de la taille de l'entreprise. L'encadré 3, p. 10 (NF ISO 26000-2010) sur l'adaptation aux petites et moyennes organisations, a été rédigé, suite aux demandes de Michel Doucin, ambassadeur français de la bioéthique et de la responsabilité sociale des entreprises au Ministère des Affaires étrangères et européennes, pour répondre aux objections des Chinois contre la Norme ISO 26000, au départ.

Une forme de démocratie participative s'est aussi instaurée, à la fois verticale et horizontale. Rappelons que le droit de vote dans les comités membres n'est pas lié au statut. L'équité est chaque fois préservée pour garantir la représentativité, donc la crédibilité de la norme. En témoigne la participation active des ONG et des enseignants-chercheurs, exonérés de droits pour apporter leur contribution aux travaux de normalisation de l'AFNOR, quand les entreprises financent le système de normalisation en fonction de leur taille respective... Le suffrage censitaire n'a pas cours à l'AFNOR, qu'on se le dise !

Le même effort substantiel a été réalisé en faveur des pays de l'hémisphère Sud pour assurer leur représentation. Une vice-présidence du projet a été confiée au Brésil, de nombreuses réunions ont eu lieu dans des pays émergents. Une nouvelle forme de démocratie privée ou de gouvernance mondiale concurrente est née.

Conclusion

Nos démocraties occidentales ne peuvent être indifférentes devant le résultat atteint par l'ISO, tant par la méthodologie efficace employée que par le symbole fort, envoyé par l'objet de ces lignes directrices. La Commissaire générale au développement durable, en France, a salué cette compréhension commune de la démarche RSE comme preuve que la thématique du développement durable pouvait faire l'objet d'un accord mondial, quand tant d'autres négociations internationales piétinent comme celles relatives au climat (V. note 12). Car il s'agit d'une véritable démocratie délibérative au sens de John Rawls ou Jürgen Habermas¹⁵⁵. Cette norme d'un genre nouveau suscite, de ce fait, des interrogations quant à sa force normative et son contenu (trop ?) proche des normes de la *soft law* en matière de RSE¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Cité par Stéphane Courtois (2003), <http://id.erudit.org/iderudit/007876ar>

¹⁵⁶ Pour une étude juridique précise de la fongibilité de la norme ISO 26000, se reporter à la communication d'Isabelle Cadet, sur « Le risque d'ISO 26000 *washing* », ORIANE, 9ème Colloque francophone sur le risque d'Oriane (22-23 septembre 2011), IUT Bayonne

Mais le risque d'un consensus sans nul doute « séduisant » (Besse, 2005, p.992), mais mou, n'est pas à négliger car la norme est d'application volontaire et ne comporte pas d'exigence au sens formel. Une norme sociétale, qui plus est d'origine privée, ne peut prétendre à l'exhaustivité ou à la perfection.

La Commission européenne prend acte de cette nouvelle référence, au même rang que d'autres normes d'origine publique. Au-delà de l'affichage à titre de recommandation, la volonté d'encadrer la Norme ISO 26000, qui a pris le train en marche de la RSE, est prépondérante pour éviter tout conflit de normes. Une co-construction des normes s'amorce, mais c'est avant tout l'homéostasie qui est recherchée. Mais peut-il exister une co-responsabilité publique-privée ? Dans le cadre d'une gouvernance mondiale harmonieuse, les lignes directrices de l'ISO 26000 pourraient constituer implicitement l'articulation future ou, à tout le moins, espérée entre l'OIT et l'OMC.

En cinq ans seulement, l'ISO a su établir, par un consensus remarquable, une norme de gouvernance. Hissée au rang des normes internationales publiques, qui s'en inspirent ou la recommandent, la Norme ISO 26000, norme d'origine privée, est devenue de fait opposable car les gouvernements et organisations internationales, associés ou consultés, en ont validé le principe, le processus et le résultat. La Norme ISO 26000 est ainsi entrée subrepticement dans le jeu de la gouvernance mondiale : mythe d'Icare ou vérité qui dérange ?

Chapitre 2. Le risque de fongibilité

Le risque de *greenwashing* ou éco-blanchiment commence à être bien connu dans le monde de la publicité éthique et des agences de notation sociétale qui évaluent les rapports de développement durable des sociétés cotées. Il consiste à faire prendre un risque d'image à l'entreprise qui se fait passer pour « écologique » alors qu'elle ne l'est pas. Ainsi, le constructeur Renault avec son visuel Eco2 apposé sur ses véhicules les moins polluants sème la confusion avec un label écologique : il est stigmatisé au Top 10 des publicités qui ont abusé en 2009 des arguments écologiques¹⁵⁷. L'entreprise risque même d'être attaquée en justice pour publicité trompeuse ou mensongère comme dans les affaires Nike ou Monsanto (Rolland, 2008).

En matière de publicité, des règles déontologiques strictes ont été posées dès lors que l'entreprise utilise des arguments écologiques. En cas de manquement, l'entreprise « doit » retirer sa publicité (ex : Areva en 2008, pour « l'énergie au sens propre », concernant le nucléaire). L'Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité (ancien Bureau de Vérification de la Publicité) a ainsi obtenu plusieurs modifications de signatures de la part divers annonceurs qui incitent à un comportement non écoresponsable ou induisent en erreur le consommateur¹⁵⁸. Ainsi, BMW a-t-elle modifié "Le plaisir est une énergie renouvelable" en "Un plaisir toujours plus responsable", Gaz de France a remplacé la signature "Une énergie durable entre nous" par "Une énergie nouvelle entre nous" et Total a préféré opter pour "Notre énergie est votre énergie" contre sa première signature, "Pour vous, notre énergie est inépuisable"¹⁵⁹. Mais il ne s'agit que d'autorégulation finalement peu contraignante puisque la diffusion dans certains cas (Pasche, 2010) n'est pas empêchée (« Eco efficacité » pour Le Chat lessive) voire la surenchère dans la provocation est tolérée (ex : « Total au Pays des Merveilles » malgré le scandale de l'Erika). Le devoir est purement moral...

Mieux ! En matière d'investissement socialement responsable (ISR), les entreprises bien classées selon les critères ESG¹⁶⁰, représentent souvent celles qui sont les plus décriées par les ONG (Sinai, 2010). Les placements éthiques et solidaires se dissocient alors de l'ISR, jugé contre performant parfois en matière de RSE...

¹⁵⁷ <http://www.consoglobe.com/10-pubs-reines-greenwashing-3963-cg>

¹⁵⁸ http://www.arpp-pub.org/IMG/pdf/Annexes_DD.pdf

¹⁵⁹ http://www.actu-environnement.com/ae/news/ARPP_verts_areva_publicite_signature_6484.php4

¹⁶⁰ fixés par le label Novethic, le média du développement durable en ligne, <http://www.novethic.fr/novethic/v3/isr-investissement-socialement-responsable-label-isr.jsp>

La performance RSE (Responsabilité Sociale de l'Entreprise) est-elle à la hauteur du risque contentieux encouru ? La responsabilité est-elle plus circonscrite ou, au contraire, globalisée donc diffuse ?

Les réglementations nationales issues du Grenelle de l'environnement ou les normes européennes tentent d'enserrer progressivement les entreprises dans un carcan semi-rigide pour les contraindre à respecter l'environnement.

De manière volontaire, les entreprises s'engagent également dans des processus d'amélioration continue pour le développement durable par le jeu de certifications multiples par application de normes privées. Mais le phénomène de normalisation, d'origine privée, ou de certification par un organisme tiers, lui-même privé, est-il exempt de risques ?

L'essoufflement du système de la normalisation et surtout de la certification a été constaté (Rolland, 2010, p.41), du fait de la prolifération de normes en tous genres et le coût rédhibitoire de la certification pour les entreprises notamment dans un contexte de crise économique.

De même, les exigences posées dans le cadre du Pacte Mondial des Nations Unies pour la « Communication sur le Progrès » par l'ONU sont devenues avec la crise boursière et économique un défi que les entreprises ne peuvent plus guère relever. Mieux vaut alors une absence d'image plutôt qu'une image ternie par la radiation définitive.

A l'inverse, la Norme internationale ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale des organisations, d'une autre nature que les référentiels purement techniques de qualité ou de management, offre la parade idéale. La certification n'est pas autorisée à partir de lignes directrices. Il n'y aurait donc pas lieu de réaliser un audit de conformité classique permettant de déterminer si l'entreprise est ou non responsable. Cette interdiction est renforcée compte tenu de l'absence de contraintes contenues dans le texte et surtout au regard des enjeux financiers, politiques et juridiques sous-jacents de la démarche. Cette tautologie engendre à la fois forces et faiblesses dans la mise en œuvre de ce nouvel objet de normes de l'ISO.

Faute d'étalon de mesure qualitative ou quantitative, les ONG dénoncent, en effet, à l'instar du *greenwashing*, le risque d'« *ISO 26000 washing* »¹⁶¹, quand l'énergie dépensée dans le *reporting* sur la contribution au développement durable marque une volonté d'affichage plus que de culture du résultat, qui dénature l'esprit de la responsabilité sociétale telle que définie par ses rédacteurs comme « la responsabilité d'une organisation vis-à-vis des impacts de ses

¹⁶¹ Expression utilisée pour la première fois par Yann Queinnec lors des 2nds Etats généraux de la Responsabilité Sociétale, « ISO 26000 pour avancer ensemble autrement », 7 décembre 2010, Université Paris Descartes, Actes du colloque, p.18

décisions et activités sur la société et l'environnement, se traduisant par un comportement éthique et transparent qui contribue au développement durable, y compris à la santé et au bien-être de la société, prend en compte les attentes des parties prenantes, respecte les lois en vigueur tout en étant en accord avec les normes internationales de comportement, est intégré dans l'ensemble de l'organisation et mis en œuvre dans ses relations ».

Ce nouveau risque n'est qu'une déclinaison ou plus exactement une amplification du premier. La recherche du consensus pour une adhésion maximale conduit également à réduire le degré d'exigences de la Norme, et par conséquent à augmenter le risque. L'International Standardisation Organisation (ISO) a donné une définition de la norme privée équivalente à une règle de droit générale sans pour autant qu'elle relève a priori de la sphère juridique : « document établi par consensus et approuvé par un organisme reconnu, qui fournit pour des usages communs et répétés, des lignes directrices ou des caractéristiques pour des activités ou leurs résultats, garantissant un niveau d'ordre optimal dans un contexte donné »¹⁶². Est-ce comme la définition semble l'indiquer une garantie contre ces déviations ?

L'expression « lignes directrices » est, en outre, plus synonyme de recommandations que de norme ou standard. L'emploi du pluriel est significatif d'une relativité certaine.

L'absence de normativité apparente de ces lignes directrices représente donc la cause première du risque d'*ISO 26000 washing* (section 1). Néanmoins, la norme privée ne peut s'exclure totalement du champ juridique : elle y puise son substrat, sa force et ses limites. La maîtrise du risque est alors possible par le renforcement du cadre juridique (section 2).

Section 1. L'absence de normativité apparente des lignes directrices de l'ISO 26000

Le risque d'*ISO 26000 washing* existe du fait que les lignes directrices de l'ISO 26000 se défendent d'être assimilables à une norme juridique, étant par nature, facultatives (sous-section 1). Paradoxalement, c'est leur fongibilité avec la norme publique qui crée par effet miroir un risque de régression de la RSE (sous-section 2).

¹⁶² Le Guide ISO CEI repris dans la norme X 03-100

Sous-section 1. La responsabilité sociétale, une faculté pour toutes les organisations, sans contrôle d'un tiers

Plus qu'une Norme internationale, l'ISO 26000 se définit comme des lignes directrices sur la responsabilité sociétale dont la mise en œuvre (1.) et l'interprétation sont laissées à la l'appréciation souveraine de chaque organisation (2.).

1. Mise en œuvre des lignes directrices à la discrétion de tout type d'organisation

Les référentiels sur la RSE sont nombreux : normes, labels, guides, etc. mais la terminologie n'est pas neutre. L'ISO a finalement opté pour « *Guidance on Social Responsibility* » traduit par « lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale » dans la version française.

Les conséquences sont nombreuses à commencer par le caractère non contraignant de ce nouveau genre de norme, non seulement sur la forme (140 pages dans la version française) mais également sur le fond. Les organisations n'ont aucune obligation de respecter ces lignes directrices, qui demeurent à leur entière discrétion quant à l'application plus ou moins fidèle, à la différence des précédentes normes de la série ISO 9000 ou ISO 14000 qui fixaient des obligations de résultat.

Effectivement, cette norme est dite insusceptible de certification¹⁶³, même si la parade a été trouvée par de nombreux organismes qui jouent sur les termes évaluation/certification ou tentent de créer des outils de certification, à partir des chapitres de l'ISO 26000 au risque de démanteler le corps de la Norme elle-même (Cadet, 2010a).

Comme de nombreuses normes techniques, de qualité ou de management, c'est donc par le jeu contractuel que l'obligation peut naître. Or, les rédacteurs de la Norme prennent le soin, dès la première page de la Norme, d'interdire également cet usage de la Norme : « Elle n'est pas destinée ni appropriée à des fins de certification ou à une utilisation réglementaire ou *contractuelle* ». L'OMC craignait l'arrivée de nouvelles clauses sociales, fondées qui plus est, sur une norme d'origine privée, qui aurait pu avoir un effet protectionniste, à l'encontre des pays émergents.

Pour éviter toute confusion, l'ISO a donc exigé que la première norme danoise issue du chapitre 6 de l'ISO 26000 ne se nomme pas DS 26001. Mais pour résister à cette atteinte à la

¹⁶³ « Toute offre de certification, ou prétention de certification selon l'ISO 26000 serait une mauvaise représentation de l'intention et de l'objectif de cette Norme internationale. Étant donné que la présente Norme internationale ne contient pas d'exigences, une telle certification ne serait pas une preuve de conformité à la présente Norme internationale » (NF/ISO 26000, pp.1 et 103).

liberté de créer des normes ou des objets de certification, le Danemark a rebaptisé sa propre norme DS 49001 (= ISO 9000 + ISO 14000 + ISO 26000). Au-delà de l'humour ou de la provocation manifestement exprimés, on note encore une fois l'absurdité de l'interdiction de la certification (Cadet, 2010b), en tant que tel sur un objet destiné à toutes sortes d'organisations (entreprise de production, de commerce ou de services, association, syndicat voire collectivité territoriale) sans être pour autant tombé dans le domaine public, l'accès à la norme privée n'étant pas gratuit.

Les lignes directrices de l'ISO 26000 ne sont donc pas un droit subjectif ou un élément du droit objectif mais un bien incorporel (propriété intellectuelle) sur lequel peut s'exercer un droit d'auteur. Un accord de licence est passé accordant un droit d'usage exclusif et non collectif à un utilisateur, appelé client, sur cette norme internationale, par l'AFNOR, comité français de l'ISO.

S'il ne peut en disposer à sa guise puisqu'il n'en est pas propriétaire, l'utilisateur a toutefois opté pour une adhésion volontaire, comme pour toute norme privée. Ce qui est plus original, c'est l'absence de contrôle dans l'interprétation et l'application de ces lignes directrices par les organisations elles-mêmes.

2. Une interprétation libre sans contrôle d'un tiers

Ces lignes directrices sur la RS déroutent; la qualification de Norme « hors norme » (Capron *et alii*, 2010) n'est peut-être pas usurpée sur un certain nombre de points, à commencer par la formulation de lignes directrices ou recommandations¹⁶⁴ et non devoirs au sens strict du terme.

Certains ont alors utilisé le terme de « norme d'engagement » et ont estimé nécessaire de combler cette lacune en lançant une nouvelle norme expérimentale, en décembre 2010, XP X30-027 pour rendre « crédible » une démarche de responsabilité sociétale basée sur l'ISO 26000, notamment pour définir un périmètre pertinent de responsabilité.

L'absence du tiers a ses adeptes (Farjat, 1998, 2005) et ses détracteurs (Pesqueux, 2007a, p.83; Supiot, 2005, p.243) tant pour des considérations éthiques, juridiques ou économiques. C'est tout le débat sur les avantages et les inconvénients de la régulation (Frison-Roche et Bonfils, 2005) voire de l'autorégulation qui ressurgit à ce stade de la mise en œuvre de la Norme.

¹⁶⁴ Dans les Directives ISO/CEI, Partie 2, une recommandation est définie comme une « expression dans le contenu d'un document formulant qu'entre plusieurs possibilités, une est particulièrement appropriée, sans pour autant exclure les autres, ou qu'une certaine manière de faire est préférée sans être nécessairement exigée, ou encore (à la forme négative) qu'une certaine possibilité est déconseillée mais non interdite. »

Cette démarche RS fondée sur la Norme ISO 26000 est-elle un moyen de dépasser le phénomène de « Tétranormalisation » (Savall & Zardet, 2005) pour libérer les forces vives de l'entreprise ? Ou au contraire le risque de faire régresser la RSE faute d'un cadre bien défini au préalable et contrôlé ? Dans le foisonnement des normes RSE, les lignes directrices constituent-elles un point d'orgue ou un point de départ pour un nouvel élan normatif privé ? L'Observatoire français du déploiement de l'ISO 26000 a été créé en janvier 2011 : il n'a pas un rôle de censeur ou d'interprète de la Norme, tout au plus sera-t-il un relais de communication. Le refus de devenir le Tiers garant est manifeste. Il procède par enquêtes pour mesurer la diffusion de cette norme dont le contenu et les analyses sont accessibles sur le site¹⁶⁵.

La stratégie de l'ISO est davantage fondée sur l'idée de propagation de la RSE par « contamination » que par « irradiation ». En effet, la « coercition pacifique » exercée par les agences de l'ONU dans le cadre du Global Compact, de plus en plus intraitables et pointilleuses, touche ses limites. Avec la crise financière et économique, le nombre d'adhésions a chuté, en valeur relative, suite à de nombreuses suppressions de la liste de participants faute de « Communication sur le Progrès » (4 173 depuis 2008). On ne compte que 11 700 adhérents, dans 145 pays, au 1^{er} septembre 2013¹⁶⁶, essentiellement de grandes entreprises pour « irradier » la RSE au sein de leur organisation et de leurs sous-traitants.

Le « système de contagion » (Paone, 2009) qui consiste à vouloir infiltrer le « virus » de la RSE à toute forme d'organisation, quelle qu'en soit sa taille, sa nature ou sa localisation, est une stratégie fondée sur le nombre. Il procède comme nous l'avons démontré d'une diffusion des usages, donc par la base de la pyramide (V. figure 22). Il est fondé sur un axe moral (proche de mœurs ou sens civique) dans ses dimensions symboliques, économiques et politiques mais qui flirte dangereusement avec le moralisme (Pesqueux, 2011b, p.49).

Le risque est alors de privilégier la diffusion de la Norme sur le niveau d'exigence de RS souhaité, tel que celui pratiqué par la Commission européenne avec l'éco-audit environnemental EMAS, qui appelle en conséquence le soutien des pouvoirs publics. Les chiffres ne trompent pas : 12 000 exemplaires sont diffusés dans le monde, dans 22 langues (5 officiellement au départ, dont l'arabe), dont 2 500, rien qu'en France¹⁶⁷.

¹⁶⁵ <http://www.afnor.org/metiers/normalisation/iso-26000/observatoire-francais-de-l-iso-2600>

¹⁶⁶ <http://www.pactemondial.org/les-bonnes-pratiques-des-adherents.html>

¹⁶⁷ Cadet I., « La Norme ISO 26000 : les lignes qui font bouger les lignes », *Revue Economia* n°17, Maroc, <http://www.economia.ma/fr/numero-17/e-revue/la-norme-iso-26000-les-lignes-qui-font-bouger-les-lignes?page=03>

Ni contrainte, ni certification, ni contrôle d'un tiers garant, même quant à son interprétation, le risque d'*ISO 26000 washing* est donc inhérent à la méthodologie retenue et le choix d'une norme de comportement éthique. Il est également lié à une certaine fongibilité de l'ISO 26000 avec d'autres types de normes.

Sous-section 2. La fongibilité de la Norme ISO 26000

Instrument à vocation universelle, cette norme internationale interroge sur la légitimité, la spécificité et la complémentarité réciproques des différents référentiels déjà applicables en matière de RSE, qu'ils soient publics ou privés (1.). Dans ce schéma, il n'est pas étonnant que la fongibilité des lignes directrices de l'ISO 26000 avec un certain nombre de normes publiques soit examinée comme source de risque de régression de la RSE (2.).

1. Légitimité, spécificité, complémentarité des référentiels publics et privés de RSE

Adossée à la norme publique le plus souvent, une convergence d'intérêts est recherchée entre le droit et les normes d'origine privée. Ainsi, dans ses sept principes d'action, la Norme ISO 26000 rappelle expressément que le respect de la loi est un préalable. Or, s'il existe quelques lois, en France, (loi NRE, et les réformes du code de commerce, du code monétaire et financier notamment, dans la loi dite Grenelle II), les dispositions légales en matière de RSE relèvent essentiellement du droit souple. N'étant pas contraignantes, l'AFNOR a eu beau jeu de déployer toute une stratégie pour faire admettre sa norme comme alternative au droit dur ou plus précisément comme appui des politiques publiques. En matière de développement durable, cette complémentarité est très prisée (Apied, 2012).

Les lignes directrices de l'ISO 26000 représentent essentiellement une synthèse des différentes conceptions de la responsabilité sociétale fondée sur une sélection de normes publiques et privées pour définir une terminologie commune. Elles ont pour objet, de traduire les termes de « responsabilité sociétale », pour toutes les organisations, avec ou sans but lucratif, et quelle que soit leur dimension. La compréhension doit être partagée par tous les pays dans les deux hémisphères. C'est donc un compromis entre différentes conceptions de la RSE, plus qu'un nouveau standard au niveau international.

L'ISO a recherché avant tout, de manière systémique, la compatibilité de la Norme ISO 26000 avec les autres instruments internationaux proches. Toutefois, se posant comme une norme de gouvernance, la Norme ISO 26000 prend une place nodale dans le dispositif : elle

fonde un nouvel ordre normatif privé et s'immisce subrepticement dans la gouvernance mondiale¹⁶⁸.

Elle est très différente dans sa conception des 10 Principes de l'UNGC et dans sa démarche par rapport à la GRI (*Global Reporting Initiative*), référentiel de *reporting*. Sa méthodologie a conduit cependant à reprendre à son compte certaines normes publiques, sans briguer l'exhaustivité, pour les décliner dans le monde des entreprises. Le glissement progressif de la responsabilité sociale vers la responsabilité sociétale des organisations (RSO) est symptomatique de l'universalisation de la démarche. La bibliographie recense ainsi toute une série d'instruments publics ou privés internationaux sur lesquels la Norme repose ou fait référence.

La légitimité de l'ISO 26000 est alors critiquée à double titre. D'une part, elle ne crée pas une norme mais se bornerait à un inventaire, d'autre part, cet inventaire étant incomplet, cela signifie que la norme privée choisit parmi les normes, notamment publiques, celles qu'elle entend reconnaître ou laisser pour compte. Cette démarche, choquante sur le principe, s'inspire certes de celle des Nations-Unies dans le cadre de la rédaction du Pacte mondial : parmi les normes publiques, certaines sont sélectionnées parce qu'elles paraissent plus fondamentales que d'autres... Or, la création des normes fondamentales revient à créer une nouvelle hiérarchie au sein d'un groupe de normes *a priori* de valeur équivalente.

Enfin et surtout, certaines normes publiques référencées risquent de perdre progressivement de leur intensité dans la déclinaison opérée par l'ISO, car l'ISO est un organisme de droit privé, qui produit des normes juridiquement de rang inférieur à la norme publique. Ce sous-système normatif peut alors être considéré comme infra juridique, supra juridique voire parajuridique.

L'alliance avec le droit revêt, en l'occurrence, un caractère aléatoire : la Norme ISO 26000 n'est qu'un outil de gestion où la force normative de chacun des instruments juridiques utilisés est considérée comme secondaire. Lors de la journée de recherche organisée par le groupe PRIMAL (*Paris Research in Norms Management and Law*) de l'Université de Paris 10, le 22 mars 2011, à Nanterre, de nombreux exemples tirés du droit du travail ont été exposés par les intervenants. « Dans ce « self-service » normatif », selon l'expression d'Alain Supiot (2004), certaines normes sont valorisées (comme la définition de standards généraux encadrant les conditions de travail ou les discriminations), mais d'autres ne sont mentionnées

¹⁶⁸ Cadet I. (2011), communication sur « Développement durable et responsabilité sociétale : la stratégie de l'ISO », Colloque du GREMID, de la faculté de sciences juridiques de Marrakech et Mundiapolis (Casablanca) sur *Développement durable et responsabilité sociétale des entreprises : indicateurs et stratégies* (13-16 avril).

que très évasivement (respect des contrats, contrôle des opérations de restructuration, paiement des salaires...), ou sont oubliées (garantie de l'intervention de l'Etat, délimitation de la responsabilité dans les groupes de sociétés, intervention des juges...). Du côté des effets, la norme ne peut s'appliquer directement mais elle pourrait être amenée à produire certains effets au moyen d'une incorporation dans les contrats ou les règles des entreprises, et dans l'évolution des règles de la responsabilité civile » (Guiomard, 2011)¹⁶⁹. L'hybridation entre *soft law* et *hard law* peut paraître alors une « combinaison hasardeuse » (...) « elle brouille l'horizon normatif » (Robien-Olivier, 2011). Une réelle insécurité juridique peut en résulter.

Certains commentaires, au niveau international, ont été encore plus durs : la Norme ISO 26000 a été qualifiée de « soupe populaire » faute d'être une « norme de durabilité », contenant des obligations de résultat, et dont il fallait par conséquent se méfier (Courville, 2009, p.194). La crainte de voir ce type de norme d'un genre nouveau se diffuser et se substituer aux exigences du droit du travail a alarmé au départ les syndicats, notamment en France où le droit du travail est d'ordre public, donc possédant un degré d'impérativité supérieur à la moyenne des normes publiques. Cette dégradation de la norme publique par la vulgarisation a suscité des réserves, notamment des juristes (Desbarats, 2003a et 2003b, Neau-Leduc, 2006, Schömann, 2012, etc.). Outre le danger du clonage, c'est également son application générique qui a inquiété, rejoignant ici, les principales critiques adressées à l'Union européenne et à l'ISO par les Américains vis-à-vis du concept de RSE devenu un « fourre-tout » (Daugareilh, 2010).

Ce référentiel peut-il effectivement être, à la fois, universel, spécifique, général pour tout type d'organisation au point de revendiquer son application pour les collectivités territoriales? Rien n'est moins sûr¹⁷⁰. Pour être reconnue par le plus grand nombre d'opérateurs économiques, d'organisations internationales, de bureaux de normalisation et, par-là même, se hisser au rang des normes publiques internationales, de nombreuses concessions, certains renoncements ou aménagements ont été, il est vrai, opérés, qui peuvent ne pas être mis à l'actif en matière de progrès de la responsabilité sociale des entreprises.

Les normes privées par rapport aux normes publiques peuvent-elles alors être ce que le genre est à l'espèce ou demeurent-elles d'espèces différentes ?

¹⁶⁹ <http://primal.u-paris10.fr/blog/page-d-exemple/page-sur-les-entreprises/>

¹⁷⁰ Cadet I., (30 mars 2011) « Quels bénéfices opérationnels de l'ISO 26000 pour les organisations et quelles limites ? Analyse des implications pour les collectivités locales » *Rendez-vous n°1 de la RSE, Comité 21*, ESCP Europe, Paris.

2. La fongibilité de l'ISO 26000, une nouvelle source de risque pour la RSE

En droit, les choses sont dites fongibles ou non fongibles, c'est-à-dire interchangeables ou non. L'intérêt de la distinction permet, si on applique ce raisonnement aux normes de remplacer une norme du même genre avec une autre, de la même espèce, tout en remplissant les mêmes obligations. L'intérêt réside essentiellement dans les compensations possibles entre normes et surtout dans le fait que les choses de genre, en définitive, par ce subterfuge ne disparaissent pas selon l'adage *genera non pereunt* (Zénati, 1988, p.94). On constate ce phénomène avec la pratique des normes glissantes.

L'ISO 26000 ne saurait *a priori* appartenir à cette catégorie de choses. La comparaison est délicate car il n'y a pas juridiquement un transfert de propriété mais un droit d'usage. Les normes privées ne deviennent pas la propriété de leurs utilisateurs. La philosophie du système repose cependant sur une appropriation par les différentes parties prenantes. Mais, en pratique, il sera difficile de faire payer une licence à des organisations qui vont s'inspirer d'une norme dont les fondements demeurent la norme publique obligatoire. Comment retrouver « la marque de fabrication » des auteurs dans une stratification de textes issus de la *soft law* qui sont à l'origine de ces lignes directrices ?

En outre, la Norme ISO 26000 annonce explicitement qu'elle « n'est pas destinée à remplacer, altérer ou modifier, de quelque façon que ce soit, les obligations de l'État » (Art. 3.4). Mais cette interdiction de substitution entre normes est toute relative. Les Etats sont parfois défaillants et « les normes internationales de comportement » (Art.2.11), catégorie intermédiaire distinguée par l'ISO 26000 parmi les normes publiques internationales, seraient impérativement applicables dans toute entreprise afin d'établir dans une certaine harmonie dans la responsabilité sociétale quel que soit le pays hôte. Dans les autres Etats, la complémentarité est organisée. En France, par exemple, la norme privée est soumise à l'homologation de l'Etat et la normalisation privée est même considérée d'intérêt général¹⁷¹, donc au même titre que la législation. Les cloisons ne sont donc pas étanches : la confusion peut s'instaurer entre les objectifs de la norme publique et ceux de la norme privée, cette dernière trouvant son fondement dans la norme publique selon des modalités variées.

La charge des risques de disparition de la Norme, en l'occurrence du fait d'une fusion par absorption, pèse bien sur les rédacteurs de la Norme tant dans sa version actuelle que dans ses

¹⁷¹ Décret n° 2009-697 relatif à la normalisation, JORF n° 0138 du 17 juin 2009, p. 9860, texte n° 6

versions futures lors des révisions éventuelles comme pout tout bien fongible (Malaurie, 2010 ; Cornu, 2005). Sans équivalent, ce risque n'existerait plus.

La question de l'interopérabilité, du chevauchement voire de la concurrence avec la norme publique se pose donc logiquement.

Le risque est poussé à son paroxysme quand c'est la norme publique elle-même qui édulcore encore la norme privée dont elle était à l'origine ! Le cercle n'est plus vertueux mais vicieux ! Ainsi, dans les processus de *reporting* développement durable des entreprises, l'article 32 de la loi du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière a supprimé la possibilité, prévue par l'article 225-102-1 de la loi Grenelle 2¹⁷², pour les parties prenantes « participant à des dialogues avec les entreprises [de] présenter leur avis sur les démarches de responsabilité sociale, environnementale et sociétale des entreprises en complément des indicateurs présentés ». La théorie des parties prenantes qui aurait été validée pour la première fois par le législateur français a été jugée trop floue et susceptible de créer une distorsion de concurrence entre pays européens. La loi est donc restée en retrait par rapport à la Norme ISO 26000. Vidée de sa substance, qu'en restera-t-il ?

Cet exemple démontre à n'en pas douter que la Norme ISO 26000 n'est pas une réplique rigoureusement exacte de la loi même si un substrat commun leur donne à chacune plus d'assise pour faire progresser la RSE et surtout éviter les dérives. Cette norme d'un genre nouveau suscite, néanmoins, des interrogations quant à sa force normative et son contenu (trop ?) proche des normes de la *soft law* en matière de RSE.

Le risque de régression de la RS est effectivement amplifié par l'internormativité instaurée, de fait ou de droit, entre *soft law* et *hard law*. La régulation publique, dont la loi NRE est l'exemple topique, fait en effet appel à la responsabilisation des acteurs, tant publics que privés. Le Grenelle de l'environnement a poursuivi les réformes dans le même esprit. Implicitement, c'est une sanction du marché qui est attendue. Or, rien ne garantit que les acteurs aient une éthique de la responsabilité. Une littérature abondante démontre la fausseté de ce postulat (Perez, 2002 ; Pesqueux et Biefnot, 2002 ; Capron et Quairel-Lanoizelée, 2004 ; Vogel, 2008 ; Wirtz, 2008a, Pigé, 2008, Dionne-Proulx et Larochelle, 2010, Gendron, 2010, etc.). La RSE n'est pas le fruit d'une génération spontanée d'acteurs.

Dans le système des valeurs établi, la Norme ISO 26000 prend donc le relais des Etats et des institutions, du fait de leur « carence » (Gendron, 2010, p.72). L'ascenseur social peut ainsi se fonder sur la Norme « diapason » (Helfrich, 2010) qui donne le « la » en toutes circonstances.

¹⁷² Loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 dite loi Grenelle II (V. détail partie 1 sur l'inventaire des normes)

Cette règle de conduite représente véritablement « l'ascenseur de l'isomorphisme » (Savall, 2012) : elle explique les tensions récentes dans les relations de l'ISO avec l'OIT¹⁷³, qui interprète cette montée en puissance de l'ISO dans la gouvernance publique comme une menace pour le droit international du travail voire une forme de régression du droit. Effectivement laisser aux organisations le choix d'adopter une norme privée conforme au droit international, dans certains pays, c'est inverser la hiérarchie des normes. La norme juridique devient par ce tour de prestidigitation facultative dès lors que l'entreprise peut ne pas vouloir être responsable.

Mais le Pacte mondial des Nations unies avait déjà ouvert la brèche en sélectionnant parmi les droits de l'Homme et les principales conventions de l'OIT¹⁷⁴ des droits considérés comme plus impératifs que d'autres... A l'instar du Pacte mondial, l'efficacité politique de la Norme ISO 26000 est d'autant plus grande qu'elle n'est pas contraignante juridiquement. Son succès quantitatif est plus large que celui du Pacte mondial, l'ISO étant plus crédible pour s'adresser aux entreprises. Elle peut devenir une menace pour les institutions publiques du fait de son audace à s'adresser, en outre, à toute forme d'organisation privée ou publique.

Le mouvement consumériste permet de faire cesser certaines atteintes manifestes au droit international du travail en dénonçant les entreprises irresponsables. Mais, c'est le plus souvent, très indirectement, par le truchement de la sanction pour publicité mensongère. Ce fondement juridique pourrait-il être utilisé contre une entreprise qui prétendrait à tort respecter les lignes directrices de l'ISO 26000, comme il en a été de la violation de certains codes éthiques ? Les victimes directes de la violation des droits de l'Homme ou du travail n'obtiennent, quant à elles, rarement des dommages et intérêts pour leurs préjudices. Elles servent bien souvent de prétexte à l'action, du fait de la complicité des Etats par inaction. Auront-elles alors plus de droits d'agir en justice ? La question de la privatisation du droit est alors ouvertement posée (Cochoy, 2007), de la « sélectivité du contenu des normes possédant une plus grande portée émotionnelle auprès de l'opinion » (OIT 1997 : 32, cité par Sobczak, 2004, p.47), voire du risque de détournement des normes de la RSE.

La perte de repères engendrée par les normes de RS vient de cette mixité entre normes privées et normes publiques, de cette concurrence parfois entre institutions internationales publiques et privées, et surtout, de ce renvoi à l'infini comme dans un miroir entre normes de plus en plus souples, au point de devenir floues (Delmas Marty, 2004) voire inconsistantes. Le risque

¹⁷³ Rapport Claude Revel, remis à Nicole Bricq, Ministre du commerce extérieur, (31 janvier 2013), « Développer une influence normative internationale stratégique pour la France », p.39

¹⁷⁴ 70 conventions de l'OIT, 45 textes relevant de l'ONU

principal est, au final, de « désinstitutionnaliser l'institution et d'institutionnaliser l'organisation » (Pesqueux, 2007a, p.93). L'entreprise citoyenne ou socialement/ « socialement » responsable est l'incarnation de cette inversion des rôles.

Dans cette recherche qualitative, il s'agit bien d'un risque de circularité, « qui consiste à ne voir dans le matériau empirique que ce qui confirme une théorie » (Dumez, 2013, p.17). Il convient dans une analyse des normes produites, tant par les acteurs privés que les acteurs publics, de démontrer que, derrière le discours explicite sur la RSE et les mécanismes de co-régulation publique-privée, qui se développent, se cachent des conflits d'intérêts et des enjeux de pouvoirs, qui évoluent au détriment parfois d'un cadre juridique suffisamment fort pour réguler la RS.

La norme publique n'étant pas un modèle d'exemplarité en ce domaine, il demeure illusoire de maîtriser le risque d'ISO 26000 *washing*.

Section 2. Les tentatives de maîtrise du risque d'ISO 26000 *washing*

La Norme ISO 26000 propose un cadre souple où la marge de manœuvre devient très étroite dès lors que l'on se prend dans le maillage très fin proposé. La Norme tente effectivement de déjouer les tentatives de régression de la RSE par un système conventionnel (sous-section 1), de même qu'une reconnaissance externe, sur le terrain du droit, notamment via les politiques publiques nationales et internationales qui lui confèrent un certain cadre mais ce cadre est en définitive trop flou (sous-section 2).

Sous-section 1. Le système conventionnel prévu par la Norme ISO 26000

Le système envisagé dans la structure de la Norme ISO 26000 est intellectuellement très astucieux : mais il repose, faute de contrôle et de sanctions, essentiellement sur le bon vouloir des organisations qui s'en inspirent. Les rédacteurs de la Norme ISO 26000 ont prévu effectivement un « verrouillage conventionnel » (Helfrich, 2011, p.112) qui oblige, toute organisation qui se prétend responsable, au sens de ces lignes directrices relatives à la RS, à répondre à certain nombre d'exigences cumulatives, en vue d'optimiser sa contribution au développement durable (1.).

L'axe fondé sur les droits de l'Homme donne la majeure, à la fois comme moyen et comme idéal à atteindre en abscisses et en ordonnées. Il représente un élément de *hard law* au sein d'un univers de *soft law* (2.).

1. Le « verrouillage conventionnel » : un cadre souple

Le mot convention revêt en français deux acceptions. L'une relève du contrat. La seconde davantage du consensus. La RSE a souvent été assimilée à une convention (Persais, 2007) ou un contrat social (Rosé *et alii*, 2006), au sens philosophique. On retrouve dans ces lignes directrices cette idée de contrat moral ou social, de consensus flirtant avec l'idée d'une convention presque juridique. Mais cette convention demeure un mythe. La norme à la différence de la loi a toujours ce caractère très séduisant parce que, justement, elle ne semblait pas s'imposer : il convenait d'y adhérer. *A fortiori* lorsqu'elle ne peut faire l'objet de certifications.

Dans le chapitre 6 en particulier, l'organisation responsable doit être en mesure de répondre de ses actes dans sept domaines appelés « questions centrales » de la Norme ISO 26000 (gouvernance de l'organisation, droits de l'Homme, relations et conditions de travail, environnement, bonnes pratiques des affaires, questions relatives aux consommateurs, engagement sociétal) au regard de sept principes de comportement (« redevabilité », transparence, comportement éthique, respect des intérêts des parties prenantes, légalité, respect des normes internationales de comportement, respect des droits de l'Homme). De même, chaque question centrale est déployée en fonction de domaines d'action, faisant l'objet de chapitres différents, et d'attentes associées, comme autant de sous-systèmes encastés, selon une architecture très élaborée et complexe, dont la lecture est simplifiée par un lexique et un sommaire détaillé.

Le risque d'un périmètre de RS volontairement restreint se réduit d'autant, car il faut croiser les démarches à la fois sur les sept questions centrales, sans en omettre aucune, tout en respectant les sept principes d'action tout au long du processus de détermination des valeurs, des objectifs et des moyens. La question centrale qui gouverne toutes les autres est celle de la gouvernance, définie par la Norme ISO 26000, comme « le système au moyen duquel une organisation prend et applique des décisions dans le but d'atteindre ses objectifs » (2.13)

Le comportement éthique, en filigrane, sert de garde-fou suprême car il s'applique de façon subsidiaire, quand tous les autres principes touchent les limites de leur domaine d'application. La Norme ISO 26000 le définit ainsi à l'Article 2.7 dans le lexique : « comportement conforme aux principes acceptés d'une conduite juste ou bonne dans le contexte d'une situation particulière, et en cohérence avec les normes internationales de comportement ». Ces normes internationales de comportement représentent une catégorie connue, pour une partie de la doctrine en droit pénal international (Kerbrat, 2001), qui dissocie, les normes de fond des normes de procédures.

Mais les rédacteurs de la Norme ISO 26000 ont pris de très grandes libertés quant à l'interprétation du contenu de ces normes, considérant, à juste titre qu'il ne s'agissait pas d'une appellation contrôlée... on découvre alors de manière très originale que ces normes, sont, en réalité, des « attentes vis-à-vis du comportement d'une organisation en matière de responsabilité sociétale, procédant du droit coutumier international, de principes généralement acceptés de droit international, ou d'accords intergouvernementaux universellement ou quasi universellement reconnus » (Art. 2.11). Trois précisions sont ajoutées :

Note 1 : « Les accords intergouvernementaux comprennent les traités et les conventions.

Note 2 : Bien que le droit coutumier international, les principes généralement acceptés de droit international et les accords intergouvernementaux s'adressent avant tout aux États, ils expriment des objectifs et des principes auxquels toutes les organisations peuvent aspirer.

Note 3 : Les normes internationales de comportement évoluent dans le temps ».

Les rédacteurs ont inventé cette nouvelle catégorie de normes dans le but politique de ne pas heurter, de front, les Etats qui ne reconnaissent pas ou n'appliquent certaines conventions internationales soit de droit du travail, soit des droits de l'Homme, et de prévoir en outre, une possibilité d'évolution du contenu dans le temps.

L'exigence normative s'accroît par un système de cliquet astucieux et la mise en œuvre du processus de la Roue Deming bien connu des organismes de normalisation/certification : il ne s'agit pas d'imposer aux organisations des normes qui sont en principe de la compétence des Etats mais de les inciter à considérer leurs devoirs vis-à-vis de leurs parties prenantes, tels des usages reconnus par tous. A ce titre, on rejoint la philosophie des droits de l'Homme, qui faute de pouvoir renoncer à la part d'idéologie qu'elle comporte, se diffuse par ses revendications considérées comme universelles. Elles peuvent évoluer donc s'intensifier...

A l'image du droit international public, qui a consacré un droit d'intervention dans un Etat dès lors qu'est constatée une violation manifestation délibérée des conventions relatives aux droits de l'Homme, la Norme ISO 26000 ne vient-elle pas de créer un « droit d'ingérence » dans les organisations au nom des droits de l'Homme qui va s'opposer, en retour, au « droit des organisations à disposer d'elles-mêmes », comme il existe un droit des peuples à disposer d'eux-mêmes... ?

La Norme ISO 26000 est d'application volontaire. On peut aujourd'hui poser la question de savoir pour quelle partie prenante ? L'éthique de la Norme fondée sur une reconnaissance de la montée en puissance des droits subjectifs reconnus officiellement par le droit objectif. Un véritable *jus cogens* s'est développé, outre le système normatif des Etats.

De toute évidence, les rédacteurs de la Norme n'ont pas souhaité s'enfermer dans une éthique particulière et la Norme internationale ISO 26000 se garde bien de développer longuement sur la performance globale liée à l'éthique des affaires du fait du nombre d'entreprises prises dans la tourmente des scandales financiers. Seul un encadré est consacré aux bénéfices de la RS (n°5, p.25) et ce, de manière secondaire. La posture a changé par rapport au guide SD 21000 par exemple. Le consensus est très mou ; et faute d'école philosophique retenue, le cadre est flou. Pour éviter toutes les dérives totalitaires liées au poids de la religion dans certains Etats, les rédacteurs de la Norme ont préféré définir le « comportement éthique » plutôt que « l'éthique » elle-même. La RSO est donc, avant tout, une question de savoir-être, plus qu'une question morale. Il n'est pas davantage opportun de déterminer si une entreprise est ou non responsable au regard de la Norme ISO 26000. Ces considérations relèvent toujours, en principe, du pouvoir judiciaire de chaque Etat.

Les droits de l'Homme, en revanche, apparaissent à la fois comme principe d'action et question centrale, autrement dit comme moyen et comme finalité de la responsabilité sociétale. Ce « 4^{ème} pilier de la RSE » (V. Partie 3) représente « l'élément obligatoire dans la *soft law* de la RSE »¹⁷⁵. Mais est-ce véritablement une avancée normative ?

2. Les droits de l'Homme : « la *hard law* de la *soft law* » ?

Relativement aux droits de l'Homme, les Principes directeurs de l'OCDE pour les multinationales révisés en mai 2011, et surtout les Principes du Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies sur les droits de l'Homme et les entreprises adoptés le 17 juin 2011 ajoutent un élément nouveau : « De mon point de vue, formulés sous forme d'une approche spécifique en termes de risques, de droits à ne pas violer et assortis de recommandations sur les réparations aux victimes, même s'il est dit qu'ils ont une base commune avec les droits de l'Homme au travail, ils s'en distinguent » (Doucin, 2011, note précitée).

L'obligation conventionnelle pour les entreprises de respecter les droits de l'Homme comporte trois dimensions (économique, juridique et politique)¹⁷⁶. Elle n'est certes pas que morale. L'emprise du droit se fait plus forte (Flauss, 2002). Cependant, cette obligation inédite et hardie consacre une inversion des polarités : c'est le droit souple qui invite à

¹⁷⁵ Doucin M. (4 juillet 2011), « Quel est l'impact à prévoir des "Principes directeurs du Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies sur les droits de l'Homme et les entreprises" adoptés le 17 juin 2011 », Intervention à l'Assemblée générale de l'ORSE (Observatoire de la Responsabilité Sociale des Entreprises)

¹⁷⁶ Doucin M. (9 février 2007) « La frontière entre normes volontaires et normes obligatoires est-elle dans le domaine de la responsabilité des entreprises dans la protection des droits de l'Homme? », Journée d'études du Centre d'Etudes et de Recherche sur les Droits de l'Homme de l'Université Paris II sur « La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'Homme ».

respecter le droit dur, voire constitue l'antichambre d'un droit plus dur. Le respect du droit dur n'est plus un préalable, à moins de considérer que les droits de l'Homme ne relèvent que du droit flou... La manifestation du droit dur ne se comprend, en effet, que si l'on considère que la RSE relève essentiellement du droit souple à qui il manque, par définition, une validité empirique. C'est cette once de validité que le droit, par le truchement des droits de l'Homme, concède. Mais les droits de l'Homme relèvent, en fait, plus du droit flou que du droit dur. On pourrait presque en conclure que le droit souple appelle le droit flou, conférant ainsi à la RSE le soupçon d'effectivité qui lui manquait.

Par cette édification d'une nouvelle norme impérative, voire « plus impérative que les autres » (V. Partie 3, Titre 2, une nouvelle éthique de la responsabilité), l'ISO oblige toute entreprise, même dans des Etats opposés aux droits de l'Homme, à protéger les droits de l'Homme et agir, dans leur sphère d'influence, pour les promouvoir. Dans de nombreux Etats, les droits de l'Homme ont valeur constitutionnelle. Mais, sans l'appui des Etats, quelle sera l'efficacité de la norme sachant que l'effet de levier demeure toujours le droit souple ?

À travers la force normative des droits de l'Homme, on découvre la double facette des droits de la personne, à la fois limite à la souveraineté des Etats et justification de certaines formes d'ingérence (Bachelet, 1995). C'est véritablement la recherche d'une refondation de la « norme moderne » (Benyekhlef, 2008, p.116s.) sur des « principes supérieurs de l'Etat » (Madiot, 1991, p.21), qui n'appellent pas de réciprocité, et auxquels, tous, qu'elles que soient les cultures de chacun, devraient se conformer.

La prétention à l'universalité provient tout autant du périmètre (extension à toute forme d'organisation quelle qu'en soit la localisation), de l'objet (droits de l'Homme, droits du travail ou droit de l'environnement) que par le consensus dialogique au niveau inter et intra-organisationnel, à l'échelon international, (établi sous forme de démocratie, à la fois participative et délibérative) des 163 comités membres de l'ISO (à l'image de la société civile), et respectueuse du pluralisme culturel. L'ISO a ainsi gagné son autonomie politique en promouvant les droits de l'Homme, par-delà les Etats nations voire malgré eux.

Par son invention de « la complicité non juridique », elle a véritablement construit un paradigme alternatif au modèle de normativité classique fondé sur la *hard law*, en allant plus loin dans les exigences légales¹⁷⁷ pour répondre à des situations délicates où une entreprise

¹⁷⁷ Loeve B. et Michel Doucin (dir.), ambassadeur de la bioéthique et de la RSE, au ministère des affaires étrangères et européennes, « Etude de la sphère d'influence versus due diligence » (22 mars 2010) http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/1_2PESP_1_Etude_sphere_dinfluence_versus_due_diligence_cle874ee9.pdf

pourrait être tenue pour responsable civilement voire pénalement en cas d'investissements dans des pays où les violations des droits de l'Homme sont manifestes (Decaux, 2005). Elle fait ainsi progresser la question de la responsabilité des sociétés-mères du fait de leurs filiales, tout en esquivant encore les contentieux judiciaires... Les droits de l'Homme deviennent l'avenir du droit (Gutman, 1999) et l'aboutissement des normes de RSE.

La Norme ISO 26000 souhaitait inspirer les politiques publiques. Le pari est gagné. Ni les gouvernements, ni les institutions internationales ne semblent se désintéresser de cet aiguillon normatif. « L'ISO providence » serait-elle en passe de se substituer à « l'Etat providence » (Cadet, 2010a) ?

Sous-section 2. Reconnaissance de la Norme ISO 26000 par les Etats et les institutions internationales : un cadre juridique certain mais trop flou

La Norme ISO 26000 porte en elle les germes d'une coutume générale, volontairement conçue *erga omnes*, comme un guide de bonnes pratiques ou d'usages internationaux (Cadet, 2010a), quoique les rédacteurs lui dénie ce potentiel probatoire au titre du droit coutumier. Dans les sources du droit, les usages (comme la *lex mercatoria*) et les coutumes sont sources directes du droit, notamment en droit commercial. Ils prévalent même sur le droit international conventionnel. En droit interne, ils peuvent également prévaloir (système de la *Common Law*) ou être considérés au même rang que la loi.

L'Organisation mondiale du commerce a certes préféré rester neutre sur la qualification de ces lignes directrices, difficiles à classer dans les catégories traditionnelles : elle ne s'est donc pas prononcée (Wijkström, 2010) sur une éventuelle reconnaissance au titre des accords de Marrakech sur la liste des obstacles techniques au commerce (dit non tarifaires).

Les tentatives de récupération par le droit n'en sont pas moins nombreuses. On peut ainsi noter l'influence discrète de la Norme ISO 26000 sur les Principes directeurs du Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies d'une part et de l'OCDE d'autre part, et l'enfin l'Union européenne (1.), de même que la recherche d'un encadrement complémentaire par le ministère du développement durable (2)

1. Entre récupération et reconnaissance par les institutions internationales

L'imbrication des normes de la *soft law* sont nombreuses, qu'elles soient d'origine privée ou publique. La progression du droit en matière de RSE émane de sources diverses, tant publiques que privées.

Sur la forme, la reconnaissance des lignes directrices de l'ISO 26000 est officielle parmi des instances officielles telles l'UNGC grâce à de nombreux protocoles d'accord pour l'obtenir, tisser des liens et des partenariats durables.

Sur le fond, la notion de sphère d'influence, par exemple, a largement contribué à alimenter les débats, depuis 2008, lors de la révision des Principes directeurs de l'OCDE (25 mai 2011). L'ISO s'est invitée aux négociations et un chapitre entier sur les droits de l'Homme a été intégré aux Principes directeurs de l'OCDE à destination des multinationales¹⁷⁸. Toutefois, les travaux sous l'égide du Professeur John Ruggie (Représentant spécial pour la question des droits de l'Homme, des sociétés transnationales et autres entreprises à l'ONU), n'ont pas donné une suite favorable à cette innovation, dans la rédaction des Principes directeurs du Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies (17 juin 2011), privilégiant le concept de droit américain de « *due diligence* » (Loeve et Doucin, 2010). De même les nouveaux Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des multinationales n'ont jamais sur 106 pages cités une seule fois la Norme ISO 26000 : indifférence ou mépris, crainte d'une concurrence entre institutions publiques et privées, la co-régulation n'est pas à l'ordre du jour dans la gouvernance publique. La même attitude est à observer de la part de la *Global Reporting Initiative* qui dans sa version 4¹⁷⁹ se garde bien de reconnaître les lignes directrices de l'ISO 26000, puisque celles-ci se bornent à référencer la GRI uniquement dans ses annexes... Dans un réseau de normes, la hiérarchie laisse place à un ordre des préséances.

Les apports sont nombreux en matière de responsabilité sociétale. De la *soft law* effectivement, on évolue sans surprise vers la *hard law*, ces Principes directeurs à destination des entreprises, rappelant même en cette matière, le rôle central de l'Etat. C'est donc encore le principe de légalité qui prévaut. Autant dire le niveau zéro de la responsabilité sociale.

Les conséquences du *reporting* exigé au PCN est parfois surprenant : quand les droits sociaux progressent d'un côté, ce sont les droits de l'Homme qui régressent.

Les *sweatshops* ne sont plus ce qu'ils étaient.

H&M, le géant suédois du prêt-à-porter, dont 80 % de la production vient d'Asie, a décidé de passer commande en Ethiopie. Car à 300 euros par mois, les salariés chinois sont bien trop payés. Quant au Bangladesh, après l'incendie du Rana Plaza, les ouvriers en colère ont arraché

¹⁷⁸ Doucin M., 2nds Etats généraux de la Responsabilité Sociétale, « ISO 26000, pour avancer ensemble autrement », 7 décembre 2010, Université Paris Descartes, Actes du colloque, p.7 <http://www.iso26000-forum.com/actes.html>

¹⁷⁹ <http://bit.ly/1jAivC4>

un salaire minimum de 50 euros. Alors qu'à Addis Abeba, les petites mains dociles touchent 45 euros et le pouvoir fait régner l'ordre avec une main de fer.

(Texte de la semaine, Lettre d'information d'Alternatives Economiques, 28 novembre 2013)

La théorie des risques n'y déroge pas, même si l'intégration de la jurisprudence y joue un rôle central. Passer toutefois du principe d'investissement direct ou indirect à l'idée de la chaîne d'approvisionnement, est un premier pas dans la reconnaissance des parties prenantes et de leur sphère d'influence dans le cadre de l'organisation.

Politiquement, le fait que plus de 90 pays valident la Norme ISO 26000 a obligé la Commission européenne à relancé le pôle de d'excellence sur la RSE qu'elle avait initié en 2007¹⁸⁰. La Commission européenne a conforté cette légitimité en reconnaissant formellement voire en recommandant aux entreprises de s'appuyer sur l'ISO 26000, parmi trois référentiels possibles, dans leur démarche RSE. Une résolution très récente du Parlement européen a cité la Norme ISO 26000 comme référence, au même titre que les normes publiques de la *soft law* en matière de RSE¹⁸¹. Par cette dynamique normative internationale, la Norme ISO 26000, quoique non contraignante, a acquis le caractère de standard international.

Le pari est gagné au point d'inquiéter les pouvoirs publics français, qui cherchent paradoxalement à encadrer un outil du droit souple exclusivement par du droit souple... mais suffit-il à l'Etat français de reconnaître l'existence de cette norme pour en contrôler l'usage ?

2. Les tentatives d'encadrement de l'ISO 26000 par le droit français

L'activité de normalisation est entièrement réglementée par décret. La Norme ISO 26000 ne déroge pas sur ce point aux normes privées traditionnelles. Mais la vocation de ces lignes directrices diffère quelque peu quant à son objet. La Norme ISO 26000 permet de mettre en cohérence les différents référentiels existants mais elle ne peut *s'appliquer* comme une norme classique, au sens strict du terme. Ainsi, dans la hiérarchie des normes réglementaires, le

¹⁸⁰ http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2001/com2001_0428fr01.pdf : Livre Blanc de la gouvernance européenne, 25 juillet 2001; Communications de la Commission sur « La mise en œuvre du partenariat pour la croissance et l'emploi: faire de l'Europe un pôle d'excellence en matière de responsabilité sociale des entreprises (COM 2006/ 0136) et « La dimension sociale de la mondialisation - Comment la politique de l'UE contribue à en étendre les avantages à tous » (COM 2004/0383) ou « Promouvoir un travail décent pour tous - La contribution de l'Union à la mise en œuvre de l'agenda du travail décent dans le monde » (COM 2006/0249), faisant suite à la résolution du Conseil du 6 février 2003 sur la responsabilité sociale des entreprises (JO C 39 du 18.2.2003, p. 3).

¹⁸¹ Résolution du Parlement européen du 6 février 2013 sur la responsabilité sociale des entreprises: promouvoir les intérêts de la société et ouvrir la voie à une reprise durable et inclusive (2012/2097(INI), Rapport Howitt)

cadre de référence fixé, par une simple circulaire¹⁸², pour les Agendas 21 locaux pourrait être utilement complété par les lignes directrices de l'ISO 26000, vécues comme une source d'inspiration pour les administrations de l'Etat, lorsqu'elles se tournent notamment vers leurs partenaires économiques. Ces lignes directrices arriveraient, cependant, selon Michèle Pappalardo, déléguée interministérielle au Développement Durable, après la GRI (*Global Reporting Initiative*) et la SNDD (Stratégie Nationale de Développement Durable)¹⁸³.

C'est un rappel clair du gouvernement pour bien marteler qu'il appartient au pouvoir législatif et au pouvoir exécutif de définir à travers la loi et les règlements l'intérêt général. Mais ce jugement classique sur une conception descendante du pouvoir normatif est-il sans appel ? Les frontières sont poreuses entre l'intérêt général, l'intérêt privé général ou encore l'intérêt social. En outre, depuis l'appel de Rio (1992), les entreprises sont appelées à collaborer au développement durable. Le cadre juridique de la RSE s'est alors déplacé, intégrant de nouvelles formes de régulation privée. Mais les interconnexions entre ces pouvoirs normatifs sont loin d'être toujours claires et visibles : tout se passe comme si la normalisation privée progressait par « capillarité »¹⁸⁴. Une question se pose alors avec plus d'acuité : qui sont aujourd'hui les autorités chargées de définir l'intérêt social (Rousseau & Tchotourian, 2009) dans une organisation ?

L'encadrement par la *soft law* est le signe de l'émergence d'un cadre juridique certain mais certainement pas de son efficacité. Dans l'ordonnement juridique français, faut-il le rappeler, la circulaire n'a pas de valeur juridique. La stratégie, quant à elle, relève des politiques publiques : elle n'est donc pas même mentionnée dans la pyramide de Kelsen au titre des normes existantes. Comment articuler dans un cadre juridique aussi léger, les agendas 21 locaux et la Norme ISO 26000 ? N'est-ce pas l'aveu d'un Etat français dépassé par son propre droit mou ?

Le périmètre de *reporting* en matière de RSE est circonscrit certes à la fois par un décret et un arrêté issus du Grenelle 2 mais très édulcorés par rapport aux recommandations des lignes directrices de l'ISO 26000 ! Cela revient à considérer la Norme, non plus seulement comme fongible, donc à égalité avec d'autres référentiels, mais comme consommable, c'est-à-dire qui disparaît par l'usage que l'on en fait, telle une denrée alimentaire périssable !

¹⁸² Circulaire du 13 juillet 2006 du MEDDTL, cadre de référence des projets territoriaux de développement durable et agendas 21 locaux.

¹⁸³ Pappalardo M., 2nds Etats généraux de la Responsabilité Sociétale, « ISO 26000 pour avancer ensemble autrement », 7 décembre 2010, Université Paris Descartes, Actes du colloque, p.95

¹⁸⁴ Expression employée pour la première fois par Catherine Thibierge, lors de sa conférence sur la « La densification normative », Colloque international de l'Université d'Orléans, « Puissances de la norme », 6 décembre 2013.

A compter de certains seuils¹⁸⁵, il est prévu d'étendre le périmètre des obligations de transparence en matière de données dites extrafinancières aux sociétés non cotées. De même l'arrêté déterminant les modalités dans lesquelles l'organisme tiers indépendant, conduit sa mission de vérification, prévoit pour toute entreprise entrant dans le champ des obligations réglementaires, un avis motivé sur la sincérité des informations environnementales, sociales, sociétales, figurant dans le rapport de gestion intégré, et le cas échéant, des explications relatives en l'absence de celles-ci, selon l'application des principes de la *compliance*.

Plus subtiles encore, peuvent alors être relevées, comme tentatives de récupération de ces normes ascendantes venues des organisations privées, les techniques du Commissariat au Développement Durable qui consistent à s'appuyer sur la Commission DDRS (Développement Durable et Responsabilité Sociétale) de l'AFNOR¹⁸⁶ pour asseoir une certaine légitimité des politiques publiques françaises afin de développer notamment un référentiel sur la vérification des données extra-financières, issu directement des normes comptables anglo-saxonnes.

Mais il y a plus grave. Les modalités du contrôle du *reporting* RSE, la transparence étant au cœur de la dynamique de la RSE, sous la pression des investisseurs s'avèrent finalement exclusivement d'ordre financier. Il est déjà symptomatique que toutes ces dispositions légales et réglementaires figurent dans le code monétaire et financier. C'est ainsi progressivement que la norme ISAE 3000 (*International Standard on Assurance Engagements 3000*), aujourd'hui monopole des commissaires aux comptes, fait son entrée, sans coup férir, sur la scène publique, et sera sans nul doute, dans sa version révisée, accréditée par le COFRAC comme référentiel français ...

La faillite du cabinet Andersen, le mésusage des normes IFRS dans la crise des *subprimes*, et l'absence de légitimité dans la candidature à l'accréditation de cabinets d'audit dont les missions de vérification portent sur des comptes exclusivement financiers, n'auront pas suffi à

¹⁸⁵ Art. 2 du décret n° 2012-557 précité :

I. Pour les exercices ouverts après le 31 décembre 2011, les seuils prévus au sixième alinéa de l'article L. 225-102-1 du code commerce sont fixés à 1 milliard d'euros pour le total du bilan ou le montant net du chiffre d'affaires et à 5 000 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice. Pour les exercices ouverts après le 31 décembre 2012, ces seuils sont fixés à 400 millions d'euros pour le total du bilan ou le montant net du chiffre d'affaires et, à 2 000 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice.

II. Pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, les dispositions des articles R. 225-105 et R. 225-105-1 du même code sont applicables aux exercices ouverts après le 31 décembre 2011. Pour les autres sociétés, à partir de l'exercice clos au 31 décembre 2016.

¹⁸⁶ Groupe de travail créé en mai 2011 à l'initiative du MEDDTL, puis en sommeil, repris et renouvelé par la commission DDRS de l'AFNOR, le 11 juin 2013, dont la direction a été confiée à un Directeur du Département Développement Durable d'un cabinet anglo-saxon, à la place de l'Etat français... (Document en cours PR NF/X30-024) <http://www.afnor.org/profils/centre-d-interet/rse-iso-26000/les-travaux-de-normalisation-en-cours>

limiter le poids des gens du chiffre, même dans le domaine de la responsabilité sociale et environnementale. Les informations « dites extra-financières » (IEF) portent mal leur nom, à l'aune d'indicateurs financiers pour évaluer la RSE.

Il n'est alors pas surprenant de constater le réveil de la société civile. On découvre ainsi que ce sont des ONG, comme les Amis de la Terre ou Sherpa¹⁸⁷, de citoyens engagés qui viennent, malgré leurs faibles moyens, par leurs recours, rétablir le curseur de l'égalité de droits ou de l'intérêt social général, et tenter de se battre contre l'Etat français pour obliger celui-ci à respecter ses engagements internationaux affichés en matière de RSE¹⁸⁸.

Tout est affaire de négociation et de *lobbying*... Le système juridique de la Common Law prend le dessus même dans la phase de *reporting* RSE. Le concept d'« auditabilité » fait son chemin (Power, 2005), même si l'esprit des lignes directrices s'oppose à la rédaction d'une lettre de mission ou d'engagement d'un cabinet d'audit où l'information à fournir sera en tout état de cause négociée avec le client sur cette base restreinte.

Coup d'éclat sans coup d'Etat : le Conseil d'Etat, dans son étude annuelle 2013 sur le droit souple, recommande « le droit souple pour améliorer la qualité des réglementations publiques » et propose ainsi de « promouvoir des démarches de RSE auditables et comparables en préconisant des standards internationaux communément acceptés » (Proposition n°20). Il considère même que la Norme ISO 26000 a vocation à s'appliquer aux organisations publiques. On ne saurait accorder de plus belles lettres de noblesse aux normes de RSE qui émanent historiquement des entreprises. C'est une reconnaissance symbolique importante par une Cour suprême qui n'a eu de cesse de définir l'intérêt général dans sa jurisprudence¹⁸⁹.

Conclusion

L'oscillation est constante entre une conception régaliennne de l'Etat borné à quelques domaines d'intervention et celle d'un Etat providence, tenu de promouvoir les droits économiques et sociaux. La corégulation, voire l'adoption d'une charte de corégulation, permettraient sans nul doute une collaboration entre Etats, entreprises et organismes de normalisation privés. Néanmoins, l'Union européenne récemment a souligné encore « la nécessité de concevoir d'éventuelles mesures réglementaires dans un cadre juridique solide et conforme à la réglementation internationale, afin d'éviter toute interprétation nationale

¹⁸⁷ <http://www.amisdelaterre.org/Parution-du-decret-d-application.html>; <http://www.asso-sherpa.org/>

¹⁸⁸ « Considérant que la France et le Danemark sont deux des quatre gouvernements d'États membres de l'ONU qui ont accepté de prendre la tête de la mise en œuvre de l'engagement Rio +20 de l'ONU concernant l'information sur les aspects de durabilité par les entreprises » (rapport Howitt précité, 2013, point 54)

¹⁸⁹ Rapport public du Conseil d'Etat, « Réflexion sur l'intérêt général », n°50, EDCE, 1999, p.239 à 442

divergente et tout risque d'avantage ou de désavantage en matière de compétitivité à l'échelle régionale, nationale ou macrorégionale »¹⁹⁰.

A défaut, il convient de rappeler que l'autonomie des normes AFNOR ne peut être que relative puisque l'Etat décide de l'ordre du jour en matière de normalisation et en informe l'Union européenne et en définitive procède ou non à l'homologation des normes auxquelles il participe à l'élaboration. Mais faute d'un ordonnancement juridique lisible, le risque de concurrence demeure.

L'hypothèse de fongibilité que nous avons formulée entre la Norme ISO 26000, norme politique (Igalens, 2009) par excellence et les normes publiques est la conséquence d'un double mouvement, l'un de montée en puissance des normes privées dans le jeu de la gouvernance mondiale, l'autre, de la faiblesse des politiques publiques, notamment en France ou au niveau de l'Union européenne, qui se bornent à multiplier les normes de la *soft law* en matière de RS voire à se défaire sur les entreprises de leur responsabilité sociale.

La surenchère entre normes publiques et privées a été partiellement évitée. C'est dire que la normalisation privée n'exclut pas une forme de différenciation entre les normes. « Le principe fondamental est celui de la liberté du marché assortie d'une dose modeste mais réelle de régulation » (Helfer, 2007, 256). Mais comme toute activité humaine créative, la normalisation ne peut se borner à un inventaire de pratiques ou de normes préexistantes. La Norme ISO 26000 offre ainsi, comme toute nouvelle norme, de nombreux atouts pour faire progresser la RSO. Sa plus-value est indéniable pour dépasser le cadre légal.

Néanmoins, la position du ministère du développement durable français soulève de nombreux questionnements. En mai 2011 l'invitation de l'AFNOR par le MEDDTL à participer à la mise en œuvre d'un référentiel de vérification des données IEF en matière de *reporting* RSE, posait un dilemme éthique. Car la participation des organismes de normalisation ne vaut pas caution de l'action publique, ce serait une inversion des rôles, mais l'absence de participation de ces mêmes organismes aurait été sans nul doute considérée comme une faute morale et politique, au-delà du risque de pertes de retombées économiques voire de subventions de l'Etat. Mais que penser du désengagement, incohérent par rapport aux ambitions affichées par la France, de son successeur, le Ministère de l'Écologie, du Développement Durable et de l'Énergie (MEDDE), le 11 juin 2013, vis-à-vis de ce même groupe de travail ? Il s'agit d'une véritable menace à la fois pour l'évolution du droit de la RSE et en termes d'influence

¹⁹⁰ Résolution du Parlement européen du 6 février 2013 sur la responsabilité sociale des entreprises: comportement responsable et transparent des entreprises et croissance durable (2012/2098 (INI) Rapport Baldassarre)

normative internationale stratégique pour la France. Comment l'Etat français sur un sujet aussi sensible que les questions sociales dans les entreprises peut-il accepter de renoncer à son pouvoir souverain d'appréciation et les confier à des organismes privés de normalisation et de vérification/certification, qui plus est, pour se soumettre à des modalités de contrôle exclusivement financier et totalement étrangères à notre culture ?

Le risque d'ISO 26000 *washing*, conséquence du principe de circularité entre les normes, ne être écarté qu'avec la mise en place d'une véritable « co-responsabilité » (Geiger, 2010 p.187) entre les Etats, les institutions internationales et l'ISO.

Titre 2. L'usage des normes contre le droit

L'humanité, pas plus que la planète ou les générations futures, ne représentent des catégories juridiques reconnues. Elles ne sont pas des sujets de droit. Elles ne sont pas des personnes. La première ambiguïté des droits de l'Homme repose sur cette aporie. Le risque, faute de nomenclature scientifique solide, est d'instrumentaliser ces nouveaux droits accordés aux personnes physiques et, par déviance, aux personnes morales. C'est ici le flou du droit qui crée un risque. Les droits de l'Homme ne sont pas une norme, *a fortiori* la norme. Prétendre le contraire suppose de résoudre un certain nombre de questions préalables. Les droits de l'Homme sont-ils des droits subjectifs, prérogatives conférées à tout être humain ou toute personne ? Entrent-ils progressivement dans la catégorie du droit objectif que les Etats doivent faire respecter et promouvoir ?

Les normes sont de production diverses : elles se distinguent du droit (ou règle juridique). La marchandisation des droits n'est pas exclue car l'Etat est jeté aux « orties » (Paquerot, 1996), les frontières entre sources normatives s'estompant. La perte de sens, d'efficacité voire d'effectivité menace le droit quand l'usage des normes n'est pas défini et régulé par l'Etat.

Pour démontrer ce risque du flou, nous prendrons trois exemples : l'un relatif aux droits de l'Homme, l'autre, issu d'instruments internationaux hétérogènes dans le cadre de la mondialisation, le mécanisme du *comply or explain* (britannique), pour appliquer des codes de gouvernance, normes privées selon un modèle nord-américain et le dernier sur le concept d'intérêt social. Tous portent sur les fondements de la RSE, selon une approche axiologique (droits de l'Homme), une approche déontologique (procédure d'*accountability*) et le troisième sur l'intérêt social relatif à la gouvernance d'entreprise.

Nous montrerons comment l'usage de ces nouvelles normes ou standards contrevient à l'esprit du droit.

Chapitre 1. L'usage déviant des droits de l'Homme

« Une utopie se meurt. Celle des droits universels... Une ambition à atteindre couchée sur le papier il y a soixante ans sous la forme d'une Déclaration universelle des droits de l'homme. Un quasi-miracle. Peut-être un mirage. » (Caroline Fourest, La dernière utopie, menaces sur l'universalisme, Ed. Grasset, Paris, 2009, p.7)

La reconnaissance progressive d'une communauté internationale, impliquant d'autres sujets de droit que les Etats est une métamorphose. Même si ce nouveau droit public international se traduit essentiellement par de la « *soft law* », dont le moteur est plus souvent l'économique que l'éthique, il marque un progrès du droit universel, ou quasi universel dans une recherche d'uniformité pour le développement des biens communs mondiaux. Avec l'émergence d'une responsabilité sociale de l'entreprise (RSE), liée aux principes fondamentaux du développement durable, les entreprises, voire les générations futures, deviennent, ou sont susceptibles de devenir, sujets de droits à part entière.

Or, pas plus la RSE ou le développement durable ne sont des concepts juridiques (Meyer, 2005 ; Deumier, 2005, 2009a ; Neau-Leduc, 2006 etc.). Pas davantage la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme n'a de portée juridique obligatoire, à l'origine. D'application verticale, les droits de l'Homme avaient pour origine l'objectif de protéger les citoyens contre l'oppression de l'Etat : les droits civils et politiques étaient conçus comme des contre-pouvoirs, non des droits subjectifs de la personne humaine. Ce n'est qu'avec l'affirmation des droits économiques, sociaux et culturels que les droits de l'Homme ont été perçus comme le moyen ultime de la résistance à la loi du « tout marché », comme fondement possible d'un ordre économique post-national (Chevallier, 2004), où l'Etat se porte fort pour tout individu de ces droits objectivés.

L'ancrage des droits de l'Homme dans la vie économique est ainsi amorcé (Boy *et alii*, Introduction Renucci, 2009, p.6). Et ce n'est pas un effet de mode : l'humanité s'interroge de plus en plus sur la finalité de ces activités économiques et les entreprises doivent rendre des comptes sur leurs comportements à l'égard des individus et de l'environnement naturel (Capron et Quairel-Lanoizelée, 2010, p.3). Ce n'est pas, non plus, un hasard si Amartya Sen réaffirme que « la liberté est une responsabilité sociale » (2003, p.43). Mais quelle est l'efficacité des normes adoptées dans le cadre de la RSE, fondées sur des objectifs éthiques, produites pour l'essentiel sous une forme d'autorégulation spontanée, véritables instruments

parallèles, à la *lex mercatoria* et au droit posé par les Etats (Mazuyer, 2009, p.578)? Même la signification du mot droit évolue dans ce contexte de droit mondialisé (Jeanmaud, 1998).

Dans cette perspective holistique du droit, la distinction selon les sources des normes, publiques ou privées, tend à s'estomper. Mais la force normative du droit a diminué dans ce désordre et les conflits de normes n'ont pas été résolus au profit de la norme suprême : les droits humains. Aucune conditionnalité à l'application des droits de l'Homme à l'OMC n'existe. Loin s'en faut ! On assiste à de véritables « tendances régressives de l'évolution du droit contemporain » (Oppetit, 1990, p.317), un mouvement continu de dérégulation libérale où le foisonnement de normes se substitue à la loi : cette gouvernance privatisée (Pesqueux, 2007a) est une véritable menace pour l'humanité.

L'universalisme des droits de l'Homme s'essouffle, en effet, depuis la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme en 1948. La question est philosophique voire idéologique. L'affirmation que l'individu possède des droits propres, en tant qu'être humain, opposables à l'Etat dont il relève, se différencie radicalement des règles ordinaires du droit international public qui ne concerne en général que l'organisation des rapports entre Etats ou des institutions internationales. Les considérations humanitaires ont cependant pris le pas au lendemain de la seconde guerre mondiale et les principaux droits de la personne humaine ont été proclamés.

La question juridique n'est pas uniquement celle de leur singularité dans le cadre du droit international public (Dupuy, 2008, p.219 ; Halperin, p.233), mais essentiellement celle de leur effectivité. Il n'existe pas encore de Cour permanente des droits de l'Homme au niveau international. L'impuissance ou parfois même l'absence de volonté des Etats à faire respecter ce corps de normes conduit progressivement à une privatisation et une fragmentation du droit. Les droits de l'Homme prolifèrent et les déclarations régionales se multiplient¹⁹¹, chacune avec leurs spécificités culturelles (Koudé, 2005). Leur portée juridique varie en conséquence. Ce corps de normes est en construction permanente et forme un tout sans hiérarchie, dont l'indivisibilité prônée devient difficilement praticable. Le doyen Carbonnier considère qu'ils « désagrègent les institutions » par une exaltation des droits subjectifs, (Delmas-Marty, 2004b) dans un mouvement déshumanisant et déstabilisant (Mahmoud Mohammed Salah, 2002), car les enjeux deviennent contradictoires.

Les détracteurs des idéaux occidentaux ont eu peu de mal à s'engouffrer dans des brèches devenues béantes. Les droits de l'Homme qui les sous-tendent sont gravement menacés. Les

¹⁹¹ Environ 70 instruments conventionnels, dénombrés par le Centre des Droits de l'Homme des Nations Unies.

causes de cette crise sont nombreuses (Koudé, 2006). L'essor du droit transnational subi comme une transplantation des normes américaines, l'influence croissante des acteurs privés dans l'institutionnalisation du droit des affaires, menaçant les ordres étatiques, et l'impact des pratiques galopantes du droit commercial en marge du droit international public sont autant de facteurs de rapprochements purement formels liés à la globalisation, sans réelle convergence sur le fond. L'émergence de normes de plus en plus floues en quête d'effectivité, la dispersion et la marchandisation des instruments au détriment d'une recherche d'unité, la montée en puissance des thèses différentialistes au service d'intérêts divergents et destructeurs, donnent le sentiment que l'éthique n'est plus la boussole des droits de l'Homme, complètement détournés de l'esprit de leurs fondateurs.

Les moyens pour déjouer les pièges de la Tétranormalisation des droits de l'Homme sont à la fois politiques et juridiques : ils obligent à revenir sur les principes du droit international public et la définition d'un droit frontière entre le droit objectif et le droit subjectif et trouver les modalités pour le décliner dans le droit privé.

Peut-on alors partir du postulat que les droits de l'Homme ont vocation à l'universalité, selon le vœu de la Charte de Nations Unies, malgré leur diversité technique et géographique? La conformité à l'idéal démocratique, à l'Etat de droit et aux droits de l'Homme, érigée en fondement de l'Union européenne, est-elle un paradigme acceptable, voire préalable, pour tous les pays? Faut-il créer un noyau irréductible d'attributs inaliénables de la personne humaine, tentation de l'ordre public européen, pour paradoxalement sauver le caractère universel des droits de l'Homme ?

L'Europe, par la mise en place d'institutions dans l'Union Européenne, dans 28 Etats, du principe de la primauté du droit communautaire et de l'autorité des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, dans l'ensemble des 46 Etats parties à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, a-t-elle les moyens de faire prévaloir les droits de l'Homme, comme fondement de la RSE, dans sa sphère d'influence, auprès de parties prenantes puissantes ?

Nous montrerons à quel point les droits de l'Homme ont évolué selon un processus de normalisation complexe, au point d'être menacé par des dérives totalitaires de tous ordres, des risques de Tétranormalisation, écartelé par diverses contradictions internes. Enfin, nous tenterons d'évaluer le modèle européen des droits de l'Homme à l'aune de l'objectif de l'universalisme prôné par ses fondateurs.

Section 1. La relativité des droits de l'homme liée à un processus de normalisation complexe

Les droits de l'Homme ne sont pas une catégorie figée et heureusement (V. l'accès à l'eau potable, chapitre ci-dessus, devenu un droit de l'Homme depuis juillet 2010). Mais leur construction est liée à l'histoire, plus qu'à une recherche de codification cohérente : il n'y a donc pas de hiérarchie. De plus, l'ensemble a été posé comme étant un tout indivisible. Cette position idéologique n'est pas sans conséquence au niveau international d'un point de vue théorique et surtout d'un point de vue pratique. La RSE a alors accentué le phénomène de différenciation entre droits et droits fondamentaux, très contesté sur le plan conceptuel par les juristes (Lyon-Caen et Lokiec, 2005).

Sous-section 1. Stratification des droits de l'Homme

La stratification qui a résulté de l'histoire des droits de l'Homme explique également la diversité de ces droits subjectifs et de leur régime juridique.

1. Génération spontanée de droits ?

L'émergence d'un droit commun des hommes est sensible depuis deux siècles. Avec Aristote, l'éthique des droits de l'homme se dégage. C'est en effet à travers la notion de juste milieu que celui-ci tente une approche de l'humanité. Rome connaissait le droit des gens (*jus gentium*). Le citoyen est reconnu comme sujet de droit. C'était un droit concret qui traduit une appartenance à une même communauté où l'individu peut être sujet de droit international. L'arrivée de la chrétienté substitue à la loi naturelle, la loi et la justice. Jésus-Christ postule que les hommes sont égaux en dignité, quelle que soit leur condition humaine. Le christianisme est la première morale universaliste. Saint-Thomas d'Aquin va consacrer des développements au bien commun. Au XVI^{ème} siècle avec la Réforme, c'est la liberté de conscience contre l'Etat qui est affirmée. Ainsi, avec la *Magna Carta* (1215) déjà, puis l'*Habeas Corpus* (1679) et le *Bill Rights* (1688), l'Angleterre prône la liberté individuelle et la liberté politique, revendiquant un ordre juridique et l'application d'un procès équitable. C'est alors un courant *jusnaturaliste* qui prévaut, plus abstrait, qui prétend que l'homme aurait des droits inhérents à sa nature, parce qu'il appartient à une même communauté en raison de son espèce. L'idée d'un droit naturel va demeurer. Selon les époques, il s'oppose aux droits concédés par l'Etat.

La philosophie des droits de l'homme de l'après-guerre (« Plus jamais ça ! ») compense progressivement le vide éthique créé par la disparition des anciennes idéologies et se prétend neutre.

Mais le concept des droits de l'Homme au singulier est une idée de l'Occident. L'humanité est plurielle et la diversité des hommes et des cultures se traduit par différents droits des hommes (Yacoub, 2005). C'est un droit, au mieux, mis en commun (Delmas-Marty, 2005a).

La première génération de droits s'est focalisée sur la défense de la personne, ses libertés individuelles et politiques, et surtout, son autonomie par rapport à l'État. Défendre sa liberté se traduisait par une lutte contre les pouvoirs en place une revendication légitime parfois même contre la légalité... La seconde génération de droits s'est intéressée aux droits économiques, sociaux et culturels. On demande alors à l'Etat de protéger ou concéder ces droits. L'Etat providence est devenu un Etat qui garantit les libertés. La posture est inversée. L'antinomie de régime juridique explique d'un point de vue épistémologique leur résistance à figurer dans une même et unique convention internationale : deux pactes en sont donc issus en 1966. Aujourd'hui, une troisième génération de droits dits collectifs fondés sur une solidarité universelle autour de valeurs morales communes se rajoute aux précédentes : elle comprend le droit de l'environnement, le patrimoine commun de l'humanité, le droit au développement, le principe de précaution...

Mais comment qualifier, en réalité, la pauvreté ou la famine dans le monde ? Est-ce une violation des droits de l'Homme ou un obstacle à la jouissance des droits de l'Homme ? Les débiteurs ou les créanciers de ces droits sont encore plus difficiles à définir : l'Etat, les multinationales, les générations futures, les pays en voie de développement, les pays du Sud, les peuples...? On retrouve ces contradictions inhérentes à la nature des droits de l'Homme dans la RSE qui attestent, là encore, de l'ambiguïté du concept.

Parfois, derrière ces nouveaux droits subjectifs en gestation, apparaissent en filigrane de nouveaux pouvoirs. Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes souvent malmené par un droit d'ingérence à peine masqué par un devoir humanitaire et une volonté de répandre la démocratie soulève régulièrement une levée de boucliers (Delsol, 2004). Les entreprises ont-elles, dans ces conditions, le devoir de promouvoir les droits de l'Homme dans leur sphère d'influence, autrement dit, d'entrer dans un jeu politique...? (V. Partie 3)

L'interdépendance des acteurs ne s'est pas traduite par un droit mondialisé et unifié. Ce serait une utopie. Le droit humanitaire, nouvelle version du droit international public, le droit au développement durable, l'Etat de droit... ne sont pas perçus à l'identique sur tous les territoires, quand ils ont une signification. La diversité des êtres humains et des cultures

entraîne nécessairement la variété des systèmes juridiques et par-là même de conceptions des droits de l'Homme.

2. Diversité des droits de l'Homme

Le contenu des droits individuels ou collectifs de l'Homme est éclectique et contesté. Les droits collectifs préconisés par les socialistes représentaient la première thèse différentialiste. Les revendications des pays dits « non-alignés » ont accentué le phénomène.

Il est ainsi tout à fait symptomatique que le respect de la loi ou de l'Etat de droit, n'ait pas la même signification dans les pays occidentaux ou en Asie. Préalable en Occident, où les droits de l'Homme tendent à supplanter cette norme, ils représentent la mesure ou la norme étatique seule valable en Chine qui ne reconnaît pas de suprématie à la norme internationale. L'Etat de droit ne constitue pas l'institution effectivement qui fixe la hiérarchie des normes où l'individu est sujet de droit mais la source de toute disposition impératives à commencer par le droit pénal (Halperin, 2009, p.114). Le droit international n'est qu'un moyen de permettre la liberté contractuelle, il n'est pas une fin. Dans les pays de la *Common Law*, la fertilisation croisée du droit interne avec la jurisprudence internationale permet de ranger les droits civils et libertés au-dessus des Etats (*Habeas Corpus, Bill Rights*, Halperin, 2009, p.258). La codification française n'a pas automatiquement donné une valeur aux droits de l'Homme issu de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

L'universalité des droits de l'Homme est aujourd'hui critiquée au nom d'un certain relativisme (Delmas-Marty, 2004c) fondé sur le multiculturalisme (Koudé, 2006) et plus profondément par des mouvements politiques ou religieux (rapport Badinter, 2009¹⁹²). Mais comment prôner la diversité et considérer tous les droits de l'Homme imprescriptibles, interdépendants, indissociables ? Les défenseurs des droits individuels de l'Homme, c'est-à-dire des droits civils et politiques, sont aussi les « fossoyeurs » des droits de l'Homme et, à terme, de la démocratie qui, paradoxalement, est leur fer de lance, au nom de la liberté d'expression. Car prôner la diversité culturelle ou religieuse a conduit à accentuer le communautarisme et la montée en puissance de pratiques liberticides au nom de l'ethnologisme ou de la religion (Fourest, 2009, p.43). Egalement, la reconnaissance de la « discrimination positive », elle-même une interprétation du principe de l'égalité de droit, de catégories particulières, telles les femmes, les homosexuels, les handicapés... a achevé de

¹⁹² Rapport d'information du Sénat, n°246, par R. Badinter, annexe, 4 mars 2009.

diviser l'humanité en divers démembrements devenant sujets de droit à part entière... Or, ces nouvelles formes de différentialisme ont été engendrées par les prises de positions occidentales, qui constituent une remise en cause dangereuse de l'universalisme des droits de l'Homme et donc, une menace pour la démocratie (Delmas-Marty, 2004c). L'Organisation de la Conférence Islamique (17 membres au Conseil de l'Europe contre 7 pour l'UE) a eu peu de mal à s'infiltrer dans la brèche. La diversité n'est acceptable que si l'union sur les valeurs essentielles ne se trouve pas en minorité... ou il faut alors faire preuve de modestie et reconnaître le succès relatif et les failles du modèle proposé.

En outre, les droits de l'Homme étant considérés d'emblée comme un tout indivisible, aucun classement n'est possible pour les hiérarchiser. Les droits fondamentaux, cœur d'une philosophie de l'humanité, émergent difficilement dans ce désordre impuissant.

Sous-section 2. Absence de hiérarchie entre les droits de l'Homme

L'absence de hiérarchie posée comme un postulat donne la mesure de la Tétranormalisation en la matière : non seulement les droits de l'Homme entre eux peuvent être contradictoires mais parfois, ces droits interrogent sur leur efficacité du fait de la perte de sens engendrée.

1. Contradictions de normes de même valeur : de la *soft law* au *fuzzy law*

Les contempteurs de l'idéologie des droits de l'Homme ont beau jeu de pointer les contradictions internes de ce modèle. Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes s'oppose, en effet, au droit d'ingérence (humanitaire, écologique ?). Le droit à la vie privée est fortement affecté par le droit à la sécurité. Le droit à la religion vient heurter le principe de laïcité. Le droit de propriété laisse peu de place à l'émergence du droit au logement. Un nouveau droit subjectif peut même naître de la combinaison de plusieurs droits: le droit à la santé, le droit à un environnement sain et le droit à la vie donnent naissance au droit à l'environnement. Le droit à l'eau, bien commun mondial entre dans cette dernière catégorie. Mais ils demeurent pour beaucoup, une plainte. Quand ce n'est pas la juridicité qui est faible, c'est l'absence de recours ou de moyens offerts à la victime de violations des droits de l'Homme.

L'intégration parfaite dans les droits internes étant impossible, il en résulte aussi des divergences d'interprétation. Leur hétérogénéité, quant aux sources ou leurs méthodes d'uniformisation, est telle que leur validité est elle-même plurielle (Delmas-Marty, 2004a).

Certains auteurs évoquent même l'« herméneutique des droits de l'Homme » (Supiot, 2005, p.271).

Les sources formelles des droits de l'Homme sont nombreuses : Pacte international sur les droits civils et politiques et Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966; conventions sur la non-discrimination raciale, à l'égard des femmes; convention sur le génocide; convention sur les droits de l'enfant ; convention contre la torture (Dupuy, 2008, p.231, n°200). Au plan régional, la Convention interaméricaine des droits de l'homme lie aujourd'hui 25 Etats. En France, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, votée en 1789 est intégrée au bloc de constitutionnalité par une décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971. La Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales de 1950 parachève cet édifice occidental : elle est reconnue par 46 pays européens hormis l'Irlande et la Norvège. En 1981, l'Afrique décline les droits de l'homme à sa façon : c'est la charte des droits de l'Homme et des peuples ratifiée aujourd'hui par 52 Etats. De même, il existe une charte arabe des droits de l'homme depuis 1994, ratifiée par 18 pays en 2008 et une charte islamique des droits de l'Homme qui reconnaît une égale *dignité* de tous les êtres humains, mais refuse l'*égalité* de droit (Fourest, 2009, p.40).

Le droit souple devient aussi un droit flou, par des traductions tronquées, volontairement, et des enjeux de pouvoir sans précédents. Les mots sont des armes idéologiques : les droits de l'Homme représentent l'outil de prédilection. Jamais les décisions prises par des juges contre un pays pour violation des droits de l'Homme ne sont revêtues de l'*exequatur* si celui-ci ne reconnaît pas cette valeur aux droits de l'Homme, autrement dit, à l'être humain.

La « boulimie » (Pesqueux, 2007a, p.196) des sources informelles ou privées qui ont pris le relais, promouvant une véritable gouvernance privée, sans foi ni loi, parfois de manière agressive, obscurcit l'horizon des droits de l'Homme ou les rend totalement subsidiaires. Le paroxysme de cet univers régi par la guerre économique est le succès universel du Global Compact qui réduit le respect minimal uniquement à dix grands principes issus des droits de l'Homme, à une simple faculté, pour les entreprises.

A l'adage *dura lex, sed lex*, succède désormais l'adage *fuzzy law but soft law*...

2. Perte de sens des droits de l'Homme, perte d'efficience

Dans cette « hétéronormativité » (Amselek, 1982), même le « noyau dur » des droits de la personne humaine ne pénètre guère en pratique le monde des affaires. Pourtant l'OMC reconnaît dans son préambule la nécessité de faire des efforts positifs pour que les pays en développement, et en particulier les moins avancés d'entre eux, s'assurent une part de la

croissance du commerce international. Or, les PMP (Principes Méthodes de Production) préconisés par l'OMC font rarement l'objet de contrôle et donc de sanctions; ces dernières ne sont, de surcroît, guère dissuasives. Les clauses sociales sont souvent écartées au profit d'un plus grand libéralisme dans les échanges commerciaux internationaux dans un marché planétaire où la concurrence est forte. L'ORD (Organe de règlement des différends) les qualifie d'entraves ou de mesures protectionnistes de la part des pays où les droits sociaux sont élevés... Il est aussi tout aussi significatif de noter que seules les entreprises victimes de concurrence déloyale peuvent se plaindre auprès de l'OMC mais non les victimes d'atteintes aux droits de l'Homme elles-mêmes ou les ONG, qui n'ont que le terrain médiatique pour faire valoir leurs droits.

L'efficacité des droits de l'Homme laisse à désirer. Elle a pour conséquence la privatisation du droit, liée à un dépérissement de l'Etat nation. En droit international du commerce, les accords concernant le respect des droits de l'Homme sont peu contraignants: seuls les Etats demeurent responsables de la violation des droits de l'Homme sur leur territoire. Or, que peuvent-ils faire contre les violations des droits de l'Homme perpétrées par des entreprises transnationales dont le PIB (Produit Intérieur Brut) dépasse parfois le PIB de plusieurs Etats réunis ?

On assiste alors à un véritable *forum shopping* : chacun choisit sa sanction, son traité, met des réserves sur certaines clauses... Même le Global Compact a autorisé une sélection parmi les droits de l'Homme, pour permettre aux entreprises de respecter sinon tous les principes, du moins quelques-uns¹⁹³.

La Cour pénale internationale (CPI), créée en 1998, n'est compétente que pour statuer sur des crimes de guerre, ou contre l'humanité. Les litiges individuels lui échappent (Decaux, 2005); sa compétence est également subsidiaire : les Etats peuvent ainsi du fait de leur compétence de principe, laisser perdurer en toute impunité des violations des droits de l'Homme. De plus, ni la Chine, ni Israël, ni l'Inde n'ont ratifié le Statut de Rome; quant aux Etats-Unis, ils sont assez hostiles à la CPI.

La prédominance de la *soft law*, conduit à une privatisation du droit, où règne la loi du plus fort: la sanction se résume souvent à des dommages intérêts dissuasifs, sans lien direct avec les droits de l'Homme. Le droit international a toujours été le fruit d'un rapport de force. Les droits de l'Homme, malgré leur singularité, n'y échappent pas.

¹⁹³ <http://www.un.org/french/globalcompact/principes.htm>

Section 2. Nouveau risque d'hégémonie des pays occidentaux ou au contraire de Tétranormalisation du fait de la montée en puissance des thèses différentialistes?

Les droits de l'Homme vont donc aujourd'hui de paire avec l'Etat de droit et la démocratie. Mais, marqués par leur origine occidentale, ils sont dénoncés comme un prétendu « discours polysémique et hégémonique » (Koudé, 2006, p.910) qui porte atteinte à leur légitimité.

Sous-section 1. Conception occidentale des droits de l'Homme : quelle légitimité ?

La légitimité des droits de l'Homme est parfois remise en cause du fait d'un risque idéologique. Mais ce risque est très faible au regard du risque de Tétranormalisation, bien plus pernicieux, qui est à l'œuvre.

1. Risque idéologique

Le risque idéologique est grand lorsque les droits de l'Homme se traduisent par le concept de « l'humanité civilisée », c'est-à-dire celle imposée par les puissances occidentales. De l'autre, il y aurait l'autre partie du monde, qui ne respecterait pas les droits de l'Homme et par conséquent, ne serait ni humaine, ni civilisée... Cette conception a fait des ravages au temps des empires coloniaux. Le postulat est dangereux. Les résistances se font sentir à travers les nombreuses codifications nationales ou dans les traductions régionales des droits de l'Homme: la charte africaine insiste sur le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ; la charte arabe ajoute le droit de disposer de ses propres ressources... Les pays socialistes d'inspiration marxiste, quant à eux, situent les droits de l'Homme dans une perspective collective : ils sont plus sensibles aux droits économiques et sociaux, plus concrets qu'à une égalité de droit définie de manière très abstraite.

L'universalité buterait sur des impossibilités techniques à leur généralisation en raison des écarts entre pays pauvres et pays riches. L'influence de cette conception économique des droits de l'Homme est notable.

Les droits de l'Homme apparaissent encore comme un « règlement de copropriété »¹⁹⁴, c'est-à-dire comme une marchandise... Non respectés dans les pays tiers par certaines entreprises européennes, ils sont alors perçus comme du néocolonialisme ou à tout le moins comme du

¹⁹⁴ Madelin A., « Le droit est supérieur à tous les pouvoirs », Journal Le Monde, 18/06/1996, p.16

protectionnisme : en témoignent les comportements abusifs des multinationales dénoncés par les ONG. La confusion est alors grande entre l'intérêt privé général et l'intérêt général.

Façonnées par un système de pensée, les modalités réelles de gouvernance européenne trouvent leurs limites dans ce processus de transposition d'une grille de lecture commune. L'itinéraire de développement est propre à chaque nation en fonction de ses besoins (Calame, 2006). C'est une question de légitimité.

Mais quelle est sa nature ? S'agit-il de gouvernance à l'échelle mondiale ou même régionale ou de conventions avec réciprocité sur fond d'axiologie des Droits de l'Homme? Les droits des peuples à disposer d'eux-mêmes ne dispensent pas de réaliser des synergies utiles et des échanges de bonnes pratiques pour une meilleure coopération : sans s'imposer, les systèmes juridiques se juxtaposent ou se superposent. L'absence de hiérarchie est souvent notoire.

La diversité et l'ouverture sont-elles une chance pour la démocratie européenne fondée sur les droits de l'Homme ou un risque de perdre une certaine unité et cohérence?

2. Risque majeur de Tétranormalisation

En réalité, peu de parties prenantes ont les moyens de s'inviter pour s'exprimer et décider des choix collectifs. Le groupe des 77 à la CNUCED ne parvient pas à faire valoir la charte de la Havane de 1947. C'est encore la triade qui fixe les règles du jeu et le lobbying puissant des multinationales ne laisse que très peu de place aux ONG pour un rééquilibrage des pouvoirs. De nombreux auteurs dénoncent cette distorsion dans les échanges, véritable atteinte aux principes démocratiques, qui sape d'emblée le caractère universel de la démarche (Boy, 2003 ; Drexl, 2009) et les interférences dans le processus de décision, faussé par ces procédés. (Pesqueux, 2007a, p.66)

Bien mieux, le *boycott* des institutions par les ONG qui critiquent la surreprésentation des pays riches dans cette gouvernance prétendument globale, est régulièrement condamné¹⁹⁵. A cette disparité spatiale s'ajoute un état des ratifications qui laisse à désirer. La France, par exemple, a mis 24 ans pour ratifier la Convention européenne des droits de l'Homme et 14 ans pour reconnaître les deux Pactes de Nations-Unies. Tous les Etats n'admettent pas non plus le recours individuel soit devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme, soit devant le Comité des droits de l'Homme (Halperin, 2009).

La Norme internationale ISO 26000 tente de rétablir l'équilibre entre le Nord et le Sud, mais elle n'est, en réalité, qu'une ligne directrice d'application volontaire de la responsabilité

¹⁹⁵ Boy L. et Reis P., « Libertés économiques et Droits de l'Homme », in Droit économique et Droits de l'Homme, préc., p.269

sociétale dans les organisations, sans certification aucune. Tout est mis en œuvre pour « démoraliser la responsabilité sociale » (Benseddik, 2006, p.91) : c'est le maniement du droit au service des parties prenantes les plus puissantes qui domine, en marge du droit international public. Les entreprises dérogent au droit et l'ISO invente des classifications intermédiaires de normes dites « comportementales ».

Les droits de l'Homme prônent un nouveau modèle de gouvernance mondiale. Or, même les entreprises personnes morales peuvent revendiquer l'application des droits de l'Homme à leur profit (Flauss, 2005, p.485). La question humaine est laissée en suspens derrière la création des droits de la personnalité juridique. La liberté d'entreprendre a été ainsi jugée plus importante que certaines atteintes à des droits sociaux, dans les arrêts Viking (CJCE 11 déc. 2007, aff. C. 438-05) et Laval (18 décembre 2007, aff. C. 341-05)¹⁹⁶. Tout est une question de proportion ! Les principes sont supplantés par le critère de la méthode d'interprétation fixée dans le Livre Blanc de la Gouvernance européenne. Une véritable inversion des principes contrarie l'esprit des textes. Le flou du droit (*fuzzy law*) fait son entrée sur la scène internationale répondant à l'absence de hiérarchie dans les droits ou les valeurs. Il se traduit à la fois par une perte du droit objectif comme référence et la montée en puissance des normes d'origine privée, administratives, techniques voire politiques (telle ISO 26000).

La normalisation des droits de l'Homme avec le jeu des réserves est à plusieurs vitesses : les droits de l'Homme perdent en lisibilité. Bien pire, ils sont parfois instrumentalisés au détriment de leur efficacité.

D'autres conditions sous-jacentes fixées par les puissances occidentales accentuent le phénomène de Tétranormalisation.

Sous-section 2. Corollaires : démocratie, Etat de droit ?

Les droits de l'Homme sont un enjeu de pouvoir des démocraties occidentales. Le corollaire démocratie, Etat de droit et droits de l'Homme est-il indivisible ?

1. Démocratie : une condition des droits de l'Homme

La démocratie libérale et l'Etat de droit apparaissent comme un « nouvel ordre international », garantissant les libertés fondamentales, voire un principe de droit positif (Dupuy, 2008, p.252). Pour assurer sa pérennité, la démocratie occidentale doit essaimer (Lamy, 2004). Mais la diffusion des droits de l'Homme, avec son corollaire, la démocratie, ressemble à une

¹⁹⁶ Dockès E., « Sens et contresens dans la jurisprudence relative aux droits de l'Homme dans les entreprises », in *Droit économique et droits de l'Homme*, p.245s.

nouvelle forme de croisade. « Elle se caractérise par l'organisation de la guerre et des règles qui l'encadrent » (Nancey, 2004, p.34), comme, par exemple, la guerre contre l'Irak, décidée unilatéralement par les Etats-Unis. La réaction du *djihad* islamique (« guerre sainte ») revêt-elle dans ses conditions un aspect défensif ou offensif ? Les droits de l'Homme sont, en effet, considérés comme indivisibles et fruits de la démocratie. Conditions des échanges avec certains Etats, ils représentent une ingérence inacceptable. Les pays de droit musulman, par exemple, n'admettent pas l'atteinte portée à la cohérence du Coran, lui aussi indivisible, par l'admission de la laïcité, nouvelle religion de l'Occident, perçue à tout le moins comme une provocation, parfois même, comme une menace pour l'Islam, d'où le réveil des « identités meurtrières » (Maalouf, 1998), peu propice à la paix dans le monde.

Car la conception occidentale des droits de l'Homme privilégie le respect des droits individuels et des libertés civiles et politiques. La soumission à la démocratie libérale et à l'Etat de droit est manifeste, comme marque d'un nouvel ordre international au profit de l'Occident. Le monopole de la violence légitime reviendrait-il uniquement aux grandes puissances qui par un jeu de dominos entraîneraient les autres ?

« Le label 'Etat de droit' est devenu une exigence *de facto* pour tous les Etats aspirant à la légitimité ou la reconnaissance internationale. Une conditionnalité démocratique se dessine par laquelle l'aide internationale ou la reconnaissance ne peuvent être octroyées qu'aux nations se pliant aux exigences formelles et matérielles de l'Etat de droit » (Benyekhlef, 2008, 229-230).

Or, la démocratie ne dispose pas non plus de tous les moyens de se protéger contre une prise de pouvoir par un dictateur : le nazisme au pouvoir en Allemagne est le résultat d'une spoliation « légale » de la démocratie en Allemagne en 1933. L'ingérence des pays occidentaux suite aux résultats des élections en Algérie en 1991, qui ne convenaient pas à la communauté internationale, rappelle que, sans l'Etat de droit, la démocratie n'est jamais qu'un régime politique régi par la loi du nombre (Delmas-Marty, 2004b, p. 375). Sans le respect du multipartisme et de la liberté d'expression, la démocratie disparaît en fait.

Certains juristes férus de droits de l'Homme considèrent que leur application stricte ne permettrait pas à une démocratie virtuelle de prendre le pas sur la démocratie réelle. Les Etats de l'Union soviétiques s'appelaient démocraties socialistes. Les Chinois rêvent d'établir une dictature de la démocratie (Supiot, 2005)...

C'est aussi toute la menace que fait peser le *lobbying* sur la démocratie. Contre cette menace, la Cour Européenne des Droits de l'Homme préconise la plus grande rigueur. Il n'a effectivement pas échappé aux juges que la pensée unique et l'absence de liberté d'expression

corrélative étaient le propre de toute forme de totalitarisme. Ainsi il a été jugé que la liberté d'expression était plus fondamentale que le droit de la concurrence pour soutenir des associations de militants écologistes ou la recherche scientifique¹⁹⁷.

Mais cette théorie, fondée sur l'idée de l'objectivité ou d'indivisibilité des droits de l'Homme justifie aussi le droit d'ingérence pour aider un pays tiers, victime de violation des droits de l'homme...

2. Indivisibilité des droits de l'Homme : une apparence trompeuse?

La doctrine libérale prévaut, surtout depuis la chute du mur de Berlin, faute d'autre alternative au pouvoir politique en place comme fondement des droits de l'Homme¹⁹⁸. Mais l'économie de marché compose actuellement avec les droits de l'Homme, plus qu'elle ne les respecte. Les marchands du droit pratiquent même une sélection parmi les droits de l'Homme. En atteste le succès du Global Compact, où la référence aux normes sur les droits de l'Homme n'est plus qu'implicite. La définition de l'indivisibilité des droits de l'Homme est à géométrie variable. L'Europe se protège. Les droits de l'Homme sur leur territoire sont mieux respectés que dans divers pays où les droits sociaux sont parfois bafoués par ses propres entreprises qui délocalisent. On exporte notre modèle uniquement pour préserver nos démocraties et nos droits acquis.

Plus grave, le droit du commerce international n'est pas soumis au respect des droits de l'Homme. L'ONU ou l'OIT ne contrôlent pas l'OMC (Dubin, 2001, Frison-Roche, 2002). C'est l'existence même des droits de l'Homme qui est en cause dans le monde marchand, du fait de son absence d'universalisme, d'indivisibilité et de primauté (Delmas-Marty, 2004c).

L'impérialisme économique n'est pas une vue de l'esprit. Si la mondialisation économique a profité à tous (Chevalier, 2008), l'écart entre pays riches et pauvres se creuse chaque jour davantage. Le rapport du PNUD en 2001 fait état de cette distorsion : 1% des pays les plus riches du monde détiennent un revenu cumul égal à celui des 57% les plus pauvres. Le droit commercial progresse très vite, « véritable TGV du droit ! » bien plus vite que les droits de l'Homme (Delmas-Marty, 2005a, p.10-11).

Les droits fondamentaux font l'objet d'une « instrumentalisation galopante » (Dreyer E., La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, D. 2006, p.748) : la dimension

¹⁹⁷ Teller M., « Les droits de l'Homme de l'entreprise », in Droit économique et droits de l'Homme p.257 citant l'affaire Hertel c./Suisse (micro-ondes) 25 août 1998, sur la liberté d'expression en matière de santé publique ; Greenpeace c/Areva...

¹⁹⁸ Les partis anarchistes, Verts ou Altermondialistes au nom du développement durable présentent une autre alternative.

technique du droit est privilégiée à sa dimension éthique. « Un véritable ancrage des droits de l'Homme dans la vie économique » est en train de se produire (Boy, Racine *et alii*, 2009, p.6) : les droits subjectifs ne sont jamais que des prérogatives accordées à quelques-uns. Les droits de l'Homme pourraient-ils prétendre à devenir une norme de droit objectif ?

Conclusion

Le flou du droit est né de la perte d'un « droit référence » (Delmas-Marty, 2004b) au profit de normes purement techniques et une prolifération de sous-catégories qui pollue le débat ou fait perdre l'essentiel de la matière ou de l'esprit des droits humains.

Le risque majeur de Tétranormalisation peut être ainsi conjuré par un retour aux sources du droit. L'influence croissante de la jurisprudence de la Cour européenne au sein même de l'UE offre des perspectives intéressantes, d'unification et d'application effectives de droits de l'Homme. Les droits des peuples à disposer d'eux-mêmes ne dispensent pas de réaliser des synergies utiles et des échanges de bonnes pratiques pour une meilleure coopération : sans s'imposer, les systèmes juridiques se juxtaposent ou se superposent. L'absence de hiérarchie est un handicap.

La structuration de l'Union européenne, par l'établissement d'institutions, à vocation supranationale, et le compromis, sans cesse renouvelé, entre les pays de droit romain-germanique et les pays de la *Common Law*, fait ainsi figure de modèle de gouvernance. Mais ce modèle, sur lequel s'est greffée la Charte des droits fondamentaux, dispose-t-il d'une légitimité hors du temps et de l'espace originel pour tout Etat? Synthèse de plusieurs systèmes juridiques, construction récente, souple et contraignant à la fois, est-il suffisamment solide, élastique et original, pour devenir une base universelle ? La prétention des droits de l'Homme à devenir une référence universelle n'est plus à démontrer. Mais l'ineffectivité des droits de l'Homme dans de nombreux Etats laisse pensifs. Avant d'être condamnées, même dans les affaires les plus médiatisées, les multinationales savent utiliser tout un arsenal juridique et judiciaire pour éviter d'être jugées ou pour obtenir, même à l'issue d'un procès au long cours, une transaction. Peu de jurisprudence internationale, car peu d'affaires arrivent à leur terme. C'est une question de rapport de force. L'impunité en matière de violation des Droits de l'Homme a laissé l'impression d'une véritable « hypocrisie collective » (Bourdieu, 1986, p.3) ou d'une utopie irréalisable.

Chapitre 2. Le *comply or explain*, un modèle d'inversion des principes

L'apparition en France, depuis une vingtaine d'années, des codes privés de gouvernement d'entreprise, venus des Etats-Unis, interroge à nouveau sur les mutations de l'Etat, le rôle des nouvelles instances de régulation, comme l'AMF, et le poids des acteurs économiques, tels les investisseurs institutionnels. Une nouvelle catégorie de norme privée est née, très souple, qui s'élabore en dehors du processus législatif habituel, quoique reconnue par les pouvoirs publics, et ce, dans toute l'Union européenne. Le cas français retiendra plus particulièrement notre attention comme étant révélateur des tensions entre deux modèles historiques de gouvernance, actionnariale et partenariale, auxquels se superposent deux instruments juridiques très différents, la *soft law* et la *hard law*, qui, par la figure imposée du *comply or explain* (se conformer ou s'expliquer), s'entrechoquent dans le but de favoriser le modèle de gouvernance actionnariale. Imposée par la directive européenne 2006/46 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006, la règle d'origine britannique du *comply or explain*, destinée à permettre l'application de ces codes élaborés par des instances représentatives des entreprises, a été transposée en France par la loi n°2008-649 du 3 juillet 2008, de façon très alambiquée et atténuée par rapport au Royaume Uni, puisque les sociétés françaises ont la possibilité, non seulement de déroger au code de gouvernance mais aussi, de ne pas l'appliquer du tout. De manière paradoxale, l'articulation entre ces nouveaux instruments du droit souple et la loi française, parce qu'elle est culturellement plus empreinte de droit dur – ou encore appelé *Civil Law* - a été traduite par l'obligation d'appliquer un code de référence, et également, par la faculté de ne pas se référer à un code, autrement dit par une « obligation facultative ». Cet oxymore masque un bras de fer entre pouvoirs publics et acteurs économiques, en l'espèce les dirigeants des entreprises cotées qui ont érigé une norme privée (code de gouvernance) et déterminé les modalités d'application de celle-ci (*comply or explain*) dans l'unique dessein de résister aux normes publiques. Le législateur européen (par la *soft law*) et français (par une mesure de *hard soft law*) n'ont pas tranché dans ce conflit de pouvoirs en adoptant une norme, finalement très « bâtarde », sous la pression, non pas des actionnaires mais des dirigeants d'entreprise.

Or, la tendance s'aggrave, car au-delà des codes de gouvernance pour laquelle son application était initialement requise, la méthode dite *comply or explain* s'étend progressivement à toutes

les déclarations portant sur des données ESG et devient l'outil de prédilection de l'*accountability* (ou responsabilité liée à l'obligation de rendre des comptes). Dans la nouvelle stratégie Europe 2020, l'Union européenne « affirme l'existence d'un lien inextricable entre la responsabilité des entreprises et la gouvernance d'entreprise »¹⁹⁹.

L'écueil majeur d'une transposition d'un outil décontextualisé est un choc des cultures qui peut conduire à des transgressions (Babeau et Chanlat, 2008 ; Bréchet *et alii*, 2008) : loin de la conformité (respect de la règle et de son esprit), le conformisme (respect de la norme et des usages) tend à s'installer dans une spirale d'impunité, renforcée par le rôle subsidiaire désormais joué par l'Etat. Tout récemment, l'Etat français a ainsi renoncé à exercer un contrôle sur la gouvernance des entreprises privées. En contrepartie, l'AFEP et de le MEDEF viennent de réviser leur code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, en particulier sur la question sensible des rémunérations des dirigeants (14 juin 2013) et de créer un Haut Comité de suivi de l'application de leur code. Or, si l'AMF, autorité publique, n'était dotée que de faibles moyens pour agir, il est certain, que ce haut comité, quant à lui d'origine privée, ne pourra en disposer davantage. Non seulement l'Etat n'adoue plus la norme, mais il n'en est plus le garant.

La force normative dont se pare le concept de « *comply or explain* », notamment par le truchement du droit privé européen, peut donc conduire la gouvernance des entreprises, qu'il s'agisse du modèle actionnarial ou partenarial (Charreaux et Desbrières, 1998), dans une chausse-trappe, faute d'obligations contraignantes uniformisées et contrôlées, d'une part, et de réelles sanctions applicables, d'autre part. La transposition du concept de *comply or explain*, dans de nombreux pays de l'Union européenne, et, en particulier en France, s'avère donc une forme dévoyée d'*accountability* car la flexibilité dans la mise en œuvre de ce mécanisme, inspiré du modèle britannique, pour permettre une différenciation socioculturelle ou sectorielle, apparaît inversement proportionnelle à la rigueur qu'exigerait un très haut niveau de transparence. Les entreprises cotées, tenues légalement d'appliquer un code de référence, et, à défaut, de s'en expliquer, sont soumises à une mesure de *soft law*. Et l'évolution des pratiques démontre, un certain conformisme, dont l'objectif sous-jacent semble la création d'un espace de non-responsabilité. Cette tendance inédite à négocier la conformité juridique fait courir le risque d'une perversion des principes par l'option légale du *comply or explain*

¹⁹⁹ Résolution au Parlement européen du 6 février 2013 sur la responsabilité sociale des entreprises : promouvoir les intérêts de la société et ouvrir la voie à une reprise durable et inclusive (2012/2097) INI.

pour appliquer une norme privée de gouvernement des entreprises qui tend à se substituer progressivement à l'obligation de rendre des comptes, c'est-à-dire l'*accountability*.

C'est donc avant tout une question avant tout éthique, de responsabilité des organisations, qui est posée à travers l'analyse de ces concepts venus d'ailleurs. Après avoir rappelé en quoi la logique de *comply or explain* se rapporte historiquement aux codes privés de gouvernance dans le but de diffuser un modèle de gouvernance dominant à orientation actionnariale et ce, jusqu'en France (section 1), nous soulèverons les principales pierres d'achoppement contre lesquelles risque de buter la gouvernance des entreprises par la mise en œuvre du *comply or explain*, qui, de simple mécanisme a été érigé en véritable principe, en lieu et place du principe de responsabilité (section 2).

Section 1. Se conformer ou s'expliquer comme mise en œuvre des codes de gouvernance

Le mécanisme de *comply or explain* repose sur une obligation de déclaration qui peut être doublée d'une obligation de rendre des comptes ou de s'expliquer en cas de non-conformité. C'est une forme d'*accountability*. A l'origine, il était destiné à l'application des codes de gouvernement d'entreprise. Nous sommes donc en présence d'une forme de « matérialisation » du principe de transparence qui va au-delà du fait de se « mettre sous le regard des autres » (Pesqueux, 2012, p.103), puisqu'elle inclut celui de répondre de ses décisions et actes devant autrui, premier pas vers la responsabilité. Qu'il s'agisse d'une capacité ou d'une obligation à rendre des comptes, la notion d'*accountability* est au cœur des codes de gouvernance (Wirtz, 2006) et le dispositif du *comply or explain* associé est « le ressort de la transparence » (Deumier, 2013b, p.81).

Si le verbe « *comply* » en anglais dénote à la fois le fait de se soumettre à des exigences particulières, et celui de satisfaire celles-ci, le verbe « se conformer » ou « appliquer » – retenu pour la traduction en langue française – vise le respect d'une norme. Remarquons néanmoins que l'acte de conformité volontaire (*compliance*) aux recommandations présentes dans les codes relève plus de la contrainte que d'une faculté. Le glissement qui s'est opéré, en une décennie, du vocable de « *comply or explain* » vers celui de « *apply or explain* » témoigne d'une extension ou d'un durcissement de la contrainte. C'est la résultante du couplage des obligations. Il s'agit tout aussi bien de fournir des informations, d'en apporter l'exactitude, que de se conformer aux recommandations ou de rendre des comptes d'un non-respect de ces dernières.

Sous-section 1. Une forme originale d'*accountability*

Formulée au début des années 1990, au Royaume-Uni, comme réponse aux pratiques de gouvernance d'entreprise défailtantes, la procédure du *comply or explain* a traversé la Manche pour se diffuser, à travers la promotion des institutions européennes, à la plupart des systèmes de gouvernance continentaux. Mécanisme clef d'un modèle de gouvernance actionnariale, le concept « *comply or explain* » est devenu, en Europe, un « principe structurant du gouvernement d'entreprise » (Pouille, 2011, p. 131) sous forme de régulation douce.

1. Le *comply or explain*, un concept britannique de régulation douce

L'expression apparaît, pour la première fois, en 1992, outre-Manche, dans le Rapport Cadbury qui consacre l'entrée de la gouvernance d'entreprise dans le droit international des sociétés cotées (Fasterling et Duhamel, 2009) et émet un certain nombre de recommandations prenant la forme d'un Code de Bonnes Pratiques. En termes pratiques, le mécanisme du *comply or explain* oblige les sociétés cotées, sur le London Stock Exchange, à déclarer dans quelle mesure elles appliquent les recommandations des codes de bonne gouvernance et/ou à rendre compte des possibles écarts aux dispositions évoquées par ces mêmes codes.

L'approche britannique, que l'Europe fera sienne, est en matière de régulation des pratiques de gouvernance différente de l'approche légaliste des Etats-Unis, consacrée par le vote du Sarbanes-Oxley Act (2002). Au lieu d'une réglementation prescriptive, le Royaume-Uni a préféré une forme de régulation douce, pour apporter aux actionnaires la garantie que leurs capitaux soient bien gérés, par l'adoption d'un outil de la transparence, destiné à faire respecter des normes de conduite non contraignantes. L'énoncé du principe d'action de *comply or explain* contient, dans son essence, une approche volontaire et flexible, caractéristique de la conception britannique de la régulation : l'objectif historique était d'inciter les entreprises à adopter l'esprit plus que la lettre du Code (Arcot *et alii*, 2010). Les travaux précités montrent toutefois que le *Combined Code of Corporate Governance*, publié en juin 1998, consolide les travaux et recommandations du Rapport Cadbury a plus encouragé la « *compliance* » (conformité) que l'explication. La logique du mécanisme, qui repose sur l'option de ne pas appliquer ou d'appliquer partiellement un code, explique ce manquement.

L'obligation de rendre des comptes, selon la méthode du *comply or explain*, s'établit au regard des recommandations composant les codes de gouvernance dont la diffusion en Amérique du Nord, puis en Europe, date des années 1990. Si ces codes peuvent revêtir différentes appellations – codes de meilleures pratiques, de référence, de bonne conduite, de bonne gouvernance, etc. – ils laissent tous entendre, qu'en matière de gouvernance, existent

des pratiques modèles et une conduite idéale (Wirtz, 2006). Or, tels qu'ils sont émis et diffusés à l'échelle internationale (Ploix, 2003, p. 131-135), les codes de bonnes pratiques renvoient à un ensemble de critères standardisés dont la définition généralisable à un grand nombre d'entreprises semble difficile. Conçue à l'origine pour répondre de façon flexible aux caractéristiques du marché britannique et aux particularismes sectoriels, la logique du *comply or explain* devait permettre de s'adapter à des situations et des modalités de gouvernance culturellement très diverses sans que les principes soient altérés (De Cordt, 2009). Néanmoins, cette logique a rapidement accompagné la promotion de bonnes pratiques de gouvernance standardisées qui traduisent une conception particulière de la gouvernance, celle de la gouvernance financière, d'origine anglo-américaine, modèle de gouvernance de référence pour les sociétés cotées (Albouy, 2011).

2. Traductions en Europe du concept « *comply or explain* »

Le régulateur européen a introduit le concept de *comply or explain*, en 2005, dans le cadre du Forum européen sur le gouvernement d'entreprise en précisant que ce principe devenait la base de l'approche européenne du gouvernement d'entreprise fondé sur des codes (Vignial et Maison-Blanche, 2006). Il faut, toutefois, attendre la publication de la directive 2006/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006, pour que soit rendue « obligatoire une déclaration de gouvernement d'entreprise au regard du code de référence, ou même dans les cas de choix de pratiques allant au-delà des exigences requises par le droit national » et que soit confortée la logique de *comply or explain* (IFA, 2013, p. 3)²⁰⁰.

La base de l'approche européenne du gouvernement d'entreprise repose sur la transparence et se traduit par une obligation d'information issue de la directive 2006/46/CE. Entre droit dur (*hard law*) et droit souple (*soft law*), selon les cultures juridiques, le compromis préconisé par la méthodologie du *comply or explain* s'est imposée dans tous les Etats (Roquilly et Collard, 2009 ; Tchotourian, 2011). L'idée était d'engager la responsabilité des conseils d'administration ou comités d'audit créés *ad hoc*, devant les actionnaires. La flexibilité de la mesure devait être ainsi contrebalancée par l'effectivité plus grande donnée aux droits des actionnaires, notamment par l'information. L'économie générale du dispositif repose *in fine* sur l'hypothèse d'un marché de capitaux suffisamment mature pour influencer et réguler le jeu des acteurs économiques (IFA, 2013, p.11).

²⁰⁰ Institut Français des Administrateurs (IFA), « Comply or Explain », Guide pratique de mise en oeuvre, 2013

Ces codes connaissent un relatif succès : ils sont traduits dans différemment selon les cultures et dans tous les Etats européens. Hélène Ploix (2003) présente dans son ouvrage (annexe 3, p.131 à 135) la liste de tous les codes connus au niveau européen et mondial.

Quelques années après la transposition de la directive européenne, le Livre Vert de la Commission européenne « Cadre de la gouvernance d'entreprise dans l'UE » (15 avril 2011) considère que l'approche *comply or explain*, souple et adaptée à toute forme d'entreprise, en fonction de sa taille ou de son secteur d'activité, contribue à « la responsabilisation des entreprises, en les encourageant à vérifier si leurs pratiques de gouvernance sont appropriées et en leur fixant un objectif »²⁰¹. En lien avec l'OCDE et l'Union européenne, la *Global Reporting Initiative* (GRI) préconise une formule similaire : « *report or explain why not* » en matière de performance ESG²⁰².

Toutefois, la Commission européenne n'exclut pas des mesures plus contraignantes que de simples recommandations pour réaliser certains ajustements ou protéger davantage les actionnaires minoritaires. La France a privilégié, quant à elle, le cadre légal de la *soft law*.

Sous-section 2. L'adaptation à la française du mécanisme du *comply or explain*

Les pays de tradition de droit civil, parmi lesquels figure la France, ont adopté plus tardivement les codes de gouvernance que les pays de la « *Common Law* » (Magnier, 2008 ; Wirtz, 2008b), n'y étant pas familiers. Suite au scandale Enron notamment, les doutes quant à l'effectivité et l'efficacité de ces codes venus d'outre Atlantique expliquent également les réticences à adopter ces outils de la *soft law*.

Néanmoins, les premiers acteurs mobilisés en France par la diffusion et l'adoption de pratiques de bonne gouvernance furent les dirigeants de grandes entreprises françaises, aux côtés de l'organisation patronale du CNPF²⁰³ et de l'Association française des entreprises privées (AFEP). Bien que les dirigeants français insistent, dès 1995, dans le rapport Viénot 1, sur la formulation d'une gouvernance à la française, mobilisée autour de la poursuite d'un objectif d'« intérêt social » (V. chapitre suivant), plus large, en apparence, qu'une vision américaine, purement libérale, centrée sur l'intérêt des associés exclusivement selon Milton

²⁰¹ Livre vert de la Commission européenne « Cadre de la gouvernance d'entreprise dans l'UE », 2011 : p. 21.

²⁰² « *Input by the Global Reporting Initiative (GRI) to the European Multistakeholder Forum on CSR* », *Plenary Meeting*, 29 – 30 Novembre 2010.

²⁰³ Le Conseil national du patronat français s'est transformé et a donné naissance au Mouvement des entreprises de France (MEDEF) en 1998.

Friedman, l'analyse des principaux codes de gouvernance français révèle un alignement progressif sur le modèle de gouvernance actionnariale (Boncori, 2011, Wirtz, 2008b).

La réception du mécanisme du *comply or explain*, quant à lui, d'origine purement britannique, destiné à favoriser l'application de ces codes, a été encore plus délicate compte tenu de son incongruité à autoriser le non-respect à la fois de la norme privée (le code de gouvernance) et de la norme publique le prescrivant (la loi). Le choc des cultures juridiques produit, en France, une obligation à double détente, qui mérite des développements, pour comprendre les modalités subtiles choisies, dans le respect de la hiérarchie des normes, entre normes publiques et normes privées. Mais l'esprit cartésien se contente d'un cadre légal souple, très mou et doux, à la différence de ses homologues britanniques ou belges (Tchotourian, 2011).

1. L'obligation de transparence à double détente

C'est l'article 26 de la loi n°2008-649 du 3 juillet 2008 qui intègre pour la première fois le mécanisme du *comply or explain* dans le dispositif législatif français, en contraignant les entreprises cotées à produire, chaque année, une « déclaration de conformité au code de gouvernement d'entreprise ». La loi française exige une référence au code de bonne conduite élaboré par les organisations représentatives des entreprises auquel le rapport du président du conseil d'administration (article L. 225-37 alinéa 7 du code de commerce) ou du conseil de surveillance (L.225-68 alinéa 8 du même code) devront se référer, sinon les formes d'autorégulation adoptées pour se conformer directement à la loi sans l'intermédiaire d'un code de gouvernance : *« Lorsqu'une société se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises, le rapport prévu au présent article précise également les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été. Se trouve de surcroît précisé le lieu où ce code peut être consulté. Si une société ne se réfère pas à un tel code de gouvernement d'entreprise, ce rapport indique les règles retenues en complément des exigences requises par la loi et explique les raisons pour lesquelles la société a décidé de n'appliquer aucune disposition de ce code de gouvernement d'entreprise. Le rapport prévu au présent article précise aussi les modalités particulières relatives à la participation des actionnaires à l'assemblée générale ou renvoie aux dispositions des statuts qui prévoient ces modalités. [...] Le rapport prévu au présent article est approuvé par le conseil d'administration (ou le conseil de surveillance) et est rendu public. »*

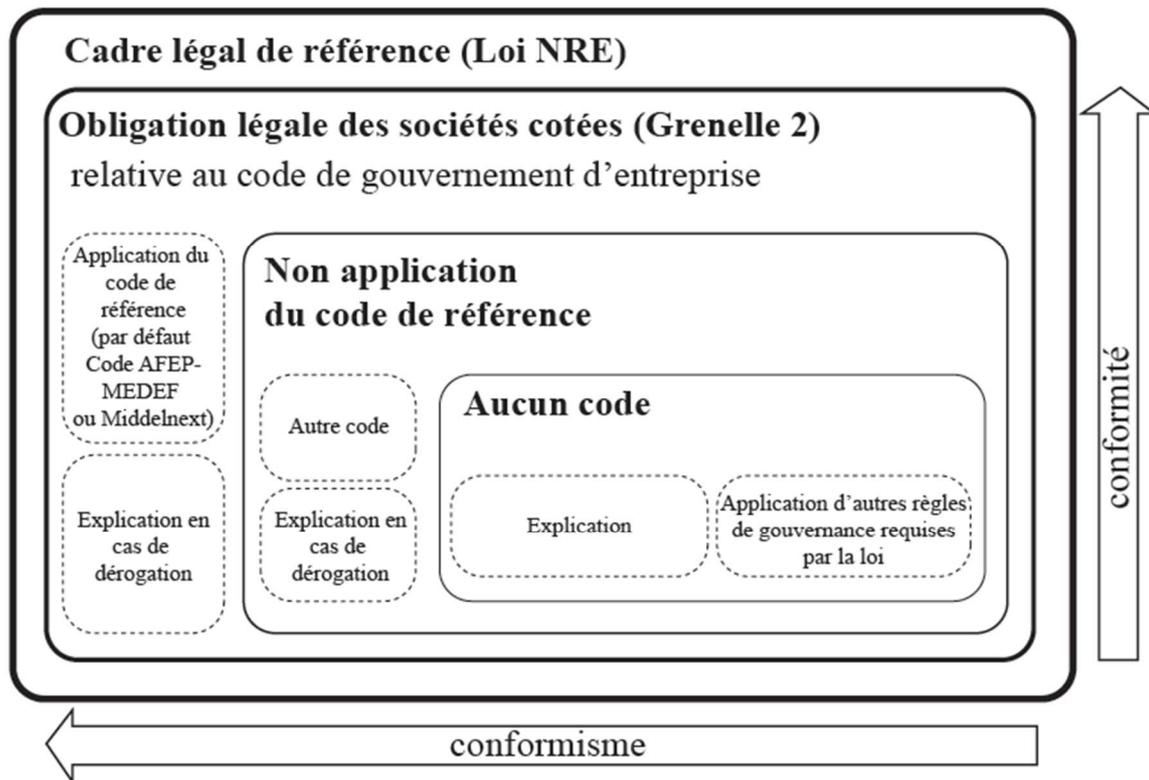


Figure 24 Les obligations françaises en matière de code de gouvernement d'entreprise

Le déploiement du modèle français est pour le moins original car il démontre le cas échéant la difficulté dans un pays de *Civil Law* de se départir complètement d'un substrat légal ou réglementaire. Il se traduit par la formule suivante : « *Apply or explain, and if you apply, comply or explain* » (Fasterling et Duhamel, 2009, p.136) avec effectivement une hiérarchie très précise : on peut choisir de ne pas s'appuyer sur un code de gouvernement d'entreprise, mais il faut alors expliquer les règles adoptées en complément des exigences requises par la loi (1^{ère} branche); ou alors, si on applique un code de gouvernance, il faut se conformer à ce code ou s'expliquer (2nde branche). Il ne s'agit pas d'une obligation de conformité pure et simple. La loi prend un caractère supplétif et non subsidiaire, ce que Pascale Deumier (2009b, p.165) nomme « la force normative optionnelle ». La contrainte devient relative. Pour autant l'obligation de s'expliquer sur les dérogations ou les écarts, devrait tempérer cette affirmation (Magnier, 2008).

La loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite loi Grenelle II, par un juste parallélisme des formes, demande également aux investisseurs institutionnels (sociétés de gestion, OPCVM, SICAV...) de rendre des comptes dans leurs

choix d'investissements selon des critères ESG, par rapport à un code français de transparence ISR (Investissement Socialement Responsable). L'article L.533-22 du code monétaire et financier renvoie alors aux dispositions réglementaires pour les modalités de l'*accountability* au cœur de la réforme française sur la sécurité financière par application du système du *comply or explain*. L'article D. 533-16-1 du code monétaire et financier issu du décret n°2012-132 du 30 janvier 2012 énonce ainsi paragraphe 2° que certaines sociétés de gestion de portefeuilles doivent donner une « *description de la manière dont les résultats de l'analyse sur des critères relatifs au respect d'objectifs sociaux, environnementaux et de qualité de gouvernance sont intégrés dans le processus d'investissement et de désinvestissement ; le cas échéant, description de la manière dont les valeurs non appréciées sur la base de ces critères sont prises en compte* » et ce, sur le site internet de la société de gestion, et dans le rapport annuel de chaque organisme de placement collectif en valeurs mobilières géré. L'article ajoute *in fine* « *Ces informations peuvent être présentées selon un code élaboré par une association professionnelle. Dans ce cas, la société de gestion précise en préambule le code retenu* ».

Mais, ces obligations légales ou réglementaires à l'encontre des entreprises, d'une part, dotés ou non de code de gouvernance, et d'autre part, des émetteurs de titres financiers ou des investisseurs institutionnels ne sont assorties d'aucune sanction juridique.

2. Un cadre légal doux et très mou

Rien ou presque, le défaut d'explication ou le caractère mensonger des déclarations n'étant que rarement sanctionné, n'assure « l'intériorisation de ces normes et donc leur respect » (Dionne-Proulx et Larochelle 2010, p.42). Les codes sont établis en marge du droit. Censés aller au-delà du respect de la légalité *stricto sensu*, ils n'en sont souvent que la réplique. Pour autant la France fait partie des bons élèves. L'absence d'information ou les écarts notifiés ne sont pas susceptibles d'engager la responsabilité de leurs auteurs.

De plus, bien que publics, les rapports sur la gouvernance ne sont pas assimilés à une « information financière réglementée » selon l'article 2 de la directive « Transparence », (2004/109/CE). Les directives subséquentes n'ont, pour le moment, pas modifié ce point. Tout au plus appartient-il au commissaire aux comptes de délivrer « une attestation de l'établissement des autres informations requises aux articles L. 225-37, L. 225-68 et L. 226-10-1, ou, à défaut, le signalement de l'irrégularité constituée par l'absence de certaines de ces informations » ; et le cas échéant, de formuler « ses observations sur le caractère manifestement incohérent des autres informations ». Or, sans obligation faite aux entreprises

d'informer les publics concernés, le marché ne peut pas jouer son rôle convenu dans le dispositif ; pas même une sanction économique ne peut donc être prise, en pratique, sur ce fondement, ce que les études portant sur le contexte britannique confirment (Arcot *et alii*, 2010).

Sur le fond, l'AMF note, certes, une amélioration dans les pratiques en raison d'une appréciation exigeante du principe « appliquer ou expliquer » mais c'est en jouant, *de facto*, le rôle de régulateur des marchés et en vérifiant l'exhaustivité et la qualité de l'information²⁰⁴. L'AMF n'exerce pas un véritable contrôle de régularité des déclarations et elle ne dispose pas non plus d'un pouvoir d'injonction. Sans intervenir sur les contenus, l'AMF se contente d'informer les entreprises émettrices du relevé des mauvaises pratiques, voire demande des rectifications en amont, ce qui conduit certaines sociétés à modifier leurs pratiques, sous la pression essentiellement morale. Et elle recommande aux agences de conseil en vote (« *proxy advisors* ») de publier sur leur site internet leur méthodologie et d'éclairer sur leurs politiques de vote, notamment lorsqu'elles n'exercent pas leurs droits dans l'intérêt exclusif des actionnaires ou porteurs de parts d'organismes collectifs en valeurs mobilières (Recommandation 2011-06). Par cette exigence de transparence, l'AMF compte ainsi, également sur les investisseurs, pour faire respecter les codes de gouvernance, par leurs stratégies de votes, qui elles-mêmes sont fondées sur un code élaboré par la profession. A défaut, c'est le code français de la transparence AFG et FIR de décembre 2009 (déclinaison d'un code ISR européen) qui est recommandé. Mais cette sanction par le marché relève de l'utopie car l'information s'avère, de ce fait, filtrée, tronquée voire biaisée et son intérêt n'est pas encore assez jugé digne de considération par les investisseurs, quand bien même est-elle transmise.

Les pratiques demeurent en définitive peu encadrées, même si la démarche n'est plus une simple option, dès lors qu'il existe un code de référence, car l'obligation de se conformer à un code privé de gouvernement d'entreprise est bien prescrite. Néanmoins, ce retrait de l'Etat français au profit d'autorités indépendantes pour assurer exclusivement le contrôle des déclarations n'est pas sans risque.

²⁰⁴ V. Rapport AMF 2012 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées et recommandation AMF n°2012-14 (p.23).

Section 2. La consécration d'un concept normatif de gouvernance se substituant au principe de responsabilité

En tant que mécanisme pivot des codes de gouvernance, la procédure du *comply or explain* accentuée formellement, de par la contrainte normative qu'elle instaure, les orientations et objectifs de gouvernance contenus dans les recommandations de ces mêmes codes (Fasterling et Duhamel, 2009). Qu'il s'agisse de s'y conformer, de les appliquer ou d'expliquer les raisons ayant conduit à s'en écarter, la mise en œuvre du *comply or explain* confère ainsi une force normative aux critères retenus par les codes.

Or, comme le soulignent Arcot, Bruno et Faure-Grimaud (2010), c'est la conception disciplinaire et actionnariale de la gouvernance d'entreprise, qui, à travers l'influence du Code britannique, a servi de référence aux instances communautaires dans la rédaction de la directive européenne (Gomez, 2009). La plupart des recommandations issues des codes de gouvernance européens sont donc non seulement convergentes mais comportent également des éléments s'inspirant fortement de la théorie de l'agence, plus particulièrement des écrits de M.C. Jensen et de ses co-auteurs (Wirtz, 2006 ; Poulle, 2011). On peut donc voir dans cette diffusion à succès des codes, l'influence d'une « représentation dominante de la valeur actionnariale » (Wirtz, 2006, p. 256) : les codes de gouvernance s'alignant sur cette représentation auraient emporté plus de conviction de la part des acteurs concernés.

Parce qu'il induit une présomption « au terme de laquelle les principes contenus dans les codes de gouvernance développent « les bonnes pratiques », « la bonne gouvernance », uniforme et adaptable à toute structure », le mécanisme de *comply or explain* fait de la gouvernance un « concept d'ordre normatif » (Fasterling et Duhamel, 2009, p. 134). Or, en droit, une présomption crée un renversement de la charge de la preuve : une entreprise qui déclare respecter son code ou un code, est donc supposée respecter la loi... Véhiculé à travers les codes, le modèle de la gouvernance financière tend par conséquent, par l'effet normatif du *comply or explain*, à s'imposer comme modèle de gouvernance dominant. Pour autant, compte tenu des pratiques observées, il n'est pas certain que les relations entre actionnaires et dirigeants soient améliorées.

L'application du *comply or explain*, avec la publication corrélatrice des motifs sur les écarts éventuels, entretient un mode d'autorégulation, où chaque partie prenante se renvoie en miroir, l'évocation d'une bonne gouvernance ou d'une gouvernance adaptée ou encore « raisonnable » (Référentiel MiddleNext, cahier n°2, 2009) sur fond de codes imbriqués les uns dans les autres, dont les exigences sont souvent bien adoucies. Ces mesures de *soft law*

peuvent faire perdre de vue la finalité du système, et plus grave, entretenir l'illusion, par déplacement de l'objet, que le *reporting* peut devenir une fin en soi. Par ailleurs, l'application du code n'est jamais qu'un succédané de la loi, pour promouvoir les meilleures pratiques de gouvernance dans un contexte précis. La mise en place de l'outil, par le biais du « *comply or explain* », peut finir par faire oublier l'objectif premier de responsabilité incombant à l'entreprise. La puissance normative des codes privés de gouvernance est renforcée, ce qui pose une question de légitimité par rapport aux normes publiques et des problèmes de cohérence donc d'efficience : par code interposé, les entreprises disposent de la loi comme elles l'entendent. Peut-on encore parler de logique de conformité face à des normes aussi « molles » ?

Sous-section 1. Une nouvelle forme de normativité entre conformisme et conformité

Le principe d'action du *comply or explain* entre dans un processus de développement du droit souple. Cette nouvelle forme de normativité ne conduit pas pour autant à une logique de conformité, quel que soit le pays de réception.

Dans le rapport sur les entreprises faisant référence au code de gouvernance Middledenext pour l'exercice 2011 (rapport IFGE, avril 2013) et le 4ème rapport annuel sur le code AFEP-MEDEF de l'exercice 2011 (décembre 2012) figurent la liste des entreprises ayant adhéré à un code, le nombre d'entreprises répondantes et des exemples précis d'explications fournies en cas de non-application ou d'écarts. On note ainsi, sur le panel recensé, que le taux d'administrateurs indépendants est de 75% pour les sociétés du CAC 40, 66% pour les sociétés du SBF : la marge de progression est encore conséquente, sans compter le taux d'abstention et le fait que l'analyse s'établit à partir des déclarations unilatérales de l'entreprise. La parité est mieux respectée dans les conseils d'administration au fil des ans mais la loi l'impose au-delà des codes de gouvernance...

Néanmoins, tous les rapports et travaux sur la mise en œuvre de l'outil de *reporting* « *comply or explain* » par les sociétés cotées en Europe (IFA 2013 ; Livre vert 2011 ; Rapport AMF 2012 ; Arcot *et alii*, 2010) notent des distorsions importantes dans la qualité des explications, quand bien même sont-elles fournies. La force régulatrice des conduites et des pratiques fondée sur la persuasion ou la dissuasion crée une « illusion de transparence » (Roquilly et Collard, 2009, p.7), au mieux une « transparence conformiste » (Duhamel et Fasterling, 2009).

La sanction du marché était donc l'effet affiché et non réellement escompté. Tout a été mis en œuvre, pour éviter les sanctions par différents biais psychologiques (étude pionnière de Fanto, 2002, cité par Wirtz, 2006). Car la loi consacre comme norme une référence à un code qui autorise en fait toutes les dérogations : il n'y a plus alors de différence entre l'obligation de faire et le laissez-faire, le caractère impératif et facultatif, l'obligation de rendre des comptes et l'autorisation de déroger à la règle... La norme juridique devient, par ce tour de prestidigitacion, superfétatoire, dès lors que l'entreprise refuse d'engager sa responsabilité au titre d'un code de gouvernement. Ce n'est pas un hasard si Véronique Magnier (2008) évoque une réforme en « trompe l'œil ».

1. Le risque de confondre le principe d'action (*comply or explain*) avec le principe de responsabilité (*accountability*)

Le glissement sémantique qui s'opère avec l'éclosion d'un concept normatif de gouvernance est symptomatique de cette cristallisation sur les moyens qui conduit à occulter la visée de toutes ces mesures de régulation. En effet, un certain nombre d'auteurs emploient indifféremment le terme « principe » concernant le *comply or explain* plutôt que démarche, processus ou système. Mais ce raccourci est un abus de langage qui cache une véritable convention. La méthode du *comply or explain* est au mieux un principe d'action pour les sociétés cotées afin de répondre de leurs actes. C'est l'un des instruments de la transparence, préconisé pour rendre des comptes, fondement de la responsabilité. Généralisé, il sape les fondations de tout système normatif et comporte même une inversion des principes juridiques. L'*accountability* est une forme de responsabilité qui a connu un tel essor que la traduction française, dans la Norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale des organisations, a donné naissance au néologisme « redevabilité » qui représente un des sept principes de responsabilité sociétale. Mais la redevabilité (« être en mesure de répondre de ses impacts sur la société, l'économie et l'environnement », Art.4.2) n'est qu'une des dimensions de la responsabilité sociétale, comme la transparence, le respect de la loi ou le comportement éthique. Ces nouveaux principes constituent des modalités, non la finalité de la responsabilité. Or, en surestimant la portée de l'un des instruments de la transparence, tel le modèle de *comply or explain*, celui-ci agit au contraire, comme un filtre de la transparence ; de même, en se concentrant sur l'application des codes, de plus en plus *soft*, la loi passe par un prisme déformant. Ainsi, par le détournement de l'objet de la surveillance, l'interversion entre la fin et les moyens donc la dégradation des obligations légales, le principe général de

responsabilité finit par être totalement occulté. A été promu, en son lieu et place : un droit de ne rien faire...

« La référence croissante à des principes à épithète comme fondement de l'expression d'une *soft law* (principe d'*accountability*, d'*inclusivness*, d'indépendance, de prudence, de subsidiarité, de traçabilité, et de transparence) concourent à la mise en exergue d'une impossible responsabilité. » (Pesqueux, 2011a, p.100-101). En effet, le mot « principe » utilisé, à des fins pratiques, sert à propulser au premier rang une norme qui ne devrait pas y figurer, pour empêcher de fournir un critère de distinction entre la règle ordinaire et le principe, ce qui intellectuellement et moralement est critiquable. Ces principes ont souvent un rôle technique. Ils ne peuvent, sauf idéologie, prétendre devenir un principe fondateur (Jestaz, 2005, p.23-25). Pour éviter toute confusion, nous ne rangeons donc pas le *comply or explain* dans les « principes » mais dans les « principes d'action ». En érigeant le *comply or explain* en principe, la norme prend le pas sur la référence légale. L'instance de régulation n'est plus l'Etat mais les sociétés cotées, qui décident librement de fixer le curseur de leurs responsabilités. Cette inversion traduit « l'aveu d'un Etat dépassé par son droit » (Magnier, 2008). Par la consécration d'un concept normatif privé, l'Etat risque de remettre en cause la pyramide de Kelsen.

2. Le risque de renversement de la pyramide de Kelsen

Les normes publiques sont dites descendantes. Pour autant, avec le développement de ce que l'on appelle la *soft law*, ou régulation publique souple, des normes d'origine privée, ont pris le relais et tentent de s'imposer dans le système normatif, pas seulement comme compléments nécessaires, mais également au lieu et place de la norme publique. Ainsi en est-il des codes de gouvernement d'entreprise, référentiels privés créés par des organisations, situés en bas de la pyramide, puisqu'ils sont, en principe, soumis au droit, mais parviennent, grâce à un jeu de pouvoirs des acteurs économiques, à intervertir la hiérarchie des normes.

La cohérence apparente des « principes », reliés les uns aux autres, masque de surcroît de nombreux effets pervers : la remise en cause du principe d'universalité de la loi, la mutation des obligations en principes, l'affaissement du pouvoir politique et démocratique, l'institutionnalisation de nouveaux lieux de production de normes, la conformité volontaire substituée à l'obligation d'appliquer, et surtout l'inversion des valeurs. Si les principes sont de rang équivalent, par nature, ce n'est pas le cas des normes, dont la validité est conditionnée au respect de la norme supérieure. C'est ce renversement de la pyramide des valeurs, des principes et des normes que nous avons représenté dans la figure ci-dessous.

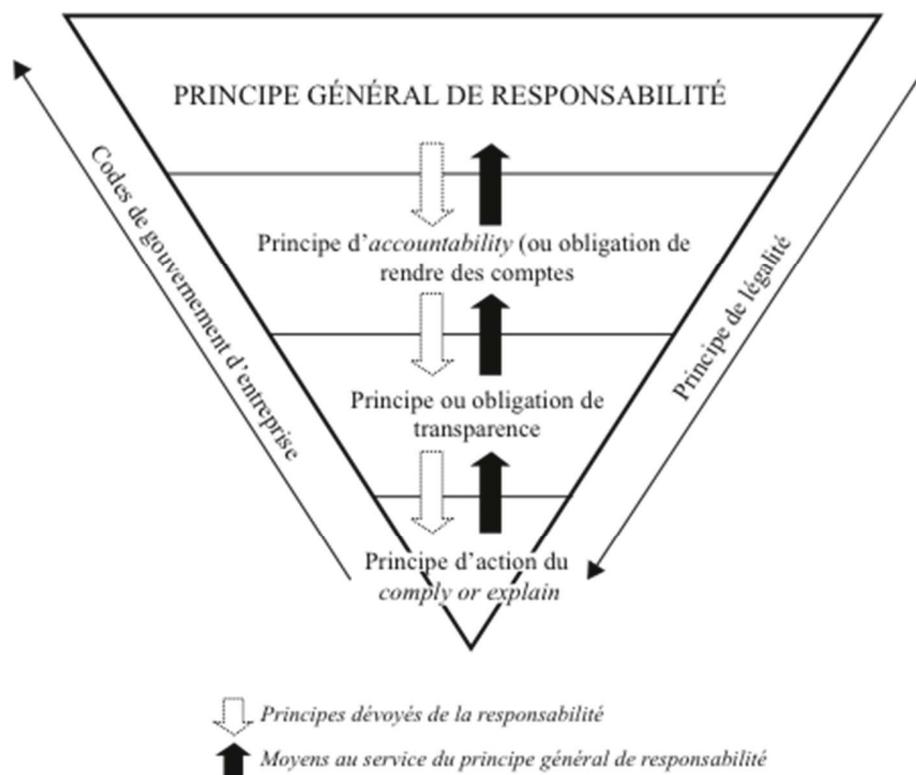


Figure 25 Risque d'inversion des principes normatifs

Le principe général de responsabilité est reconnu dans de nombreuses conventions internationales. Il a valeur, en France, de principe constitutionnel²⁰⁵, autrement dit, il est classé dans la hiérarchie des normes traditionnelles, symbolisée par une pyramide (la pyramide de Kelsen) au-dessus des lois. Ainsi, les entreprises connaissent des déclinaisons de ce principe de responsabilité à travers des textes de loi ou de règlement, qui sont des normes publiques, impératives, de rang inférieur, directement applicables.

Or, qu'est-ce qu'une norme qui, en toute licéité, met, sur un pied d'égalité ceux qui se conforment et ceux qui contreviennent aux règles ? Il n'y a plus de transgression au sens de violation de la règle puisqu'il est permis de ne pas respecter le code ou de s'expliquer, en toute légalité, sur la légitimité de ne pas le respecter : le mécanisme du *comply or explain* est donc une déviance, un conflit d'interprétation, affrontement entre deux conceptualisations rivales de l'action (Ogien, 1995, cité par Babeau et Chanlat, 2008).

La régulation autonome trouve ici ses limites par rapport à une régulation de contrôle.

²⁰⁵ Décision du Conseil constitutionnel n°82-144DC du 22 octobre 1982, loi relative au développement des institutions représentatives du personnel.

Sous-section 2. Les limites de la gouvernance par la *soft law* et les codes de gouvernement d'entreprise

Le potentiel « régulateur » de la *compliance*, comme nouvelle force normative, non (encore) cadrée, touche sa limite. Il résonne chez les juristes, par son apparence de conformité au droit comme l'élément matériel qui prendrait le pas sur l'élément psychologique pour démontrer une responsabilité fondée exclusivement sur les preuves d'application d'un code au détriment parfois de son effectivité ou de son efficacité voire de sa réalité. Etendre la logique du *comply or explain* à tout le reporting en matière de RSE nous semble dans ce contexte extrêmement risqué.

1. L'absence de renforcement de la gouvernance actionnariale

L'épreuve du droit, nous apprend qu'on ne peut dissocier élément matériel et élément psychologique. Avec cynisme, l'analyse économique du droit pourrait se satisfaire de cet état de fait : l'absence de contrainte juridique, avec un code qui se placerait idéalement au-dessus de la loi remplirait bien sa mission d'efficacité économique avec une idéologie de la valeur actionnariale au sommet. Mais, dans cette perspective, il y a complet découplage entre le discours affiché et la réalité économique : personne n'est responsable de ses actes. Le principe d'action serait une mystification, l'*accountability* un mythe.

Or, le principe d'action du *comply or explain* est fondé sur la liberté avant tout. Vouloir être libre sans exercice de la responsabilité, ou plus exactement, libéré des contraintes juridiques n'est pas une utopie, c'est une déviance. Sans fondement normatif explicite ou déterminable, quelle responsabilité est encourue ?

Sous la pression de l'opinion publique, marquée par de nombreux scandales financiers, le gouvernement français avait promis d'intervenir pour plafonner les rémunérations des dirigeants sociaux. Mais suite à une mission d'information sur la transparence de la gouvernance des grandes entreprises, un rapport d'information de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République (n°737) a été présenté le 20 février 2013 à l'Assemblée Nationale par MM. Jean-Michel Clément et Philippe Houillon, qui avait pourtant préconisé l'instauration d'une obligation de se référer à un code et de sanctionner les manquements en cas de violation de ce code (p.16), c'est finalement l'autorégulation, très critiquée dans sa légitimité et dépourvue d'instruments de contrôle efficaces, qui a été confortée (p.19). En validant le système des codes de

gouvernance, régulé par des organismes privés, le véritable contrôle de conformité à la loi et par l'Etat est donc esquivé. Le sous-système normatif qui s'est établi est loin des idéaux affichés, de référentiels qui engageraient les entreprises « à appliquer des standards qui vont au-delà des exigences légales et réglementaires » (Rapport AFEP-MEDEF, 2012, préface, Pringuet et Parisot, p. 3). Souvent mal appliqués, peu réactualisés, rarement ouverts à d'autres parties prenantes, ces codes exigent aujourd'hui des explications « compréhensibles, pertinentes et circonstanciées » (Révision code AFEP-MEDEF, 2013, p.32). Et le principe d'action du *comply or explain* verrouille ce système d'autocontrôle.

La *soft law* considère cependant qu'elle crée un principe circulaire d'efficacité. Chatelin-Ertur et Onnée (2009, p.656) démontrent que l'environnement légal des entreprises se structure autour d'une interaction constante entre droit souple et droit dur, considérant le droit souple à la fois comme un préalable, un complément ou sous influence du droit dur. L'effectivité est liée ou contrainte par l'enchevêtrement qui en résulte, le processus de normalisation en matière de codes de gouvernance s'établissant en définitive par une sélection naturelle entre les meilleures pratiques.

Mais il apparaît que, dans ce cadre, le mécanisme du *comply or explain* confine à une technique « d'asservissement » de la règle juridique (Bonneau, 2012, p.135) puisqu'il va jusqu'à marchander la loi, par le biais des codes de gouvernance qui servent de paravent face à un contentieux judiciaire éventuel ou du moins qui créent l'illusion du respect du droit.

La contrainte légale est de toute évidence à ce stade insuffisante pour permettre aux actionnaires de disposer de l'information nécessaire pour exercer leurs droits : la sanction économique par le marché n'est donc pas au rendez-vous. Formulée à l'origine pour préserver les intérêts des actionnaires, la logique du *comply or explain* est détournée dans sa mise en œuvre de son objectif historique et fait courir au modèle actionnarial de la gouvernance un risque de fragilisation. « Se soumettre ou se disculper » (Champaud et Danet, 2008), tel est l'intérêt masqué de nombreux adeptes du *comply or explain*.

Il faut ici souligner les limites de la portée des modèles et des théories qui ne peuvent donner que ce qu'ils ont, face à des pratiques qui leur échappent et peuvent se retourner contre eux (Albouy, 2012). Ni conformité, ni explication parfois, telle est la réalité. Comment souhaiter, dans ces conditions, l'application généralisée de cette technique de la *soft law*, au-delà des codes de gouvernance, comme norme de *reporting* de toutes les informations extra-financières des entreprises?

2. Les risques d'extension du *comply or explain* à tout le reporting RSE

La recommandation AMF n° 2013-15 du 10 octobre 2013 estime que « la responsabilité sociale, sociétale et environnementale, en tant qu'elle constitue une composante de plus en plus importante de l'information des sociétés, doit être mieux prise en compte dans le fonctionnement des conseils et l'objectivation de la performance des dirigeants ». Et c'est bien là la plus grande menace pour la RSE car sa diffusion ne sera pas limitée aux seules sociétés cotées dotées d'un code de gouvernement d'entreprise. Cette forme d'*accountability*, devenue la « pierre angulaire de la gouvernance » (IFA, 2013, p. 3 ; Poulle, 2011, p. 15) devient, par extension, celle de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) fondée, exclusivement, pour le moment, sur une obligation de *reporting*, depuis la loi NRE (Nouvelles Régulations Economiques), modifiée par la loi dite Grenelle II (article L.225-102-1 du Code de commerce relatif au rapport de gestion). Le dernier rapport de l'AMF du 5 novembre 2013 sur l'information publiée par les sociétés cotées en matière de responsabilité sociale, sociétale et environnementale énonce (p.52) même une nouvelle recommandation de base sur la mise en œuvre du principe « appliquer ou expliquer », tant les difficultés d'application et les écarts sont importants : 30% des sociétés dans l'échantillon²⁰⁶ n'ont pas fourni d'explications pour ne pas avoir produit des données demandées par le décret ou ont jugé non pertinent de répondre aux 42 items fixés par le décret du 24 avril 2012 n°557-2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises à l'article R.225-105-1 du Code de commerce). Un récent Rapport public au Gouvernement français présente 20 propositions pour renforcer la démarche Responsabilité Sociale des Entreprises (RSE) et précise qu'un projet de directive, rendant obligatoire la publication d'informations extra-financières pour les entreprises domiciliées en Europe, sera prochainement soumis au Parlement et au Conseil de l'Union européenne (Brovelli, Drago et Molinié, 2013)²⁰⁷. Deux propositions (10 et 18) évoquent, dans le cadre de cette directive, la « logique » du *comply or explain* notamment comme modalité de l'*accountability* du dialogue avec les parties prenantes : les entreprises visées auront l'obligation, en cas de non-présentation des informations prescrites, de se

²⁰⁶ échantillon de 60 sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur le marché réglementé de NYSE Euronext – résultats donnés à l'article 3.3.7, pages 7 et 37 combinées du rapport de l'AMF du 5 novembre 2013 sur l'information publiée par les sociétés cotées en matière de responsabilité sociale, sociétale et environnementale

²⁰⁷ Brovelli L., Drago X. et Molinié E., 20 propositions pour renforcer la démarche de responsabilité sociale des entreprises (RSE), rapport public au gouvernement, 2013

justifier. Or, comme nous l'avons démontré, sous couvert de diffusion de bonnes pratiques de gouvernance, le dispositif du *comply or explain* n'est pas neutre : parce qu'il bouleverse les équilibres normatifs fondamentaux, il dessert plus qu'il ne sert le modèle de la gouvernance actionnariale pour lequel il était conçu à l'origine. L'extension du dispositif de *comply or explain* au modèle de gouvernance partenariale, ne réduit pas pour autant le risque d'ineffectivité de l'*accountability*.

Conclusion

Effectivement, en décodant tout le système de fonctionnement du *comply or explain* par rapport aux exigences de l'*accountability*, cette recherche interdisciplinaire, droit et gestion, a pu mettre en lumière le degré d'irresponsabilité auquel peut aboutir un encastrement de principes instaurés par la pratique. Parce qu'il substitue à la loi une obligation de se soumettre à des normes privées, des codes de gouvernement d'entreprise parfois autoproclamés, sans véritable contrôle, ni du contenu du code, ni de son application pour peu qu'on déclare une conformité de principe, le mécanisme du *comply or explain* confine au cercle vicieux : à l'absence de sanction s'ajoute un défaut d'objet. C'est l'instrumentalisation des outils de gestion et du droit, au détriment de leur effectivité, qui est alors le plus à redouter pour l'avenir des sociétés anonymes. La puissance principielle du mécanisme en atteste. Comment inverser la tendance, notamment en France ?

Légiférer encore, et toujours plus, n'est pas la solution adéquate, mais c'est à l'Etat régulateur qu'il appartient de trouver les moyens efficaces de sanctionner les comportements qui ne sont pas conformes au droit. De toute évidence, la *soft law* engendre des zones de non-droit qui répandent l'irresponsabilité de manière épidémique. La logique du *comply or explain* dénuée de toute sanction juridique efficace apparaît, en effet, comme une mystification. A ce jeu, l'injonction légale ressemble fort à une injonction paradoxale où finalement la raison se perd : on ne sait plus, de la copie (code) ou de l'original (loi), ce que les sociétés doivent appliquer, ni surtout pourquoi, ces règles s'appliquent. Le résultat est davantage une uniformisation des pratiques de transparence (Fasterling et Duhamel, 2009) qu'une application conforme des codes, au point que la méthodologie du *comply or explain* est érigée en principe, ce qui sème la confusion avec l'objectif d'*accountability* recherché. Elle peut conduire la gouvernance dans une impasse en favorisant des pratiques, prenant les apparences de la transparence, alors que le principe d'action « *comply or explain* n'est qu'un avatar de l'*accountability* »²⁰⁸.

²⁰⁸ Titre et chapitre extrait en grande partie de notre article à paraître dans la Revue Française de Gestion (co-auteur Anne-Laure Boncori) n°237, nov-déc. 2013

Chapitre 3. L'intérêt social, un concept à risque pour une nouvelle forme de gouvernance

« *Le joli mot de gouvernance n'est qu'un euphémisme pour désigner une forme dure de domination politique* » (Truong, *Journal Le Monde*, interview exclusive de Habermas J., 17 novembre 2011)

Les lois s'arrêtent souvent sur le seuil de l'entreprise. Après quelques pas en matière de *corporate governance* des lois MURCEF (Mesures Urgentes à Caractère Economique et Financier) et NRE (Nouvelles Régulations Economiques) de 2001, même les dispositions drastiques prises par la LSF (Loi Sécurité Financière, 2003), puis par la loi de modernisation de l'économie de 2008²⁰⁹, n'ont pas produit les résultats attendus (Danet, 2008). La crise des *subprimes* révèle les insuffisances de ces dispositifs, finalement limités aux sociétés cotées par la loi Breton (2005). Seuls quelques assouplissements, introduits par le décret du 26 avril 2012²¹⁰ d'application de la LENE (Loi portant Engagement de la Nation en faveur de l'Environnement, 2010)²¹¹, permettent d'étendre graduellement le périmètre des obligations de *reporting* aux sociétés non cotées. La catégorie des entreprises de taille intermédiaire est née (ETI), sans remise en cause fondamentale de la distinction traditionnelle entre sociétés admises sur un marché réglementé et les autres, jugée pourtant irrecevable par le Conseil d'Etat²¹².

On observe également les tentatives avortées du Grenelle pour introduire une faculté de dialogue avec les parties prenantes, notamment les représentants du personnel, lors de la suppression de l'alinéa 2 de l'article 225 par la loi du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière (V. Titre 1, chapitre 2 sur le risque de fongibilité). Jugé trop flou, le concept de parties prenantes a été écarté, du fait de l'absence de définition du terme. Le risque pour les organisations était double : soit un risque de non-représentativité des parties prenantes, soit à l'inverse, des intérêts en présence trop nombreux, donc un risque de cacophonie, rendant illisible et incohérente l'analyse de leur démarche de responsabilité sociale, sociétale et environnementale.

²⁰⁹ Loi n°2008-776 du 4 août 2008

²¹⁰ Décret n°2012-557 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale

²¹¹ Loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 dite loi Grenelle II

²¹² <http://www.comite21.org/docs/presse/communiquede-presse/2012/communiquere-sortie-decret-225.pdf>

Néanmoins, si les « porteurs d'intérêts » (*Stakeholders*) sont galvaudés par le législateur, la notion d'intérêt social, quant à elle, est déjà acceptée en filigrane dans le droit positif, comme le dépassement de la valeur actionnariale (*Shareholders Value*), au cœur de la problématique. La jurisprudence française n'est effectivement pas avare d'interprétations des textes pour défendre des intérêts autres que ceux des actionnaires dans une conception élargie de l'intérêt de l'entreprise²¹³. Mais, la diversité des approches jurisprudentielles et doctrinales, selon les branches du droit, rend la définition de cet outil essentiel de régulation, « aléatoire, incertaine voire insaisissable » (Degdeg, 2008, p.5).

La justification première repose sur la nature spécifique du « contrat de société » qui déroge au droit commun des contrats, mais demeure défini par le droit civil (article 1832 du Code civil). Ce n'est pas un hasard si relevant du droit commercial, et en grande partie du droit de la consommation, puis du droit des sociétés jusqu'au droit de l'entreprise, les organisations privées appartiennent aujourd'hui au droit économique au sens large, où l'ordre public règne parfois en maître. La recherche de l'intérêt social, dans toute décision managériale, tangente alors celle de l'intérêt général.

Irréductible, idéologique puisque irréaliste, le clivage, entre la conception contractuelle de la société et la conception institutionnelle a-t-il vraiment fait long feu ? (Gaillard 1932, Ripert, 1951, Guyon, 1997, Lapeyre, 2004). Les théories modernes opérant une synthèse d'éléments éclectiques ont donné naissance à une société de nature hybride (de source contractuelle, de fonctionnement institutionnel) également critiquables par l'absence d'explication globale de la spécificité de la société et de l'exercice original du pouvoir en son sein, qu'il s'agisse de ses objectifs et de ses modalités dans un contexte de mondialisation et de groupe de sociétés *holdings* (Desreumaux, 2005).

L'enjeu est cependant plus important dans les sociétés commerciales puisque l'apport en capital confère à l'actionnariat une légitimité à l'exercice du pouvoir qui n'existe pas dans toutes les formes de sociétés. Celles-ci retiendront donc toute notre attention.

A l'origine, ce sont les rapports Viénot (1999)²¹⁴ et Bouton (2002)²¹⁵, sur les modalités de « gouvernement d'entreprise », qui ont porté le débat sur la scène publique, peu après la loi

²¹³ On peut dénombrer 106 arrêts de la Cour de cassation, toutes chambres confondues en une année, qui ont statué en utilisant le concept d'intérêt social (recherche opérée entre le 16 septembre 2011 et le 16 septembre 2012 et 882 arrêts en 10 ans, ce qui signifie une référence profondément ancrée dans la jurisprudence <http://www.legifrance.gouv.fr/initRechJuriJudi.do>

²¹⁴ Rapport du comité sur le gouvernement des entreprises par Marc Viénot (1999 juillet), MEDEF/AFEP.

²¹⁵ Rapport Bouton, « Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées » (2002 octobre), MEDEF/AFEP.

sur les fonds de pension (1997)²¹⁶ en définissant l'intérêt social comme « l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant ses propres fins, distinctes notamment de ceux de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur intérêt commun qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise ».

Mais la théorie de l'agence, d'une part, qui refuse de responsabiliser l'actionnaire, au premier chef, et la nouvelle tendance holistique, d'autre part, qui consiste à étendre la notion d'intérêt social au risque de le dissoudre dans l'intérêt général ne représentent-elles pas les deux faces de Janus ? Quelles nouvelles formes de gouvernance peuvent en résulter ? Où fixer les limites de la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) ?

Requalifier la nature de la société en acte collectif susceptible d'engager la responsabilité de l'entreprise envers ses associés et les tiers (salariés, fournisseurs, créanciers, etc.) conduit indubitablement à creuser cette idée. Rapports et colloques se multiplient sur la façon de gouverner une entreprise. Les discussions sur la corporate governance ne sont pas épuisées du seul fait de l'adoption du nouveau droit des sociétés par la loi NRE, amendée par le Grenelle I et II, à défaut d'être réformée en profondeur.

Quelle est la finalité de cette nouvelle forme de gouvernance sur fond de régulation ou plus précisément sous tension permanente entre intérêts contradictoires ?

Il convient au préalable de rechercher la signification de l'intérêt social, ou plus exactement, d'une troisième voie permettant la synthèse entre les intérêts identifiés, en droit des sociétés, pour mieux comprendre les enjeux de pouvoirs donc les risques inhérents à l'élasticité du concept et ses répercussions en termes de gouvernance des organisations.

Notre posture épistémologique est celle de tous les juristes. Essentiellement positiviste, elle s'attache à une recherche fondée sur les sources du droit : en théorie, sur les textes de loi ou de règlement, y compris les dispositions internationales ou nationales, et, en pratique, sur la jurisprudence, agrémentée de nombreux commentaires de la doctrine.

Section 1. Un essai de définition du concept d'intérêt social : la recherche d'une troisième voie

²¹⁶ Loi n°97-277 du 25 mars 1997

La recherche d'une définition du concept d'intérêt social, en droit, est un jeu d'équilibriste. « Il ne s'agit pas de donner un supplément d'âme à la gouvernance actionnariale, mais bien de lui substituer une autre gouvernance, qui gérerait la grande entreprise comme une institution, au service de la société » (Weinstein, 2010, p.181).

Depuis le Code de commerce de 1807, le droit français des sociétés hésite toujours entre l'approche contractuelle d'inspiration anglo-saxonne et la conception institutionnelle qui caractérise le droit germanique. A défaut d'adopter une conception franche et déterminée, la loi du 24 juillet 1966, enrichie abondamment (excessivement?), a oscillé au gré des tendances: elle offre ainsi une piètre entreprise de codification. Dans le rapport Marini sur la modernisation du droit des sociétés, une refonte des textes était de mise²¹⁷. Mais aucune réforme de fond ne voit finalement le jour.

L'intérêt social reflète cette dichotomie. La jurisprudence décèle, en effet, la coexistence de deux concepts d'intérêt social, l'un concernant le seul intérêt convergent des associés, l'autre celui de l'institution sociétaire (Mazères, 1998, Monsallier, 1998, Bissara, 1999), qui masque des intérêts souvent divergents.

Sous-section 1. La nature de la société, source d'intérêts divergents

Longtemps, la qualification de la nature de la société a prévalu pour déterminer l'enjeu économique et analyser les relations de pouvoir dans toute société commerciale.

Classiquement, on distinguait la conception contractuelle de la société et la conception institutionnelle. Dans la première, le pouvoir appartenait aux apporteurs de capitaux qui, dans les statuts, marquaient une volonté entre associés de mettre en commun un apport afin de partager les bénéfices en résultant. Dans la seconde, construite en réaction à la seconde, on privilégiait un intérêt à géométrie variable selon que l'on s'intéressait à la société personne morale, aux associés propriétaires du capital, aux dirigeants gestionnaires et chargés de la réalisation de l'objet social, aux créanciers, aux salariés, tiers.... L'une absolue et d'inspiration néolibérale ne permettait pas d'expliquer le fonctionnement et la pérennité de la société, l'autre floue ne rendait pas la nature moins complexe. Les auteurs s'éreintaient dans cette controverse (pour une revue de littérature récente, Rousseau et Tchotourian, 2008), sans pour autant trouver le fondement idoine de ce « contrat spécial » (Savatier, 1997; Guyon, 1997, p.22, Libchaber, 1999, p.281). Car la société est plus qu'un contrat, c'est « un

²¹⁷ Marini Ph. (1996), Collection rapports officiels, Rapport au premier ministre, La modernisation du droit des sociétés, La documentation française.

organisme vivant » selon le doyen Carbonnier (1990, n°108, p.203). Elle n'est pas d'essence individualiste mais l'œuvre d'un travail collectif, d'un groupe d'individus dont les intérêts convergent.

Les théoriciens modernes avaient alors trouvé une parade dans la synthèse. Ils rejetaient purement et simplement la notion économique d'entreprise pour n'en retenir que l'élément juridique ou inversement. Jean Paillusseau (1967, 1987, p.12, n°11 ; 1996, n°74, p.17) développait ainsi toute une théorie sur la personnalité morale comme technique d'organisation. Or, toute société n'est pas une entreprise. D'autres ne proposaient l'analyse de la société que sous l'angle du financement, de la représentation ou du contrôle (Champaud, 1987). C'était pour le moins réducteur. De nouveaux concepts émergeaient, tel le « contrat-échange » à opposer au « contrat-organisation » (Didier, 1995, p.74). En réalité, la dualité persiste. Alors que les sociétés s'internationalisent et l'idée de parties prenantes grandissait, le débat s'essouffait. L'École de Rennes avait toutefois permis de mettre en lumière l'importance de la finalité d'une entreprise au-delà de sa nature; peu importe la structure de la société pour peu que sa fonction offre de nouvelles perspectives, sans jamais placer la société totalement hors du champ contractuel.

Certains auteurs (Roujou de Boubée 1961, Cabrillac, 1990), ont alors développé l'idée d'un acte collectif (ou individuel, si la société est unipersonnelle) ou bien encore « conjonctif ». La complexité de l'intérêt social se dissout alors dans la notion uniforme et plus large d'« intérêt collectif » (Demogue, 1911). La loi NRE, amendée et complétée par les dispositions du Grenelle, en est la réplique exacte (Schiller, 2002 ; Frydman et Haarscher, 2010), avec son idée de bonne marche de la société (Le Goff, 1992) ou de « bonne gouvernance » (Moreau-Defarges, 2011). C'est une véritable mise en perspective juridique de la *Stakeholders Theory*, au regard de tous les intérêts en présence, « n'excluant ni l'intérêt général, ni l'ordre public » (Trébulle, 2007, p.7).

Or, la reconnaissance d'intérêts multiples, dans le cadre d'une gouvernance nationale ou internationale aux contours indéterminés, implique une flexibilité corrélative de la règle juridique. Le nouvel ordre public sociétair qui prend place ne peut que se traduire par des modes d'intégration progressive des intérêts catégoriels. Cette régulation n'est pas sans danger : les conflits d'intérêts ne sont pas rares.

Aujourd'hui, les impératifs de l'ouverture internationale et la nécessité pour les entreprises d'évoluer dans un cadre juridique compétitif semblent appeler effectivement une remise en cause de ce modèle complexe, désordonné, sans hiérarchie des valeurs pour aller vers un « droit post-moderne » (Chevallier, 2004, Delmas-Marty, Lamy et Pellet, 2006).

La notion d'intérêt social ne peut être définie *in abstracto* : elle est à rapprocher des notions génériques comme la gestion « en bon père de famille »²¹⁸. Le droit des sociétés a alors cherché, d'un point de vue pratique, à chercher à assimiler l'intérêt social à l'objet social, pour analyser si un acte de la personne physique ou morale avait une visée contraire à l'intérêt social.

Sous-section 2. La finalité de la société, point de convergence pour définir l'intérêt sociétal

Plusieurs philosophies s'affrontent. L'objectif final de toute société, selon l'article 1833 du code civil, serait l'intérêt commun des associés. Cette vision actionnariale souligne l'importance de la propriété du capital. Mais les excès du capitalisme montrent les limites de ce choix idéologique. Dans une autre représentation, l'intérêt social représenterait l'intérêt supérieur de la personne morale, censé transcender les intérêts particuliers. Or, ce choix conduit à légitimer la classe dirigeante de l'entreprise (Magnier, 2010). Quant à l'intérêt de l'entreprise, il n'est pas pris en considération par le droit positif : notion trop large ou reflet d'intérêts trop antagonistes, les efforts doctrinaux pour définir l'entreprise restent lettre morte (Paillusseau, 1967 et 1997, Mercadal, 1991 ; Friedel, 1996) sauf en comptabilité (Didier, 2001).

Pourtant le standard de l'intérêt social, paradoxalement mou et mouvant, justifie toujours l'intervention (l'immixtion?) du juge dans la gestion des entreprises²¹⁹. Nonobstant quelques rares citations légales²²⁰, il domine tout le droit des sociétés (Cozian *et alii*, 2012)! L'extrême mansuétude dont fait preuve le législateur vis-à-vis du pouvoir de sanction des juges contraste singulièrement avec la rigidité apparente des textes. L'emploi incertain et fluctuant de l'intérêt social, comme outil répressif, procédé d'équité du juge ou norme de comportement, à caractère moralisateur parfois, contrevient au principe de légalité des peines, d'égalité devant la loi et surtout au besoin de sécurité juridique : il en résulte de nombreuses dissensions sur le plan jurisprudentiel qui font douter de l'objectivité et de la pertinence du concept (Degdeg, 2008, p.20-21, et surtout Lyon-Caen, déjà en 1978, p.611).

La raison de cette discordance réside sans nul doute dans le fait que la boussole de l'intérêt social indique deux directions : l'intérêt de la société personne morale proprement dit et

²¹⁸ Rapport Coulon, (2008), La Documentation française, p.39

²¹⁹ Tous les exemples de jurisprudence cités par Bissara Ph. (1997), p. 9s. ; exemple récent : Cass. Soc.18 janvier 2011, pourvoi n° 09-69199.

²²⁰ Articles 1848 du Code civil, 13, 355-1, 425-4° et 5°, et 437-3° et 4° de la loi du 24 juillet 1966

l'intérêt commun des associés. Une réflexion sur la différence devant exister entre l'intérêt social et l'intérêt commun est certes périlleuse mais ô combien passionnante, presque passionnelle (Pirovano, 1997). Mais le risque est grand de verser dans des raisonnements-miroirs qui se renvoient la même image à l'infini, de plus en plus indistincte. Toute tentative de définition serait-elle alors vouée à l'échec ?

Coexistence (Bertrel, 1997) ou opposition (Courret 1996, Schmidt, 1994, 1995), la jurisprudence offre une alternative peu propice à l'unité du critère. Pourtant une nouvelle norme judiciaire s'élabore à l'occasion du contentieux. L'intérêt collectif marque la synthèse entre ces deux branches superposables : c'est le point de convergence entre l'intérêt de la société et la somme des volontés individuelles des associés. L'abus de majorité renvoie à cette définition puisqu'il se caractérise cumulativement par une rupture de l'égalité entre actionnaires et un acte contraire à l'intérêt de la société. L'intérêt commun des associés n'est jamais pris en considération exclusive de l'intérêt social et inversement. Affirmer la prééminence de l'intérêt supérieur de la personne morale tout en reconnaissant les intérêts catégoriels susceptibles d'être invoqués, c'est consacrer la notion d'intérêt collectif. Les propositions n°77 et 78 du rapport Marini qui affirment la validité des conventions de vote et des autres pactes extra-statutaires n'ont guère d'autre fondement : leur légalité de principe, à titre individuel, est subordonnée au respect de l'intérêt social. Les exemples sont légions.

L'ordre public lui fait écho. Non-respect d'une disposition expresse ou violation d'une règle impérative, cela signifie que la référence est un intérêt supposé autre que celui de l'entreprise. Et peu importe que cette dernière se soit, ou non, appauvrie dans l'opération litigieuse ! C'est un fondement théorique commun de l'abus de bien social comme de l'acte anormal de gestion : la notion de risque prévaut pour préserver la collectivité au sens large, c'est-à-dire la société civile. Le droit pénal est omniprésent dans le droit des sociétés. Avec le droit fiscal, leur finalité est bien la protection de l'intérêt public économique.

Plus récemment encore, ce sont tous les développements autour des principes de la *corporate governance* (Bissara, 1999, Daigre, 1996) qui offrent à l'intérêt collectif ses lettres de noblesse. Mais ces nouvelles théories ne sont pas exemptes de risques.

Section 2. *Corporate governance* ou gouvernement d'entreprise : le risque de confondre l'intérêt social avec l'intérêt des parties prenantes les plus puissantes

Le mouvement parti d'un constat fait aux États-Unis et en Angleterre, sur l'inefficacité du conseil d'administration et la trop grande liberté des managers, a proposé de recentrer l'intérêt de la société sur un équilibre des forces en présence : propriété du capital d'un côté et dirigeants de l'autre. L'introduction des dirigeants indépendants susceptibles d'assurer la séparation de la gestion et du contrôle met un terme alors à une tendance naturelle vers l'affranchissement du contrôle des actionnaires afin d'éviter une gestion de l'entreprise tournée vers l'investissement et la croissance dans l'intérêt propre des dirigeants de l'entreprise au détriment des propriétaires du capital. Il fallait réinstaurer la confiance suite au scandale *Enron* (2001), entre actionnaires et dirigeants sociaux, en freinant les envies démesurées de spéculation des premiers tout en limitant la trop grande indépendance des seconds.

Là encore, la signification profonde de la question peut être dégagée à partir de l'opposition classique entre la société contrat et la société institution, c'est-à-dire de la finalité de l'exercice du pouvoir dans la société. Faut-il viser exclusivement l'intérêt commun des associés, autrement dit l'intérêt financier à gouverner ou la pérennité de l'entreprise qui peut être un mythe, une remise en cause de l'idéologie managériale (Le Goff, 1992, Pesqueux et Biefnot, 2002, Boncori, 2011)? La responsabilité pourrait-elle devenir de nature contractuelle envers tous les partenaires sociaux? Quelle conception de l'intérêt social privilégier alors?

La réflexion sur la gouvernance des entreprises, par l'apport de la *Stakeholder Theory* (Freeman, 1984), n'est pas un pur jeu intellectuel. L'enjeu est politique voire idéologique, car, par un glissement progressif, l'intérêt social de la personne morale couvrirait alors également un intérêt sociétal. L'incidence sur le droit des sociétés est loin d'être neutre (Queindec, 2011).

Sous-section 1. La nature de la société, source de pouvoirs antagonistes : l'intérêt social « éclaté »²²¹

Dès lors que la thèse contractuelle est privilégiée, les dirigeants et les organes de la société chargés de réaliser l'objet de la société, l'activité commune, demeurent sous le contrôle des actionnaires. Ils n'assument que des responsabilités de gestion. Seuls les associés ont un

²²¹ Rousseau et Tchotourian (2008)

pouvoir légitime. Alors que la loi de 1966 avait offert une certaine autonomie aux dirigeants, la loi NRE a restitué aux associés une place de choix en les réinvestissant de leurs pouvoirs. Il fallait enrayer la confiscation du pouvoir par une oligarchie de dirigeants au détriment des actionnaires, réduits à être que de simples bailleurs de fonds (Couret, 1997).

Les scandales financiers qui jalonnent l'histoire récente obligent cependant à plus de réalisme, notamment quant à l'asymétrie d'information dont disposent les actionnaires, autrement dit à leur connivence avec les dirigeants. Qu'il s'agisse d'un contrat ou d'une institution, le divorce entre actionnaires et dirigeants ne semble pas toujours consommé. Les montants des rémunérations et indemnités des dirigeants de certaines grandes entreprises cotées, qui, de fait, par leurs excès portent atteinte à la libre révocabilité des dirigeants sociaux parachèvent l'édifice d'immoralité des affaires et par voie de conséquence détruit toute idée de *Corporate Social Responsibility*.

Inspirées de la loi américaine Sarbanes-Oxley (2002)²²² sur le renforcement des procédures d'audit et de contrôle, ces réformes sur « le gouvernement des entreprises » ont finalement favorisé la régulation interne des organisations et, par conséquent, le courant libéral. La théorie des nœuds de contrats est ici avalisée, avec l'accent mis sur le pouvoir des actionnaires. L'idée du mandataire, si chère à la conception originelle de la *corporate governance* s'effrite quand le dirigeant devient, réinvesti de pouvoirs, compétences professionnelles, sans cumul de fonctions possibles, un véritable organe qu'il convient de révoquer pour faute et non *ad nutum*.

Certes, la jurisprudence avait quasiment toujours exigé les justes motifs. Mais, avec la parade de la clause de *golden parachute*, la distinction entre les gérants (organes légaux ou statutaires) et les dirigeants de SA (mandataires) s'était estompée, sinon dans les textes, du moins en pratique.

La place de l'*intuitus personae* ou de l'*affectio societatis* dans la loi NRE est tout à fait symptomatique de cette division de la société sous forme d'une organisation contractuelle spécifique selon sa dimension et selon sa forme. Les SARL sont désormais rangées dans des sociétés de personnes exclusivement, alors que l'incertitude perdurait sous l'empire des lois précédentes. La *summa divisio* se porte davantage entre société faisant appel public à l'épargne et les autres. Le curseur a toujours glissé dans l'intérêt des actionnaires, apporteurs de fonds.

²²² *Corporate Accountability Act* (30 juillet 2002)

Le Livre Vert de la gouvernance européenne de 2011 n'a fait que renforcer cette tendance²²³ en définissant la gouvernance comme « *le système de direction et de contrôle des entreprises et comme un ensemble de relations entre la direction de l'entreprise, son conseil d'administration, ses actionnaires et ses autres parties prenantes. Le cadre régissant la gouvernance d'entreprise des sociétés cotées dans l'Union européenne est une combinaison de dispositions législatives contraignantes et de mesures non contraignantes («soft law»), comprenant notamment des recommandations et des codes de gouvernance d'entreprise* ».

La gouvernance, dans sa grande fluidité, s'avère un compromis et, surtout, une organisation des pouvoirs où les instances publiques ne déterminent plus la norme. Certains y décèlent un « désintérêt social » (Constantin, 2002, Couret, 2002) voire l'expression d'une « politique éclatée » (Pesqueux, 2007a). La raison repose sur ces clivages idéologiques fondamentaux qui seraient insurmontables, ruinant toute tentative d'unification (Trébucq, 2005).

Pour les entreprises admises sur un marché réglementé, les contrôles s'opèrent déjà par le truchement des commissaires aux comptes qui délivrent ou non des attestations d'assurance faible, modérée ou raisonnable, parfois accompagnées de réserves, selon une adaptation des normes comptables, tel l'ISAE 3000 (*International Standard on Assurance Engagements 3000*).

A compter de certains seuils, il est prévu d'étendre le périmètre des obligations de transparence en matière de données dites extrafinancières aux sociétés non cotées. De même le projet d'arrêté déterminant les modalités dans lesquelles l'organisme tiers indépendant, accrédité par le COFRAC, conduit sa mission de vérification²²⁴, prévoit pour toute entreprise entrant dans le champ des obligations réglementaires, un avis motivé sur la sincérité des informations environnementales, sociales, sociétales, figurant dans le rapport de gestion intégré, et le cas échéant, des explications relatives en l'absence de celles-ci, selon l'application des principes de la *compliance*.

²²³ Commission européenne, 5 avril 2011 (COM, 2011, 164, final) Livre vert : le Code de la gouvernance d'entreprise dans l'Union européenne.

²²⁴ <http://www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr/uploads/tinyMCE/les-consultations-publiques-du-ministere-du-developpement-durable/projet-d-arrete-rse-pdf.pdf>

Seuils à partir desquels certaines sociétés sont soumises à la vérification	Attestation par l'OTI de présence des IEF dans le rapport de gestion intégré	Avis sur les IEF par l'OTI
Sociétés non cotées CA ou bilan > 100 millions d'Euros et nombre de salariés > 500	Exercice ouvert après le 31/12/2013	Exercice clos au 31/12/2016
Sociétés non cotées CA ou bilan > 400 millions d'Euros et nombre de salariés > 2000	Exercice ouvert après le 31/12/2012	Exercice clos au 31/12/2016
Sociétés non cotées CA ou bilan > 1 milliard d'Euros et nombre de salariés > 5000	Exercice ouvert après le 31/12/2011	Exercice clos au 31/12/2016
Sociétés cotées	Exercice ouvert après le 31/12/2011	Exercice ouvert après le 31/12/2011

Vérification des (IEF) informations extrafinancières par un (OTI) organisme tiers indépendant (Articles L. 225-102-1, R. 225-105-2 et A. 225-1 à 4 du Code de commerce)

Ce n'est certes pas une sanction pour non-conformité et les juristes n'ont de cesse de dénoncer les insuffisances voire la régression du droit par la mise en place de ces nouveaux modes de régulation où chacun fait ce qui lui plaît²²⁵. Mais nul doute que les investisseurs tenus de rendre compte des critères ESG motivant leurs placements vont encore davantage à l'avenir tenir compte de ces avis et inciter les grandes entreprises puis les ETI à plier à ces nouvelles règles de transparence. Il n'est pas exclu que la fausse information ou la désinformation

²²⁵ Intervention le 14 novembre 2012 en commission parlementaire sur la gouvernance des grandes entreprises de Me Najib Saïl (5 propositions pour une meilleure gouvernance des sociétés cotées) <http://www.assemblee-nationale.tv/chaines.html?dossier=Commissions&commission=GOUVENTR>

engagent la responsabilité des dirigeants (Muka Tshibende et *al.* 2011, citant les nombreux articles de Malecki sur ces interrogations). C'est véritablement l'apothéose de la *soft law*.

Sous-section 2. La finalité de la société, point de convergence dans l'exercice du pouvoir... ou la loi du plus fort

Le doyen Ripert, en France, a été le premier en 1951, à soutenir que la société est au service d'une finalité. Mais, quelle finalité ? La loi de 1966 avait opté pour la sécurité juridique : la prise en considération de l'intérêt économique à long terme de l'entreprise, favorisant ainsi la technostructure. Le projet Marini, revient, au contraire, à l'aspect contractuel de la société, rappelant l'intérêt commun des actionnaires. Et de surenchérir que « l'intérêt social, censé transcender les intérêts des actionnaires, est devenu l'alibi d'un nouveau «despotisme éclairé», (p.13, rapport précité).

La *corporate governance* insiste davantage sur une combinaison d'intérêts. Le rapport Viénot reconnaît ainsi un intérêt de la société qui peut être différent de celui de ses actionnaires, des salariés, des dirigeants, du Trésor public. La spécificité du contrat de société viendrait du fait que l'intérêt des associés, n'a pas pour unique objectif le partage de bénéfices, mais également de retirer les bienfaits les plus importants de leur entreprise commune : « révolution muette » (Lapeyre, 2004, p.33-34) dans le cadre d'une conception moderne de la société civile ou commerciale. Mais quel serait le statut juridique du « contrat de performance », symbiose de cette évolution en droit des sociétés ? En quoi dérogerait-il au droit commun des contrats ?

Cette vision utopique des réformes récentes relatives à la RSE ne convainc pas tous les gestionnaires (Pesqueux, 2010a, 2010b, 2011b ; Capron et Quairel-Lanoizelée, 2012, 2013). Très réalistes, certains juristes craignent même que la mise en exergue de l'intérêt commun des associés marque la fin de la quête du « juste milieu » dans l'intérêt de l'entreprise (Couturier, 1992 ; Bertrel *et alii*, 1997). La *soft law* privilégie la liberté d'entreprendre à la protection des droits subjectifs.

La protection juridique des intérêts collectifs n'est qu'apparente puisque le droit vise moins à trancher des conflits, donc à consacrer des droits subjectifs, qu'à organiser des fonctions. Le caractère instrumentaliste du droit est lié au développement de l'idéologie économique, ainsi qu'à la prise en compte de la cohésion sociale (Boy 1979, p.222), ou plus exactement la recherche d'homéostasie au détriment de la justice. La refondation des pouvoirs sous couvert de la recherche d'une nouvelle forme de gouvernance plus responsable n'est, en effet, pas

sans risque, quand l'intérêt social est laissé à libre appréciation de certaines parties prenantes de l'entreprise, voire du juge, qui fixerait la norme, *a posteriori*, faute de gouvernail.

Dans ce contexte, la gouvernance « apparaît comme une technique managériale qui met à distance le droit au nom d'une trinité administrative que sont l'efficacité, l'efficacite et l'économie » (Benyekhlef, 2008, p.634). Les juristes en ont conscience et résistent à la tentation de valider le terme de « gouvernance », si prisé pourtant par les gestionnaires : en droit des sociétés, seuls trois articles éparés en font usage, tous trois coiffés par le pouvoir réglementaire, qui d'une ordonnance, qui d'un décret, qui d'un arrêt...²²⁶

La Norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale des organisations a tenté une synthèse de plusieurs conceptions de la gouvernance pour obtenir une modélisation tendant vers un dialogue avec les parties prenantes sur sept questions centrales (Helfrich, 2011). Le consensus, aussi satisfaisant soit-il, appelle toutefois les responsables de la normalisation à l'AFNOR à créer, depuis 2012, un nouveau groupe de travail sur la «gouvernance responsable». Le titre est symbolique puisqu'il ne reprend pas la notion de «bonne» gouvernance considérée comme subjective et choisit volontairement d'ajouter l'épithète «responsable», ce qui, *a contrario*, suppose que la mise en place de certaines formes de gouvernance n'est pas en elle-même source d'une plus grande prise en considération de la responsabilité sociale dans les entreprises.

L'intérêt social a fait place à l'intérêt sociétal. Ce glissement sémantique est la résultante de l'harmonisation spontanée des intérêts économiques par la démocratie participative. Le marché devient le véritable régulateur des relations sociales : l'exercice du pouvoir devient collectif²²⁷. Or, cette logique d'intérêts appelle un système de réseau qui, sans coup férir, dépasse la souveraineté des Etats (Cadet, 2010a) car elle ne connaît ni hiérarchie, ni frontière entre public et privé (Moreau-Defarges, 2003 ; 2011 ; Delmas-Marty *et alii*, 2006 ; Benyekhlef, 2008).

En introduisant le principe de la « gouvernementalité », adaptée de Foucault (Baron 2003, p.334; Le Texier, 2011, p.74), le droit devient plus un instrument tactique de réalisation d'objectifs et de stratégies définies par les individus jugés compétents pour gouverner, qu'un ordre de contrainte (Hannoun, 1991, p.14, Raynal, 2009). Les autorités publiques en sont à

²²⁶ Art. L. 533-22-1 et D. 533-16-1 du code monétaire et financier (ordonnance n°2011-915 du 1^{er} août 2011, art. 13 ; décret n°2012-132 du 30 janvier 2012, art. 1) ; art. A. 823-1 du code de commerce (arrêté du 14 janvier 2009 art. V « Des modalités d'exercice de la mission du commissaire aux comptes)

²²⁷ Conseil d'Etat, rapport public, L'intérêt général, EDCE, n°50, spéc. p.239 à 442

l'origine, se défaussant sur d'autres acteurs économiques et sociaux, depuis des décennies, au détriment d'un droit protecteur de l'intérêt général (Cadet, 2012).

Le déclin du droit, lié à la disparition des antagonismes entre l'intérêt privé et l'intérêt général, annonçait la prévalence de la réglementation technique, relayée par la normalisation privée « d'intérêt public » (Penneau, 2009). En outre, les normes privées sont essentiellement d'application volontaire. Avec l'affaiblissement du rôle de l'Etat, la RSE représente alors une véritable menace pour l'intérêt général dans une nouvelle conception du pouvoir (Pesqueux, 2007a ; Rosé, 2011). Après avoir fait disparaître les contre-pouvoirs, il existe bel et bien une incongruité dans le raisonnement à vouloir que « la RSE pallie les manques du droit » (Gendron, 2010, p.73).

Le risque de dissolution de l'intérêt social dans l'intérêt général et, par conséquent, de confusion des rôles est bien réel : l'entreprise citoyenne est un oxymore très séduisant, autrement dit trompeur. Les conflits d'intérêts virent à la confusion des pouvoirs, au profit du plus fort. Sous couvert de la « gouvernance », c'est l'expression et l'avènement d'une société nouvelle où les pires formes de domination sont possibles (Albert, 2003), par des « mafias contemporaines » (Biersteker et Hall, 2001, p.13).

Conclusion

Il faut lever le « voile de l'intérêt social » qui représente une fiction (Bennini, 2013). Le droit de l'entreprise reste à construire autour de l'acte collectif, fondement possible d'une responsabilité sociale large, qui opèrerait la synthèse (Robert-Cadet, 2000). L'acte collectif offre en effet un cadre où peuvent s'épanouir plusieurs intérêts catégoriels, parfois divergents, dans un souci constant d'équilibre vers un objectif sociétal, qui transcende les intérêts particuliers.

Si le pouvoir est un fait juridique, il n'en pas de même de l'acte qui relève du droit. Car l'acte, outre son objet, est avant tout une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit. Il engage la responsabilité de ses auteurs. La mondialisation économique est un fait juridique. Les modalités de régulation, de gouvernance ou de recherche d'un ordre collectif ressortissent de la volonté, donc de la responsabilité des personnes. L'imputabilité morale, comme conscience de l'acte, est alors incontournable.

C'est un autre débat, mais loin d'esquiver celui sur la nature de la société et les intérêts à prendre en considération, il le ravive sans cesse. La réponse à cette question est nécessairement plurielle. Elle relève essentiellement de l'éthique de la responsabilité, des droits de l'Homme, plus que du droit des sociétés.

Titre 3. Les oxymores

La responsabilité sociale de l'entreprise « est l'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et leurs relations avec toutes leurs parties prenantes internes et externes (actionnaires, personnel, clients, fournisseurs et partenaires, collectivités humaines...) Et ceux afin de satisfaire pleinement aux obligations juridiques applicables et **investir dans le capital humain et l'environnement**»²²⁸.

Que vient faire le capital humain dans la RSE ? Est-ce un OJM (un objet juridiquement modifié) à l'image des OGM ? Une expérience scientifique de gestion un peu douteuse ? Au regard du droit, la notion de capital humain fait office d'un oxymore, c'est-à-dire une figure rhétorique qui vise à rapprocher deux termes (un nom et un adjectif) que leur sens devraient éloigner, dans une formule en apparence contradictoire. Car l'Homme n'est pas un bien (une chose que l'on peut s'approprier), c'est un sujet de droit. L'homme n'est pas un capital : il dispose d'un capital. La qualification, en économie comme en gestion (Denoël, 2005), de « ressources » humaines, d'« actifs » matériels, et *a fortiori* immatériels, est inappropriée car l'être humain n'est pas une marchandise que l'on peut comptabiliser en stocks. L'humain n'a pas une valeur, il n'est pas une valeur, ce serait un abus de langage ; il crée de la valeur. Mais au-delà de la force de travail ou des moyens intellectuels que l'homme peut mettre à la disposition d'une entreprise, en contrepartie d'une rémunération, que cherche les théories sur le capital humain véritablement à mesurer, sans mélanger « l'avoir et « l'être » (Pigé, 2011, p.42) qui pourrait susciter un intérêt par rapport aux autres données économiques, comptables ou financières ?

Cette nouvelle recherche épistémologique, avec un éclairage juridique, tente de cerner la notion de capital humain. Les théories sur le droit de propriété permettent de réfuter l'idée d'une ressource humaine appropriable par l'entreprise. L'analogie avec le capital financier n'est donc pas pertinente.

Du fait de la difficulté de définir le « capital humain », il en résulte une impossibilité fondamentale de l'évaluer à l'aune de critères financiers. Nous montrerons ainsi les limites de la normalisation des rapports humains de même que le risque idéologique de la certification

²²⁸ 18 juillet 2001, europa.eu.int.

du management des hommes, dès lors que le capital humain ne peut être rangé dans la catégorie des biens économiques purs.

Les biens environnementaux ne sont pas davantage des biens quoique l'idée de préserver la planète comme un bien commun soit séduisante. Mais là encore, il s'agit d'un oxymore parce que la nature n'est pas à vendre, mais à préserver pour la vie sur terre. Nous prendrons l'exemple de l'eau, et nous démontrerons que l'accès à l'eau potable reconnu depuis juillet 2010 enfin comme un droit humain n'est pas un bien et ne pouvait en aucun cas être rangé dans cette catégorie (**Chapitre 2**). La marchandisation des biens communs mondiaux est en marche. L'objectif de ce chapitre n'est pas de présenter une recherche épistémologique en droit pour des juristes mais bien pour les sciences de gestion. Il s'agit de rappeler l'ordre des priorités pour toute organisation responsable : ce qui est contraire au droit ne peut pas constituer un bon instrument de gestion, et *a fortiori* au titre de la RSO. La division suprême entre les biens et les personnes n'est pas une simple convention. Le modèle du « tout technique », ou plutôt du « tout économique », auquel est associée une techno-science qui tend à tout quantifier mesurer, prévoir n'est pas une règle du jeu acceptable (Cayol, 2003). Les abstractions juridiques ont un lien avec la nature des choses et la construction des personnes. La confusion entretenue entre biens et êtres humains est dangereuse. Elle procède d'une réification de la personne humaine. Là encore, notre analyse sera pour l'essentiel épistémologique afin de montrer les risques d'une extension de la certification aux données sociales (**Chapitre 1**).

Chapitre 1. Le capital humain : du risque épistémologique à l'idéologie de la certification

La création du Trophée du capital humain, par Mickael Page, cabinet de recrutement de cadres et le journal Le Monde, en 2009, est-il le signe de la reconnaissance de l'humain en entreprise ou, bien au contraire, un nouveau facteur de déshumanisation, l'individu au travail étant assimilé à une valeur financière?

Toutes les entreprises cotées sont désormais contraintes de rendre des comptes sur la gestion de leur « capital humain ». Cette tendance vient des Etats-Unis.

En France, la loi NRE (Nouvelles Régulations Economiques) de 2001 avait donné le pli en exigeant la communication d'un rapport de développement durable. Pour rendre les entreprises prétendument plus responsables, un nouveau pas a été franchi : au bilan économique et social, s'ajoute désormais un bilan sociétal ; à terme, les ETI (Entreprises de Taille Intermédiaire) dont les titres négociés ou non sur un marché réglementé y seraient également soumises. La loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 dite « loi Grenelle II », dans son article 225-102-1 du Code de commerce, prévoit, en effet, que le rapport de gestion comprendra « également des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité ainsi que sur ses engagements sociétaux en faveur du développement durable ». La liste des informations à fournir, en cohérence avec les textes internationaux, fait l'objet du décret n°2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale et d'un arrêté du 13 mai 2013 (JO 14 juin 2013) déterminant les modalités dans lesquelles l'organisme tiers indépendant conduira sa mission de vérification. Mais suffira-t-il d'intégrer un rapport spécifique fondé sur des critères ESG (Environnementaux, Sociaux et de Gouvernance) dans un rapport de gestion unique pour que l'évaluation de ces informations dites « extra-financières » (IEF) soit rendue possible ? Comment mesurer des données sociales à l'aune de normes purement comptables ?

Il convient donc dans une approche épistémologique, de se demander s'il est rigoureux et rationnel de se fonder sur la métaphore du « capital humain » pour tenter une évaluation de données dites extra-financières en matière sociale ? Le raisonnement n'est pas nécessairement équivalent et applicable compte tenu de l'objet. Que signifierait exactement « capital

humain » du point de vue de l'entreprise ? Quel lien opérer avec l'ISR (Investissement Socialement Responsable) ?

Aux questions théoriques et pratiques, s'ajoutent des questions plus politiques ou éthiques. Faire entrer progressivement les données extra-financières dans le champ de la finance est-il un non-sens ou le sens de l'idéologie actionnariale dominante? A qui, de l'individu ou de l'entreprise, profite, en définitive, le concept de « capital humain » ? La réponse est loin d'être évidente, *a fortiori* neutre.

Selon l'OCDE, « le capital humain constitue un bien immatériel qui peut faire progresser ou soutenir la productivité, l'innovation et l'employabilité »²²⁹. Il recouvre « l'ensemble des connaissances, qualifications, compétences et caractéristiques individuelles qui facilitent la création du bien-être personnel, social et économique »²³⁰. Au même titre que le capital physique d'une entreprise, le capital humain serait une plus-value pour l'individu : il est ainsi conçu comme facteur de croissance à la fois personnel et économique. Le développement du capital humain passe par un investissement dans l'éducation. D'où l'intérêt de l'Etat pour encadrer la formation, et de l'entreprise pour en calculer le rendement.

Notre première hypothèse est que la notion de capital humain, plus qu'une métaphore est un oxymore²³¹, au regard du droit et de la gestion.

La seconde hypothèse qui découle de la précédente, est la disqualification ou, à tout le moins, l'absence de pertinence des instruments de mesure ou leurs limites intrinsèques, compte tenu du flou ou de l'éclectisme des définitions qui rendent peu opérationnelles les évaluations.

La troisième hypothèse est qu'il existe une idéologie implicite dans ce concept : la volonté de valoriser le capital humain, loin d'être neutre, réifie encore un peu plus l'être humain dans un système capitalistique au lieu de réhabiliter l'Homme comme finalité de l'entreprise.

La duplicité de ce concept multidimensionnel (section 1) que l'on cherche à mesurer, le plus souvent, à l'aune des valeurs exclusivement financières (section 2) explique les limites de la normalisation et les risques associés de la certification en la matière (section 3).

²²⁹ « L'investissement dans le capital humain - Une comparaison internationale », OCDE 1998

²³⁰ « Du bien-être des nations : le rôle du capital humain et social », OCDE 2001

²³¹ Une figure rhétorique qui vise à rapprocher deux termes (un nom et un adjectif) que leur sens devraient éloigner, dans une formule en apparence contradictoire

Section 1. La duplicité du concept de capital humain

La littérature sur le capital humain est abondante mais la profusion est toutefois inversement proportionnelle à la clarification du concept qui demeure complexe quelle que soit l'approche disciplinaire. Rien que dans la base de données « Cairn », contenant 372 revues en sciences sociales et humaines, l'occurrence « capital humain » revient plus de 10 000 fois ! Nous avons pu y puiser 57 articles dont le titre comporte précisément l'association des termes « capital humain », et, presque autant de définitions différentes que d'auteurs !

Trois représentations, économique, comptable et gestionnaire, se sont succédé sans toutefois permettre de cerner complètement la notion d'un point de vue théorique. En droit, la terminologie achoppe sur la question des droits de l'Homme, en raison de la confusion semée entre la catégorie des biens et des personnes, le capital humain ne pouvant être la propriété de la firme.

Sous-section 1. Caractère scientifique non avéré des représentations analogiques

En économie, le capital est un stock de biens à un moment donné, figurant à l'actif d'un patrimoine. Le capital humain se définirait, par extension, comme l'ensemble des capacités productives qu'un individu acquiert par la compétence, l'expérience ou le savoir. Certains n'hésitent pas aujourd'hui à lui adjoindre le comportement, en considérant le capital humain de chaque individu comme unique (Chamak et Fromage, 2006, p.19).

Trébuq (2006) a retracé avec minutie l'évolution du concept depuis sa présentation dans les années soixante par Schultz (1961) et Becker (1962, 1975), avec une mise en perspective au niveau mondial, et notamment européenne, suite à la conférence de Lisbonne.

Par analogie au capital financier, l'individu, investit son capital humain, dans l'entreprise, contre rémunération. Il pourrait ainsi optimiser sa formation, dans l'attente d'un juste retour sur investissement.

L'idée est d'imputer à une personne un stock immatériel pouvant être accumulé, mesuré, valorisé. Les écarts dans les salaires seraient ainsi justifiés par des différences dans la quantité de stocks en capital humain et non par un taux de salaire différent par unité de stock en capital humain (Mincer, 1993, p.189)

De cette imputation, certains auteurs sont même tentés, par un rapprochement, en comptabilité (Méreaux, Feige, Mbengue, 2012), non doté d'intérêt dans une société capitalistique où la mesure des données dites extra-financières s'opère selon une adaptation aux fins de classer le

capital humain dans le capital immatériel (Gorz, 2003, Bessieux-Ollier et Walliser, 2010). L'Etat français, lui-même, dans un rapport remis au ministre des finances en janvier 2007, considère qu'il « convient de traiter économiquement le capital humain » et le range dans le capital immatériel, « la principale source de valeur » (rapport Lévy-Jouyet, p.155 et p.163 combinées).

Le glissement sémantique, séduisant en apparence, suscite effectivement de nombreuses réserves. Dans une vision mécaniste de la division du travail par le taylorisme, l'humain est conçu comme un « facteur de production, une variable d'ajustement, une marchandise soumise aux lois de l'échange économique du capitalisme » (Citeau et Barel, 2008) dont il convient de diminuer le coût pour obtenir une performance économique plus grande. Dans cette logique marchande, s'établit un « marché de l'emploi » ou du « travail »...

Cette conception réductrice, à court terme, a laissé place à l'idée d'un développement des savoirs, des savoirs faire et des talents pour augmenter la valeur ajoutée individuelle voire collective dans le processus de production. Le point de vue devient alors celui d'une entreprise qui cherche à maximiser ses profits. Ainsi Stiglitz (2007, p. 190) définit le capital humain comme « l'ensemble des compétences et de l'expérience accumulées qui ont pour effet de rendre les salariés plus productifs ».

Or, Autier (2006, 2010) souligne le caractère paradoxal de ce capital qui ne sera jamais la propriété de l'entreprise et crée un dilemme permanent quant aux investissements requis, même règlementairement, puisque une autre entreprise peut en bénéficier à terme. Quoique Chamak et Fromage (2006, p.16) considèrent aussi que le capital humain soit une richesse immatérielle, qui peut être valorisée comme un capital matériel, la somme du capital humain de chaque salarié ne saurait être le capital humain de l'entreprise, car celui-ci crée une valeur ajoutée qu'il qualifie de « capital organisationnel » (p.20). Cette fécondation est le propre de l'homme, le fruit de son travail ou d'intelligences croisées, non une addition voire une multiplication théorique de capitaux.

Perspective Théorique	Apports	Construits clés
Théorie du Capital Humain	Lorsqu'une firme recrute des individus pour prendre en charge ses activités, elle acquière du capital humain. Elle recrute des individus pour le capital humain qu'ils détiennent. Elle décide d'investir ou de ne pas investir pour développer ce capital sur la base d'une estimation de retour sur investissement et donc uniquement lorsque le retour attendu est perçu comme supérieur au coût. En conséquence, elle va avoir tendance à privilégier l'investissement dans le capital humain spécifique (c'est-à-dire des compétences uniquement mobilisables pour ses activités), car il est souvent trop risqué pour elle d'investir dans du capital humain générique (des compétences mobilisables ailleurs dans d'autres entreprises). La firme fait donc face à un dilemme permanent : investir dans des individus (pour adapter leurs compétences au besoin de l'activité) mais en même temps accroître la probabilité qu'ils partent sur le marché du travail valoriser leur capital. Investir dans du capital... dont elle n'est pas réellement propriétaire !	Capital humain Capital humain générique Capital humain spécifique Retour sur investissement
Théorie des Droits de Propriétés	La forme parfaite d'organisation est l'entreprise individuelle (tous les attributs des droits de propriétés sont dans les mains d'un seul individu); la firme apparaît lorsque le travail à plusieurs est nécessaire et que l'on ne peut distinguer précisément les contributions individuelles à l'effort collectif. Les individus qui acceptent de se salarier se retrouvent à vendre une partie de leurs droits de propriété sur leur travail à l'employeur contre un salaire ; l'employeur conserve, pour lui-même, toute la valeur résiduelle du travail (le profit). Cette valeur résiduelle est sa rémunération pour prendre en charge l'organisation et le contrôle du travail dans la firme.	Les droits de propriété recouvrent 3 types de pratiques : <ul style="list-style-type: none"> ▪ la capacité à utiliser le bien possédé (<i>usus</i>) ▪ la capacité à bénéficier des fruits qu'il peut générer (<i>fructus</i>) ▪ la capacité de faire ce que l'on veut : le vendre ou le détruire (<i>abusus</i>)

Extrait (Autier, 2010, Figure 1, p.120) du tour d'horizon de l'apport des théories économiques à la compréhension des choix de GRH des firmes.

Gorz (2003) pousse le raisonnement plus loin, en estimant que ce capital n'est pas même la propriété de l'individu, qui ne peut véritablement s'approprier les connaissances (bien commun pur). Autier (2006) considère également qu'une asymétrie de droits et d'informations caractérise les investisseurs en capital humain par rapport aux détenteurs de capitaux financiers tant en termes de rémunérations que de pouvoirs (pas de contrôle, pas d'accès direct ou indirect aux instances de gouvernement), même si une tendance à faire participer les salariés dans la gouvernance des entreprises voit le jour, avec ou sans actionnariat-salarié.

On peut aussi noter toutes les limites liées au contenu même du capital humain, qui décontextualisé ou sans investissement continu, devient inutile ou obsolète. Certains notent également les risques de destruction par mauvais climat social (Doucet, 2008) ou dépréciation résultant des périodes de chômage (Belan et Chéron, 2011).

Le concept s'avère donc fragile ou très pauvre. L'idéologie s'opposant à la science, les distorsions sont telles que certains considèrent même cette théorie du capital humain comme fautive (Poulain, 2001).

Sous-section 2. Une recherche de fondement scientifique par les pratiques en gestion

Néanmoins, le concept de capital humain est souvent mobilisé en gestion pour justifier les nouvelles tendances en ressources humaines. En atteste la dynamique de recherche autour de ce concept afin d'en dégager des outils d'analyse socio-économiques. Sont mises en lumière les meilleures pratiques des entreprises dans l'éducation, le savoir-faire, la migration et même la santé (Simmonet 2003, Sultan-Taïeb *et alii*, 2009). Des études fleurissent sur les rendements dans les stratégies d'investissement des firmes dans la formation (synthèse par Card 2001), la gestion des savoirs comme ressource stratégique (Méreaux *et alii*, 2012) qui renvoient plus généralement à l'économie de la connaissance. L'Université Pierre-Mendès France à Grenoble a lancé la chaire de recherche « Capital humain et innovation » pour trouver les moyens d'optimiser la place du facteur humain et créer un climat d'innovation (Defélix, 2009). Lui emboîte le pas, tout récemment, la Fondation Bordeaux Université, qui ouvre une nouvelle chaire sur le « capital humain » dont le titulaire est Stéphane Trébucq.

En s'inspirant de l'approche de Boltanski et Thévenot (1987,1991), Guillard et Roussel (2010, p.169s.) ont avancé l'idée originale d'une convention de capital humain. Ainsi s'expliquent les grilles de salaires par secteurs d'activités, les taux de rémunérations

correspondant à des niveaux de formation et des diplômes, fondés sur des croyances et des références normatives.

Mais en considérant les rapports salariaux uniquement sous l'angle marchand, l'évaluation se résout, le plus souvent, à calculer une masse salariale, pondérée par un indice de compétences et connaissances (Méreaux, Feige, Mbengue, 2012). En pratique, cette approche est sans grand intérêt car elle méconnaît les modes de reconnaissance extrafinanciers, difficilement évaluables, pourtant très prisés en matière de valorisation du capital humain. Effectivement, certaines entreprises, comme TNT par exemple, n'ont pas hésité à proposer toute une palette de récompenses, dont l'objet n'est pas toujours pécuniaire, pour remercier les collaborateurs fidèles : l'étalon de mesure de la performance est fixé, de manière systémique, sur le degré d'engagement de chacun d'eux, au-delà du « contrat » de travail²³².

Car n'entrent pas seulement dans le capital humain des éléments objectifs tirés des capacités physiques et intellectuelles. Pêle-mêle, rangés sous la même bannière, le capital humain recouvre à la fois les compétences générales, spécifiques, techniques (Guillard et Roussel), mais également le leadership, le design organisationnel ou capital structurel (développés par le cabinet Deloitte Canada, sur les traces de Kaplan et Norton, 1996) le savoir, le savoir-être et les réseaux. Le capital relationnel ou capital social est alors englobé dans le capital humain. Dans une conception moderne et plus subjective encore, le capital humain comprendrait aussi « les valeurs de la société, sa culture et sa philosophie » (Hoarau et Teller 2001, p. 193)... Dès lors n'est-on plus surpris de découvrir de nombreux cabinets de consultants proposer des cours à l'intention des cadres dirigeants aux fins d'améliorer leur capital confiance ou leur capital empathie... avec l'assurance que l'entreprise augmenterait ainsi substantiellement son capital immatériel...

Le concept de capital humain, au-delà de l'aspect conventionnel (Guillard et Roussel, 2010, p.169) aurait-il un effet placebo ? Ne serait-il pas alors plus simple de poser la question à l'envers ? Qu'est-ce qui ne relève pas du capital humain ?

Ce questionnement n'a pas échappé à certains scientifiques qui ont recherché, une définition plus rationnelle, précise et tangible. Certaines voix dissonantes, et non des moindres, ont apporté quelques tempéraments à l'enthousiasme ambiant, et ont reconnu que ce concept était fragile (Bounfour, 2006, Poulain, 2001) du fait de l'aporie épistémologique. D'autres en ont logiquement conclu qu'il était même dans l'impasse (Autier, 2010).

²³² Intervention de Frédéric Faye, DRH de TNT Express France, conférence-débat sur le thème « Ethique et engagement, pourquoi, pour quoi ?... » organisée par l'ALEES, à l'IAE, Université Lyon III (30/10/2012).

C'est ainsi que la spécificité du capital humain a été recherchée. Pour ne pas assimiler le capital humain aux ressources humaines, Autissier (2010, p. 96 et 109) émet l'hypothèse que « la capacité de transformation pourrait être une des composantes majeures du capital humain », alliée au potentiel (employabilité et compétences) et à la motivation (engagement). Pour d'autres, l'objectif est, de ne pas réduire la mesure du capital humain au calcul de la masse salariale uniquement (Mincer, 1993), mais de déceler la valeur ajoutée créée par l'individu dans l'entreprise. Par extension, le capital humain serait un « passif capitalisé » (Fourmy, 2012, p.66) laissé par tous ceux qui ont contribué au développement des avantages concurrentiels de l'organisation. Sous la direction de Jean-Marie Peretti, une centaine d'experts ont cherché ainsi à identifier les talents et la façon dont la firme pouvait développer des routines organisationnelles performantes (« Tous talentueux », 2008), tout en notant que le caractère humain de ce capital rendait sa gestion très délicate.

La finalité est de traduire, par une inversion de perspective, le capital humain sous forme d'investissement, non de se contenter de la comptabilisation d'une charge financière, par une mise en relation du coût et de la valeur (Malleret, 2009). Le capital humain, individuel ou collectif, serait la prise en considération de l'« élément humain » qui crée de la valeur au-delà de ce qui était attendu contre la rémunération (Fourmy, 2012, p.66). Cette théorie de la spécification, qui rejoint la théorie de la sélection en sociologie, remet en question la conception classique du capital humain, mais peine à s'imposer faute de pouvoir dégager substantiellement une « frontière de gains » (Nordman, 2002, p.650). En fait le capital humain est encore une fois assimilé, sans l'avouer, à un bien dont la valeur se définirait, de manière très classique, par incorporation des salaires, du profit et de la rente...

Mais l'Homme n'est pas un bien, un produit, une chose qui se vend ou s'échange sur le marché. Le droit distingue la libre circulation des personnes, des biens et des capitaux. Juridiquement, ces catégories ne peuvent être confondues.

1. La confusion entre les biens et les personnes

Au regard du droit, la notion de capital humain fait effectivement office d'un oxymore car l'Homme n'est pas un *bien*, c'est-à-dire une *chose* que l'on peut s'approprier. L'esclavage est aboli. L'Homme est désormais considéré comme une personne. Il y a une antinomie fondamentale entre les *personnes* et les *choses* (Malaurie, 2001, p.31). L'épithète « humain » accolée au terme « capital » est inappropriée. Le corps humain est le *substratum* de la personne : son caractère est donc sacré (Carbonnier, 1995, p.16). Il en résulte son

indisponibilité et son inviolabilité : le corps est hors du commerce²³³. L'être humain n'étant ni une chose, ni un bien, ni un bien incorporel, *a fortiori*, puisqu'il est avant tout un être vivant avec un corps avant d'être une personne, au sens juridique, l'entreprise ne saurait par conséquent en être propriétaire ! Selon cette interdiction juridique fondamentale, il ne devrait pas être admis de qualifier le travailleur, en économie ou en gestion, de « ressource », d'« actif », ou de « valeur ». Ni l'Homme n'est un capital, ni le capital n'est humain.

La confusion entre les biens patrimoniaux et les personnes procède de l'analogie pernicieuse entre capital humain et capital financier : l'humain dispose d'un capital ; il ne constitue pas le capital lui-même. Comment oublier la fameuse trilogie des Charles (Aubry et Rau) : « pas de patrimoine sans une personne, pas de personne sans un patrimoine, un seul patrimoine par personne » (Sève, 1979, p.247) ? Les connaissances peuvent être classées au titre du patrimoine de l'humanité, sans que personne, individuellement et exclusivement, puisse s'en rendre maître, mais l'humanité ne saurait être le patrimoine lui-même ! On rejoint ainsi le raisonnement de Gorz sur les conséquences qui en résultent en matière d'appropriation ou de mise à disposition de l'entreprise.

La théorie de la convention, si chère aux gestionnaires en matière de capital humain, se heurte irréductiblement à son objet. Si l'être humain n'est pas un capital, sa force de travail n'est pas exactement la propriété de l'entreprise non plus. Dans le sillage de Blair, Coff, Davenport et Walker²³⁴, Guillard et Roussel (2010) reconnaissent qu'il n'est pas possible « d'acquérir » du capital humain, car l'entreprise ne détient pas de droits de propriété formels sur les salariés qu'elle emploie : les collaborateurs ne représentent pas des « actifs » au sens comptable. Et ces auteurs de conclure avec humour sur une lapalissade : « En somme pour mettre en valeur le capital humain, il ne faut pas traiter les individus comme un capital ! » (p.167-168).

A l'image du capital financier, l'individu est perçu comme un propriétaire qui met à disposition un capital, tout comme l'actionnaire. Mais, la formule est impropre car selon le degré d'implication, l'entreprise n'est jamais en possession réelle de ce capital. Celle-ci n'acquiert véritablement de propriété que sur les fruits du travail. En outre, leurs droits et leurs pouvoirs dans l'entreprise sont très différents (Autier, 2006). La gouvernance partenariale n'a pas supplanté la gouvernance actionnariale (Charreaux, 2007), loin s'en faut ! En aucun cas, les salariés ne sont propriétaires de l'entreprise. Leurs risques et leurs

²³³ Article 16-1 du Code civil français, en particulier l'alinéa 2 : « Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial », combiné à l'article 1128 du même code : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ».

²³⁴ Cités par Guillard et Roussel, 2010

rémunérations ne sont pas de même nature. Les dividendes ou les plus-values versés à l'actionnaire sont effectivement aléatoires à la différence des salaires. L'actionnaire n'est pas juridiquement un créancier et en cas de liquidation de la société pour insuffisance d'actif, seul l'apporteur en capital financier risque de perdre sa mise de fonds, ou même d'engager sa responsabilité au-delà de son apport. Au pire, le capital humain peut être déprécié en cas de chômage partiel ou total voire devenir obsolète en cas de disparition de la firme, mais, en principe, il peut toujours être mis à disposition d'une autre entreprise car il est inséparable de son détenteur (Autier, 2006). Les profits et les pertes ne sont donc pas partagés de la même façon.

L'entreprise n'a pas de droit de propriété sur la main d'œuvre, non pas parce qu'« elle n'est pas une chose comme les autres » (Poulain, 2001, §23) mais tout simplement parce qu'elle n'est pas une *chose* ! L'entreprise ne peut donc exercer sur elle un droit « réel », c'est-à-dire un pouvoir direct et immédiat sur une *chose*, au sens latin du terme *res*. Les conventions internationales du travail et le droit social garantissent, en principe, dans de nombreux pays, les travailleurs contre le pouvoir des entreprises d'en disposer à leur guise. L'entreprise n'est pas plein propriétaire de son personnel : l'*abusus* et l'*usus*²³⁵ lui sont interdits. Ce n'est que, par convention, que le *fructus*, autre attribut du droit de propriété, si l'on peut comparer ainsi le fruit du travail de l'homme à celui d'un bien immeuble comme un arbre, revient à l'entreprise contre rémunération.

Et c'est bien dans cette logique, que la comptabilité ne range pas le capital humain dans le capital physique, puisqu'il n'est pas un bien meuble ou immeuble, alors même, justement, que l'homme est un être physique et non immatériel. Classer le capital humain dans le capital immatériel est constitutif d'une double hérésie au regard des sciences juridiques ! La comptabilité, souvent imprégnée de règles de droit, n'est pas tombée dans le piège de la séduction analogique : le capital humain n'est tout simplement pas répertorié comme tel... C'est heureux, sinon révélateur du hiatus.

En droit des sociétés, seul l'apport en *industrie*, que l'on distingue de l'apport en numéraire, se rapproche de l'idée de l'apport en capital humain : mais rarement compris dans le capital social des grandes sociétés, il ne représente pas le principal apport en capital. En outre, associé aux profits et aux pertes, l'apporteur en capital en industrie reçoit en échange de son capital des parts sociales qui sont rémunérées sous forme d'intérêts. Le statut des apporteurs

²³⁵ *abusus* et *usus* : attributs du droit de propriété. L'*usus* ou droit d'usage est le droit de détenir, d'utiliser, et par extension de louer un bien. L'*abusus* est le droit de disposer matériellement d'un bien, de l'aliéner – par cession, c'est-à-dire don, échange ou vente au sens juridique - ou de le détruire.

en industrie et des salariés ne sont donc pas comparables. Les uns sont des associés considérés souvent comme les véritables propriétaires de l'entreprise, les autres sont des collaborateurs, des personnes sous contrat avec l'entreprise.

Aussi, en confondant un contrat de travail avec un apport en capital, « le sujet est pensé comme un objet, l'être y est pensé comme un avoir. Avec l'idée du capital humain, la réification atteint son apogée » (Poulain, 2001, p.16). On réhabilite ainsi, par idéologie ou naïveté, les dérives scientistes. L'inversion des valeurs a effectivement connu son paroxysme à l'époque du nazisme et du stalinisme. La terminologie employée par ces régimes totalitaires est révélatrice : le « matériel humain » n'est autre qu'un facteur de production... Sans que nous en ayons bien conscience, le concept « capital humain » provient historiquement d'une période où les pires crimes de l'humanité ont été commis au nom d'idéologies politiques meurtrières (Supiot, 2005, p.105, note 4). Derrière l'humour affiché, le film de Charlie Chaplin, « Les Temps Modernes », en 1936, était porteur de cette symbolique où l'homme n'est plus qu'un rouage broyé par une machine infernale. Cette instrumentalisation ou fétichisation était pourtant latente chez Karl Marx puisque, le premier, il distingue le travail de la *force* de travail, cette dernière ayant une valeur, comme toute autre marchandise (Le Capital, Livre I, 1969, p.133) encore appelé « capital travail »...

Comment s'étonner encore que les licenciements soient appelés vulgairement des « dégraissages », et les licenciements collectifs des « charrettes » ? L'Homme n'est pas un « moteur » de la croissance et de la richesse des nations...

Le droit, pour lutter contre ces processus de déshumanisation, s'est opposé à l'Homme-objet, en énonçant que l'Homme est sujet de droit(s). Toute la construction des droits de l'Homme repose sur ce postulat. Toute autre hypothèse conduirait à pouvoir répondre à la question cynique suivante : quel amortissement prévoir pour un employé, un collaborateur, ou tout simplement l'être humain ? Or, jamais la méthode des coûts (historique, remplacement ou actualisé à la valeur des salaires) n'a été mise en pratique. C'est heureux !

Ni la théorie du capital, ni celle sur les droits de propriété ne sont donc satisfaisantes en droit, comme en économie. Pour autant, une approche comptable des ressources humaines existe aujourd'hui dans toute entreprise. Or, derrière ces innovations comptables, se profile un capitalisme financier « total » (Peyrelevade, 2005) où la « juste » valeur, sous l'influence des lobbies comptables, appuyés par des organismes internationaux de normalisation (Capron, 2005), bascule vers une valeur exclusivement patrimoniale à destination des investisseurs.

Aujourd'hui un bon salarié est celui qui met en œuvre une compétence dans ce qu'on lui demande de faire, demain il s'agira de faire de « chaque collaborateur un acteur du changement créateur de valeur » (Karolewicz, 2010, p.16). Mais de quelle valeur s'agit-il ?

Section 2. Valeur(s) du capital humain

La question centrale repose en définitive sur la définition donnée au mot « valeur ». Or, entre l'estimation mathématique d'une quantité ou d'une qualité quelconque, la force attribuée à une chose, intellectuelle ou physique, ou les critères de distinction entre le Bien et le Mal selon un code moral (Bergery, 2011, p.24), quelle définition choisir ? La polysémie du terme, la multiplicité des usages et les variations de sens selon l'emploi du singulier ou du pluriel rendent la recherche encore plus complexe.

Lorsque que l'on cherche à évaluer le capital humain, c'est une approche davantage constructiviste qui sous-tend la démarche dont le but est de tenter de calculer l'apport financier par les capacités productives des salariés, employés et collaborateurs, mais également la plus-value générée par la prise en considération de l'humain en entreprise. L'éthique prend alors tout son sens dans la définition attribuée au mot « valeur » ou « valeurs ». La performance provient alors de la rationalisation du lien entre l'individu et le collectif, plus couramment appelée le management par la valeur ou par les valeurs (Claude, 2003).

Mais, force est de constater que cette hypothèse de recherche peine à s'imposer face à la multitude des méthodes d'évaluation proposées, qui développent inexorablement les outils financiers au détriment d'une amélioration des conditions de travail ou d'une performance sociétale.

Sous-section 1. Définition de la valeur

Le mot « valeur » a une connotation avant tout économique. Il faut donc rechercher en économie sa toute première signification. On découvre déjà dans cette discipline la difficulté à appréhender la valeur, souvent assimilée à la valeur financière. L'estimation chiffrée est alors confondue avec le prix ou valeur d'échange objective en rapport dialectique avec la valeur d'usage plus subjective (Mouchot, 1994, p.8). Néanmoins, ce sont les autres disciplines, comme la philosophie, la sociologie, l'anthropologie, la science politique qui offrent un éventail de définitions et d'applications managériales plus riche en matière de capital humain. Plusieurs conceptions de la valeur ont été effectivement proposées en économie. On oppose classiquement la valeur-travail à la valeur-rareté (Ricardo, 1971, p.26) : la valeur d'un bien

serait égale ou proportionnelle à la quantité de travail nécessaire à le produire (valeur-travail) et non à une valeur d'échange (valeur-rareté) fixée sur un marché en équilibre entre l'offre et la demande (un bien recherché aurait ainsi une valeur plus importante qu'un bien en abondance ou qui ne fait pas l'objet d'une demande). Plusieurs critiques ont été adressés à cette définition, d'un point de vue conceptuel, qui suppose une concurrence pure et parfaite. D'un point de vue empirique, également, elle méconnaît, au-delà du prix, la valeur en tant que construction sociale (Malleret, 2009, p.14) et laisse de côté la notion de coût (Mévellec, 2005). Une main d'œuvre inadéquate, insuffisamment qualifiée ou en quantité trop importante dans un secteur donné pourrait économiquement correspondre à une valeur proche de zéro, mais c'est sans tenir compte de l'employabilité, des habiletés ou du potentiel d'adaptation des personnes considérées : en ce sens, le capital humain, par sa dynamique interne, est un capital physique et variable ! Sur le plan juridique, la valeur-travail, quant à elle, ne résout pas toujours la question de la propriété ou du partage des profits. Ainsi, dans le cas de l'inventeur salarié, sauf convention contraire, tout dépend de l'objet de la mission confiée au salarié et la rémunération n'est pas toujours en lien avec le bénéfice tiré de l'exploitation du brevet déposé par l'entreprise. Le raisonnement juridique peut être différent en cas de spécification (création un produit à partir de la chose d'autrui). En principe, la loi attribue le produit au propriétaire de la matière, comme si le travail était une composante du produit lui-même. Mais si la main d'œuvre est la part la plus importante, et qu'elle surpasse de beaucoup la valeur de la matière, la solution est inversée : c'est le spécificateur qui devient propriétaire à charge d'indemniser celui à qui appartenait la matière au prix estimé à la date de remboursement (article 571 du Code civil). C'est l'application de la règle « l'accessoire suit le principal » qui lui confère son régime juridique. En résumé, évaluer le capital humain à l'aune des capacités de transformation (valeur-travail), n'est pas sans risque pour une entreprise : il convient de bien anticiper par des clauses contractuelles à insérer dans le contrat de travail, la répartition des pouvoirs et des bénéfices, dans le cas où la part de l'industrie serait réputée la partie principale. A défaut, c'est la solution la plus avantageuse qui s'appliquera au salarié. Les droits d'auteur relèvent d'un régime similaire, sauf renoncement au droit moral sur l'œuvre. On vérifie ainsi que juridiquement, que toute entreprise n'est pas en principe titulaire de droits sur le capital humain.

Puis les néoclassiques comme Léon Walras ont proposé une définition de valeur-utilité, qui pose la question de sa mesure. La question est déjà épineuse compte tenu de sa subjectivité, elle est encore bien plus délicate lorsqu'elle se rapporte à la mesure opérationnelle du capital humain. L'idée est de conférer une valeur à ce qui jusqu'à présent n'a jamais été porté au

bilan, ni dans les comptes d'une entreprise, à savoir : les compétences, le bien-être des salariés, l'assiduité, la fidélité, la confiance ou parfois plus subtilement de proposer de ranger dans la catégorie des investissements, ce qui auparavant figurait dans les dépenses de fonctionnement. Les charges salariales, les coûts de formation, les dépenses en matière de R&D pourraient ainsi être reclassées en fonction de leur utilité, de la plus-value escomptée ou réalisée.

Néanmoins, la valeur dégagée ne se différencie guère, dans ces conditions, de la valeur d'usage définie au siècle dernier ! Trop floue également, car elle procède d'un mélange entre la valeur ou potentiel (savoir, expérience et talent) d'une personne à ses valeurs morales (engagement, fidélité, savoir-être de manière générale), cette idée a été supplantée par la théorie socio-économique des organisations, permettant l'évaluation par personne de la conversion des coûts cachés en valeur ajoutée pour l'entreprise (Savall & Zardet, 1987, 2000). Par extension, la valorisation du capital humain, qui postule ainsi ses capacités de transformation, s'est traduite par une recherche de l'amélioration des conditions de travail, des systèmes d'organisation et de communication, de développement des droits de l'Homme dans l'entreprise pour éviter les coûts de contentieux, absentéisme, *turn over* excessif, fraudes, vols, abus de biens sociaux... C'est donc la mesure, non plus de la valeur du capital humain mais de certaines valeurs, qui est recherchée, pour dégager une « performance durable avec l'activation stratégique du potentiel humain » (Cappelletti, 2010, p.141). Or, dans cette analyse fonctionnelle, la valeur dégagée n'est rien d'autre que le chiffre d'affaires !

Certains auteurs, en gestion, ont alors développé différentes approches de la valeur pour trouver la juste valeur (*fair value*) (Giodano-Spring et Lacroix, 2007), ou la valeur intrinsèque (*stand alone*) (Pluchart, 2010, p.7-9). C'est à la fois une recherche de la valeur fondamentale ou stratégique de l'entreprise (Hirigoyen et Caby, 2005). D'autres n'hésitent pas à qualifier le processus de création de valeur qui intègre la représentation des parties prenantes, comme s'inscrivant dans une démarche de gouvernance de l'entreprise : l'idée d'une valeur partenariale fait ainsi son chemin (Charreaux, 2007). Mais aucune de ces théories n'épuisent le sujet.

La réponse est alors davantage d'ordre politique, éthique ou philosophique : comment mettre un peu d'humanité dans les rapports sociaux ? Quelles seraient, en conséquence, les valeurs à prendre en considération ?

Sous-section 2. Management par la valeur ou les valeurs

Le management par la valeur ou les valeurs (Duverge, Silva et Vercoestre 2010, Claude, 2003) devient alors l'épicentre de l'appréciation du capital humain, autrement dit la « gestion des ressources humaines » est une question de philosophie avant tout. Dans la logique de l'axiologie des droits de l'Homme, seul le management, par les valeurs ou par la valeur, a finalement une signification pour rationaliser le lien individuel avec le collectif.

« Choisir de poser les problèmes en termes de valeur, c'est choisir de rechercher le sens et les lois de toute économie quelle qu'elle soit » (Perroux, 1943). Donner du sens (spécificité du management selon Silva et Duverge, 2010, p.78) prend le pas sur l'enjeu économique de l'estimation de la relation sociétale. Pour tenter de dépasser l'oxymore, dans un processus de responsabilisation sociale dans les entreprises il convient de chercher à conjuguer la performance économique tout en assurant le respect voire la promotion des droits sociaux et humains (Lepissier, 2001).

Les valeurs sont des principes selon lesquels les gens devraient vivre et sur les fins qu'ils devraient poursuivre. Elles sont générées par des processus de socialisation au sein d'une communauté ou d'une société. Les valeurs font l'objet d'un processus d'apprentissage (Lalande, 2010 ; Godelier, 2008 ; Thevenet, 2011). Elles s'expriment souvent sous la forme de généralités en quelques mots et donnent rarement des indications sur la façon dont une action ou une décision doit être évaluée. Selon Rokeach, elles indiquent ce qui est souhaitable pour l'organisation soit en termes de modalités ou de méthodes (valeurs instrumentales) soit en termes de finalités et objectifs (valeurs terminales). Sur ses traces, Schwartz définit les valeurs comme des concepts ou croyances qui se rapportent à des fins ou des comportements désirables et répondent à des besoins. Valette-Florence a encore amélioré le modèle ; Kahle en revanche a simplifié l'échelle de valeurs sous l'angle psychologique. On retrouve tous les développements sur ces 4 inventaires destinés à fournir une grille de lecture complète dans l'article introductif de Bergery sur le management par les valeurs (2011) et une synthèse (p.44) :

Rokeach	Rokeach Value Survey (RVS) : 36 valeurs (dont 18 terminales et 18 instrumentales)
Kahle	List Of Values (LOV) : 9 valeurs terminales
Schwartz	10 dimensions avec 56 valeurs
Valette-Florence	13 dimensions avec 42 valeurs

L'éthique parfois a, de surcroît, une prétention à l'universalité, par delà les différences culturelles. L'idéologie des droits de l'Homme participe de cette éthique à vocation universaliste qui progressivement s'impose dans les entreprises, comme « la » valeur de référence. Le respect des exigences légales et des normes internationales publiques est une condition nécessaire mais non suffisante.

C'est ainsi que les principes directeurs de l'OCDE²³⁶, révisés en mai 2011, recommandent aux entreprises multinationales de respecter les droits humains internationalement reconnus dans toutes leurs opérations et relations d'affaires, y compris avec leurs fournisseurs et sous-traitants. Les entreprises signataires sont désormais explicitement tenues de mettre en place des processus visant à prévenir et réduire les impacts négatifs de leurs activités, ainsi qu'à éviter toute complicité dans des violations des droits humains²³⁷ et ce, même dans la chaîne de valeurs. A défaut d'une véritable promotion des droits de l'Homme, un devoir de vigilance, conforme aux préconisations de John Ruggie²³⁸, s'impose pour éviter les risques juridiques liés aux plaintes pour atteintes aux droits de l'Homme (Loeve et Doucin, 2010) qui pourraient notamment être déposées dans les points de contacts nationaux (PCN). Ces principes deviennent alors juridiquement contraignants, « propulsés au rang de principes généraux du droit » (Cadet, 2010a, p. 417 ou spéc. note 174) pour toute entreprise sur le territoire d'un Etat appartenant à l'OCDE, quelle que soit son implantation géographique.

Notons également que le glissement sémantique de « capital travail » à « capital humain » opère une jonction remarquable qui floute la frontière entre droits de l'Homme et droit du travail. Or, avec la montée en puissance des normes de RSE, une sorte de tronc commun entre l'OIT et le Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies est désormais identifié²³⁹. De ce fait, toutes les entreprises, quelle que soit leur taille, quel que soit leur secteur d'activité, sont

²³⁶ Aux 34 Etats de l'OCDE, se sont en effet ajoutés l'Argentine, le Brésil, l'Egypte, la Lettonie, la Lituanie, le Maroc, le Pérou et la Roumanie très récemment.

²³⁷ <http://www.humanrights.ch/fr/Dossiers/STN/Normes/Principes-directeurs-OECD/index.html>

²³⁸ Rapport des Nations unies, Assemblée générale, Conseil des droits de l'Homme, par le représentant spécial du secrétariat général chargé de la question des droits de l'Homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, A/HRC/11/13 du 22 avril 2009, GE.09-12889 (F), 090709, 310809, sur la Promotion et protection de tous les droits de l'Homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement ; Les entreprises et les droits de l'Homme : vers une traduction opérationnelle du cadre «protéger, respecter et réparer», disponible sur : <http://198.170.85.29/Rapport-Ruggie-Conseil-Droits-de-lHomme-22-avr-2009.pdf>

²³⁹ Intervention de Michel Doucin (4 juillet 2011), Ambassadeur chargée de la bioéthique et de la RSE auprès du Ministère des affaires étrangères et européennes, lors de l'assemblée générale de l'ORSE sur le thème : « Quel est l'impact à prévoir des « Principes directeurs du Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies sur les droits de l'Homme et les entreprises » adoptés le 17 juin 2011 ?

invitées à considérer les 8 Conventions fondamentales de l'OIT comme un préalable requis en matière de respect et de promotion des droits de l'Homme par les instances onusiennes. Cette évolution épistémologique parallèle dans diverses disciplines scientifiques est intéressante.

Elle trouve également un écho favorable en gestion des ressources humaines. Le management par la valeur ou par les valeurs se traduit selon différentes approches (Riccardi, 2007 Pesqueux, 2011a), comme une recherche d'équilibre pour satisfaire les attentes sociales tout en satisfaisant les intérêts collectifs de l'entreprise, dans un système hiérarchisé de valeurs.

Approche axiologique	Approche déontologique	Approche téléologique	Approche ontologique
Principes d'action Valeurs	Devoir Processus	Finalité Résultat	Idéal Utopie politique

La quête ultime à travers la notion de capital humain c'est la mesure de la création de valeur par l'Homme au travail ou les modalités de valorisation des valeurs créées dans le respect de la valeur de référence que représentent les droits de l'Homme.

Trois niveaux peuvent être décelés (Castellano *et alii*, 2011, p. 126), où se crée et est captée la valeur : la société (macro), l'organisation (méso) et l'individu (micro). Le management par les valeurs vise un partage des valeurs dans un groupe, plus ou moins consciemment (Pesqueux et Biefnot, 2002), parfois dans la chaîne de valeurs, entre les niveaux.

De manière inductive, les gestionnaires cherchent à travers des indicateurs, des modèles d'évaluation et de pilotage de la performance globale, plus particulièrement au niveau de l'entreprise (organisation).

Sous-section 3. Les instruments de mesure de la valeur du capital humain

En gestion, la théorie du capital humain a effectivement toujours ses adeptes et se déploie avec un relatif succès dans le cadre d'une approche managériale, afin de tenter d'apprécier la création de valeur organisationnelle ou partenariale, voire sociale, au-delà la valeur financière d'une entreprise. Les méthodologies sont variées mais ne peuvent pallier la faiblesse des concepts.

Les théories managériales récentes (théorie de l'agence, théorie des coûts de transaction, théorie des ressources) ont effectivement stimulé la dynamique des travaux sur le capital humain mais, compte tenu de l'ambiguïté de la notion de capital humain et de la difficulté de maîtriser le concept de valeur(s), les résultats sont loin d'être probants. Dans l'absolu, seul l'être humain crée de valeur ou des valeurs, encore appelées richesse ou richesses...

Nous brosserons un tableau rapide et non exhaustif de quelques outils mis en œuvre pour appréhender la mesure du capital humain, afin de montrer les limites de cette démarche essentiellement inductive.

L'insuffisance des indicateurs financiers pour gérer l'entreprise, à long terme, a incité les organisations à piloter la performance à des niveaux plus opérationnels en proposant des cadres conceptuels fondés sur des indicateurs de capital humain (ICH) non financiers. L'intérêt pour ce type de méthodologie va croissant mais leur utilisation demeure faible et leurs résultats souvent très difficiles à interpréter faute de fondements comparables s'avèrent peu pertinents. Trois des plus forts pourcentages des répondants extraits du tableau des obstacles à la mise en place des ICH permettent de s'en convaincre (Gates et Langevin, 2010, p.135) : 57% pensent, qu'« une définition commune du capital humain est trop compliquée à trouver », 63% s'accordent à reconnaître que « l'utilité des ICH n'est pas démontrée » et 54% dénoncent les incohérences de ces indices par rapport aux opérations globales²⁴⁰.

Le *Balanced Scorecard* de Kaplan et Norton (1992) apparaît l'instrument de mesure le plus abouti pour un certain nombre de scientifiques (Cauvin et Neunreuther, 2009, p.186, Reynaud, 2009, p.111). Pour autant, ce tableau de bord offre surtout un schéma explicatif en termes de liens de causalité relativement à la performance financière, la satisfaction client, l'efficacité des processus internes, et enfin l'apprentissage organisationnel. Tout le tableau de bord est renseigné sous formes de données chiffrées. Enfin, le TSR (*Total Shareholder Return*) ne constitue plus l'unique critère pour évaluer la création de valeur globale dans une entreprise. Toutefois, le capital humain représente un élément parmi d'autres à prendre en considération dans les ressources stratégiques : il ne fait pas l'objet de développements majeurs.

Chamak et Fromage sont allés plus loin dans la recherche spécifiquement sur le capital humain, en mesurant l'adaptation des compétences à la stratégie, en jugeant l'adhésion et l'engagement, en appréciant le climat social et en proposant *in fine* un nouveau tableau de bord du capital humain ou CORE. Le tableau de bord de capital humain spécifique proposé, se déploie en trois axes (développement et mobilisation des compétences, cohésion et engagement, structure et organisation) dans lesquels chaque indice global est décortiqué avec minutie à partir de chiffres-clefs pour calculer notamment la satisfaction des salariés sur une échelle de valeurs de 1 à 5 (Chamak et Fromage, 2006, p.189). L'éclectisme des données ne

²⁴⁰ Nous avons dégagé ces pourcentages, pour notre propre analyse, en faisant l'addition de deux colonnes (celle sur le degré d'importance modéré et celle sur le degré d'importance jugé significatif de l'obstacle à la mise en place de l'ICH)

permet pas d'obtenir la performance globale de l'entreprise faute de pouvoir comparer les résultats chiffrés avec des unités de mesure similaires ou sur des questions de même nature. Quel est le lien direct, par exemple, en le nombre de départ des ingénieurs et le pourcentage des salariés ayant atteint ou dépassé leurs objectifs ?

Dans une vision qui se veut dynamique, et non statique, les sondages de l'Institut Gallup innovent en évaluant le potentiel humain en action²⁴¹. Néanmoins, ces études empiriques se bornent, le plus souvent, à l'analyse des retours de questionnaires d'enquêtes selon des méthodes de recherche utilisées dans le marketing.

Mais la plupart des analyses en gestion relèvent plutôt de la scientométrie (Bessieux-Ollier et Walliser, 2010). Si l'exercice intellectuel est intéressant, il ne saurait, pour autant, emporter l'adhésion sur le fond, car le débat conceptuel s'auto-alimente, par ce système, et, il devient difficile de résister à la force illocutoire d'une littérature, surtout lorsqu'elle est de qualité. Et, de surcroît, ces études novatrices demeurent, le plus souvent, à caractère exploratoire (Autissier, p.116). En conséquence, l'évaluation proprement dite de la création de valeur par le capital humain reste, quant à elle, au stade très théorique pour ne pas dire dans un halo de virtualité. « La valeur travail n'est pas la célébration d'un sens du travail que personne n'a jamais vu » (Thevenet, 2012, p.116).

C'est aussi l'idéologie qui préside au calcul de la valeur dite « partenariale » (Charreaux et Desbrières, 1998, p.57) ou encore à la recherche de la « juste valeur » (Giordano-Spring et Lacroix, 2007), tout en reconnaissant que la comptabilité ne la prend pas en compte, donc ne la mesure pas (Capron, 1996 ; Charreaux, 2007). Faute de preuve, certaines communications récentes se fondent sur l'hypothèse que cette valeur ne saurait être nulle²⁴². Récemment, à l'initiative du groupe ADECCO France, en collaboration avec la chaire Alter-Gouvernance une étude intitulée « Nos valeurs ont une valeur ! » a tenté d'étudier sur une période de 10 ans (1999-2010) comment le lien s'était construit entre la performance économique et les pratiques responsables d'un panel de 90 entreprises françaises (Hollandts *et alii*, 2012). Or, ce lien, par hypothèse, n'est pas démontré (« personne ne nie l'existence d'un lien possible », p.10). La méthode économétrique utilisée (*two-stage least*) permet de « déterminer plus précisément la *nature* de ce lien » (annexe 3) c'est-à-dire de vérifier que la relation est bien de *nature* positive... Quelle belle tautologie ! Le consensus est chaque fois, plus éthique que scientifique. L'espoir d'une spirale vertueuse frise parfois le militantisme.

²⁴¹ Rapport IFA 2010 sur le conseil et l'actif humain, p.18

²⁴² http://colloques.france-bs.com/mixite_equipes_ce/docs/actes_colloque.pdf

Dans d'autres travaux, l'absence de mesure possible de la valeur du capital humain est biaisée : l'objet de la recherche est décalé, à défaut de véritable mesure du capital humain. Les exemples sont légions. Ainsi, dans une étude sur le management par les valeurs, c'est une comparaison de la perception (et non de la performance) des systèmes de promotion dans les banques de six pays européens qui est proposée par une démarche inductive : pour conclure, l'interprétation des résultats fait même état de l'influence déterminante, non des valeurs mais de la culture (Besseyre des Horts, 2000, p.112). Ou bien seule la création de valeur organisationnelle est évaluée à l'aune des coûts cachés (temps perdus et matières gaspillées) sachant que toute la problématique du management des personnes par la valeur n'est pas mise en place (Cappelletti et Khouatra, 2004, p.143). Ou alors, c'est le champ de l'étude sur la création de valeur par le capital immatériel qui est réduit à une étude, certes très élaborée, mais uniquement focalisée sur les interactions entre les trois composantes du capital immatériel et la création de valeur de l'entreprise (Mhedhbi, 2010), cette dernière devenant une variable dépendante.

Les limites scientifiques des évaluations approximatives du capital humain se doublent d'une absence de légitimité des agences de notation sociétale ou des organismes de certification et, surtout, le foisonnement des instruments de mesure ou le nombre trop important de critères rendent, de fait, impraticable toute comparaison inter-entreprises ou impossible l'isolement d'une variable endogène noyée dans une masse ou mélangée avec d'autres. Dans l'étude d'ADECCO précitée, par exemple, la base de données consultée MSCI ESG Research, complétée et recoupée par la base Thomson Financial à hauteur de 900 observations, se divise en 6 familles de critères, se subdivisant en plusieurs sous-critères, notamment 15 sous-critères pour les données sociales, dont 1 seul relatif au développement du capital humain : est-ce suffisant pour apprécier à sa juste valeur la donnée ?

Les normes et labels privés permettent-ils mieux d'évaluer ou de valoriser le capital humain ?

Section 3. De la tentation de normaliser la gestion du capital humain à l'idéologie de la certification des comportements humains

La question de l'évaluation du capital humain présuppose que les rapports puissent être soumis à des normes ou être normalisés, que des comparaisons soient possibles pour permettre des vérifications de données dites extrafinancières, afin de rendre des rapports comparables.

Les normes et les labels privés, voire les labels autoproclamés (ou chartes éthiques) du fait de leur caractère volontaire, permettent-ils mieux d'évaluer et de valoriser le capital humain que les instruments de mesure en économie ou en gestion ?

Au préalable, il convient de rappeler les principaux textes relatifs à la gestion du capital humain en France, même si, à juste titre, le législateur n'utilise pas cet oxymore.

Sous-section 1. Les outils de diagnostic obligatoires et les textes impératifs relatifs à la gestion du capital humain en entreprise

Outre le droit à la formation tout au long de la vie consacré par le DIF (droit individuel à la formation) depuis 2004, la gestion des emplois et des compétences, les bilans de compétences et les entretiens de professionnalisation il convient de signaler les outils de diagnostic fixés par le législateur français en cohérence avec les normes internationales et européennes pour évaluer le capital humain, le préserver et le promouvoir :

- le bilan social est obligatoire à compter de 300 salariés.
- le rapport de développement durable est impératif pour les sociétés cotées (loi Nouvelles Régulations Economiques, 2001)
- le rapport de situation comparée est également imposé à partir de 300 salariés ; un simple rapport sur la situation économique est exigé pour les entreprises de moins de 300 salariés.
- la déclaration annuelle obligatoire d'emploi des travailleurs handicapés
- le plan d'actions ou accord collectif seniors.

Il est interdit de porter atteinte au pacte républicain fondé sur l'égalité de droit et des sanctions pénales sont désormais prévues; mais la loi française sanctionne plus la discrimination, commet atteinte grave au pacte social et à la dignité, socle fondamental des droits de l'Homme, qu'elle n'organise la diversité, c'est-à-dire « l'acceptation de toutes les différences, pour qu'à compétences et capacités professionnelles égales, chacun ait les mêmes possibilités et les mêmes droits » (ANI relatif à la diversité dans l'entreprise, 2006).

Toutefois, le législateur a cherché à aller au-devant des initiatives privées encore trop timides en France. Des prescriptions pour favoriser l'embauche de certaines catégories de population ont donc été fixées :

- une contribution, calculée sur la base du SMIC, à verser à l'AGEFIPH (Association pour la gestion du fonds pour l'insertion professionnelle des personnes handicapées) par les entreprises de 20 salariés et plus, qui n'auraient pas atteint le quota de 6% de personnes handicapées en leur sein,

- la parité dans les conseils d'administration depuis une loi du 13 janvier 2011 (40% en 2017, 20% en 2014) pour les entreprises de plus de 500 salariés et dont le chiffre d'affaires est supérieur à 50M€ . Le cadre de la gouvernance d'entreprise dans l'UE lui fait écho.

- une pénalité de 1% des rémunérations pour les entreprises ne seront pas couvertes par un accord signé par les partenaires sociaux (+ 300 salariés) ou de branche (+ 50) pour l'emploi des séniors. A défaut d'accord, un plan d'action doit être présenté par l'employeur (art. 87, L17/12/2008 relative au financement de la sécurité sociale pour 2009).

Mais jusqu'où peut-on légiférer pour lutter contre les discriminations voire imposer des quotas ?

Certes l'embauche de personnes handicapées par exemple est bien plus importante depuis la loi de 2005, contraignant les entreprises à payer une pénalité en cas de refus de respecter des quotas, qu'elle ne le fut avec la loi de 1987. Mais le lancement puis l'abandon progressif de la procédure des CV anonymes, du fait de ses effets pervers, est révélateur des résistances opposées par le monde économique. Le capital humain ne demeure-t-il pas essentiellement un capital individuel que l'entreprise n'entend pas faire fructifier, même par solidarité ? Le lien avec performance économique est-il si évident ?

Le glissement progressif de la *soft law* à la *hard law* entraîne d'autres problématiques. La liste détaillée des discriminations directes (article 1132-1 du code du travail) va à l'encontre du principe d'universalité des droits de l'Homme et surtout de leur indivisibilité. « La reconnaissance au nom de l'égalité de droit ou des chances, de catégories particulières, telles les femmes (minorité visible ?), des homosexuels, des handicapés... a achevé de diviser l'humanité en divers démembrements devenant sujets de droit à part entière, au détriment de la recherche de l'essence de l'humanité de l'Homme » (Cadet, 2010c, p.152).

Aux normes du travail se sont ajoutées également des obligations de transparence et de *reporting* pour les entreprises. L'article 225 de la loi dite Grenelle II et son décret d'application étendent, pour les entreprises françaises, les obligations de publier dans leur rapport de gestion 19 informations sociales. Les sociétés cotées y étaient déjà soumises depuis la loi NRE. Ces obligations se sont étendues à certaines sociétés en fonction de certains seuils (jusqu'à 500 salariés et 100M€ de CA pour les exercices clos au 31 décembre 2016) dont 6 se sont renforcées à l'encontre des sociétés cotées* (en particulier quant aux accidents du travail et au respect des conventions internationales de l'OIT).

Art. R.225-105-1 du code de commerce

Emploi	Effectif total et la répartition par sexe, âge et zone géographique (<i>et non plus le nombre de CDD//CDI</i>)
Organisation du travail	Embauches et licenciements Rémunérations et leurs évolutions Organisation du temps de travail Absentéisme*
Relations sociales	Organisation du dialogue social, notamment les procédures d'information et de consultation du personnel et de négociation avec celui-ci Bilan des accords collectifs
Santé et sécurité	Conditions de travail et de sécurité au travail Bilan des accords signés avec les organisations syndicales ou les représentants du personnel en la matière Accidents du travail (fréquence et gravité)* Maladies professionnelles*
Formation	Politiques mises en œuvre Nombre total d'heures Mesures prises en faveur de l'égalité f/h Mesures prises en faveur de l'insertion des personnes handicapées La politique de lutte contre les discriminations
Promotion et respect des stipulations des conventions fondamentales de l'Organisation Internationale du Travail *	Liberté d'association et du droit à négociation collective* Elimination des discriminations en matière d'emploi et de profession* Elimination du travail forcé ou obligatoire* Abolition effective du travail des enfants*

L'arrêté qui vient également d'être publié précise les conditions de la délivrance de l'avis motivé sur la sincérité des informations dite extra-financières fournies par l'entreprise à l'organisme tiers indépendant. Il faudra effectivement que l'entreprise mette en place un processus de collecte détaillé visant l'exhaustivité et la cohérence des informations (art. A. 225-3-I).

Aucune sanction juridique n'assortit ces textes législatifs ou réglementaires. Le dispositif fixe explicitement l'obligation au niveau du contrôle des risques et du contrôle interne. Cela donne un pouvoir au conseil d'administration et aux comités d'audit qui peuvent demander des comptes sur les politiques mises en place. Indirectement, la sanction peut émaner des

actionnaires, investisseurs ou agences de notation si l'information transmise n'est pas jugée assez fiable.

Va-t-on observer une meilleure lisibilité des pratiques en France voire de bonnes pratiques RSE, permettant des évaluations comparables et plus fines de la gestion du capital humain dans les entreprises françaises ? Ou bien se bornera-t-on à standardiser les rapports de gestion en vue d'obtenir un avis favorable, uniquement par conformisme et volonté de préserver son image face aux parties prenantes les plus puissantes ?

Sous-section 2. La tentation éthique de codifier ou normaliser les relations humaines

Un nombre croissant de grandes entreprises disposent d'une charte éthique ou code de bonne conduite dans des domaines, tels les relations de travail, ou le respect des droits humains de manière générique. Ces codes répondent à un besoin d'autorégulation face au risque de réglementation et de conformité.

Le code de conduite consiste, selon l'OCDE, en un « engagement souscrit volontairement par les entreprises, associations ou autres entités qui fixent des normes et des principes pour la conduite des activités des entreprises sur le marché »²⁴³. Il participe au développement de la *soft law* et a pour principaux objectifs de *compliance*, d'une part de protéger les actifs et la réputation de l'entreprise, d'autre part de sécuriser les relations dans le travail et avec les tiers. Concernant le capital humain, on peut noter la rédaction récente de la « la charte des bonnes relations humaines » relative à la motivation et la loyauté des salariés, signée par plusieurs organismes politiques et syndicaux (Autier, 2010, p.132) et surtout le succès de la charte de diversité (3 373 signataires en France, au 1^{er} mars 2013). L'engagement purement volontaire des organisations, est-il à la hauteur des enjeux (Point, 2006) ou bien est-il lié à l'absence de contrainte, de contrôle et de sanction, en principe, à l'encontre des entreprises (Berger-Douce, Bereni, 2009, Cailleba et Cuevas, 2009)?

En philosophie, le code éthique est un non-sens, car l'éthique échappe à tout code (Ballet, de Bry *et alii*, 2011, p.315, et tableau 20, p.334). C'est « une production symbolique instrumentale de sens » (Habermas, 1978). Aussi les codes de bonne conduite ou chartes éthiques sont-ils assimilés à des outils marketing à destination des parties prenantes les plus puissantes. Ces chartes présupposent que « l'entreprise représente un collectif », ce qui se traduit souvent par le fait que « l'adhésion du personnel » est considérée comme acquise

²⁴³ OCDE (2001) Responsabilité des entreprises, Initiatives privées et objectifs publics, p.53 V.Chap.3 : étude du contenu de 256 codes de conduite

(Salmon, 2006, p.523). Pour beaucoup, le simulacre de débat ou de démocratie participative qui devrait concourir à l'élaboration de ces chartes confine à l'imposture (Salmon, 2002 ; Godelier, 2008).

La valeur juridique des codes dits « éthiques », *a priori*, est inexistante, par définition (V. Partie 1), et ne peuvent justifier un licenciement. Mais, leur caractère disciplinaire équivaut à une adjonction au règlement intérieur dès lors qu'ils en respectent les modalités d'établissement, sinon ils sont jugés nuls et non avenues²⁴⁴. Au mieux, quant à la forme de ces engagements unilatéraux, pourraient-ils venir à l'appui d'un contentieux prud'homal, le salarié seul ayant le droit d'invoquer les engagements pris par l'employeur²⁴⁵ ou contraire de les contester comme attentatoires aux libertés fondamentales²⁴⁶ ou aux principes du procès équitable²⁴⁷. La question de leur portée normative reste posée²⁴⁸.

De nombreuses autres normes tentent également d'offrir un cadre pour des pratiques, des programmes, des actions relatives à la gestion du capital humain. La norme internationale ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale des organisations (2010), notamment, donne une définition très précise du capital humain (Art. 6.4.7) : « *Le développement du capital humain englobe le processus qui consiste à élargir les choix des personnes en développant leurs capacités, permettant ainsi aux femmes et aux hommes d'avoir une vie longue et saine, d'être bien informés et d'avoir un niveau de vie décent. Les opportunités politiques, économiques et sociales permettant d'être créatif et productif et de jouir du respect de soi-même et du sentiment d'appartenir à une communauté et d'apporter sa contribution à la société font également partie du développement du capital humain. Pour favoriser le développement du capital humain, les organisations peuvent mettre en œuvre une politique et des initiatives sur les lieux de travail en traitant des questions sociales importantes telles que la lutte contre la discrimination, l'équilibre entre vie familiale et responsabilités professionnelles, la promotion de la santé et du bien-être et la diversification de leur personnel. Ils peuvent également mettre à profit la politique et les initiatives sur le lieu de travail pour améliorer les capacités et l'employabilité des personnes. L'employabilité concerne l'expérience, les compétences et les*

²⁴⁴ Circulaire DGT 2008/22 (19 novembre 2008) relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur

²⁴⁵ CA Versailles, 29 juin 2011, n°10/04466

²⁴⁶ Affaire Dassault-Systèmes : Cass. soc., 8 décembre 2009, pourvoi n°08-17-191, arrêt n°2524

²⁴⁷ CJCE 18 octobre 1989, aff.374/87 Orkem c/Commission (droit de la défense dans le cadre d'une procédure pénale)

²⁴⁸ Pour une étude complète (V. Première partie, Titre1, l'éthique normative)

qualifications qui augmentent les capacités d'une personne à obtenir et à conserver un travail décent ».

Mais à y regarder de plus près, il ne s'agit pas exactement d'une norme. Ces lignes directrices sont un guide de bonnes pratiques, une terminologie pour traduire la responsabilité sociétale des entreprises selon un langage commune au niveau mondial. La performance sociétale n'apparaît qu'en filigrane. Par application de sept principes d'action autour de sept questions centrales, les exigences sont énumérées sous forme de recommandations, « actions et attentes associées », et le plus souvent au conditionnel ou sous forme de faculté aux entreprises. C'est une norme sociétale, politique, holistique (Cadet 2010b) : elle ni technique, ni à proprement parler de management, même si c'était le souhait de ces concepteurs au départ²⁴⁹. Il s'agit plutôt d'une norme de gouvernance pour intégrer les parties prenantes dans un processus de décision destiné à optimiser la contribution des organisations au développement durable.

L'Union européenne reconnaît officiellement ce référentiel comme témoin de l'engagement des entreprises²⁵⁰, pas davantage. C'est un outil normatif au service de la régulation douce. L'incitation forte à l'autorégulation en lien avec la montée en puissance de la normalisation, d'origine privée, en réponse à la complexité toujours plus forte du droit et à la pression des investisseurs explique également les tentatives d'évaluation de ces nouveaux modèles de gouvernance.

La différence entre la portée juridique d'une charte qui est un engagement moral, unilatéral, parfois avec une valeur contractuelle, et d'une norme qui est un référentiel établi par consensus et approuvé par un organisme reconnu tend par conséquent à s'estomper dans le cas des lignes directrices de l'ISO 26000, qui ne sont pas objets de certification. La certification est en principe exclue car il n'est pas envisageable qu'un organisme privé puisse prétendre juger de la responsabilité d'une organisation en termes de conformité : les prérogatives des pouvoirs publics seraient alors remises en question.

Les organismes privés de certification, les cabinets d'audit ou les agences de notation sociétale jouent alors sur les mots. On emploie le terme d'évaluation et non d'audit de conformité, de vérification des données dites extra-financières non de certification, de performance de l'ISR (Investissement Socialement Responsable) non de finance responsable. Le modèle AFAQ 26000 qui succède à l'AFAQ 1000 NR propose ainsi une méthodologie

²⁴⁹ http://scd-theses.u-strasbg.fr/2165/01/HELFRICH_Vincent_2011.pdf

²⁵⁰ COM (2011) 681 final : Encadré p.16 Point B.

d'évaluation du degré de maturité de responsabilité sociétale dans les organisations. C'est une pseudo-certification (Cadet 2010b).

Il est important de souligner à la fois les limites et les effets pervers de la normalisation en ce domaine. Cette dernière, sous couvert d'une nouvelle gouvernance de type managérial, selon Pesqueux (2011, p.115-116) :

- autorise l'ingérence chez les fournisseurs, tenus d'internaliser les normes quel qu'en soit le coût,
- crée un effet d'aubaine quand l'objectif facile à atteindre n'est jamais que la réplique d'un texte impératif ou l'évolution du secteur,
- facilite la dénonciation au lieu de l'esprit d'équipe,
- entretient un jeu concurrentiel parallèle au détriment de l'innovation,
- favorise davantage le conformisme que la conformité,
- développe un fonds de commerce et un *lobbying* conduisant à laminer les politiques publiques, très largement étudiés par le réseau Tétranormalisation (Savall & Zardet 2005, 2010).

Avec la tentation de mesurer le capital humain, le risque de totalitarisme n'est pas non plus exclu. La quantification des compétences et la rationalisation du développement du capital humain, poussées à l'extrême, ne sont effectivement pas sans danger : on est encore loin d'une mesure du bien-être des salariés ou de la qualité de relation sociale. Le Meilleur des Mondes d'Aldous Huxley (1932) ne fait, à cet égard, plus figure de livre d'anticipation. Combien d'Alphas ou de Bêtas pour que l'entreprise soit performante ? Combien l'Etat devrait-il en produire en amont, pour satisfaire la logique de rentabilité économique, liée au capitalisme ? L'équation est désormais la suivante : en se préoccupant de son capital humain, l'entreprise augmente ses profits donc remplit sa mission sociale. Ce n'est que la perspective smithienne (ou celle de Freeman, 1984) remise au goût du jour affirmant que la maximisation des profits était la première mission sociale de l'entreprise. Le discours affiché seul a changé sur fond de néolibéralisme : le découplage est total.

La certification, corrélative du phénomène de normalisation, se développe pourtant, même dans le domaine social. Tout est mis en œuvre pour faire croire à la rentabilité d'une initiative volontaire apparemment sans lien direct avec la performance économique au départ. Si en matière environnementale, depuis un certain nombre d'années (ex : les normes ISO 14000 du système de management environnemental, EMAS, etc.) la certification rencontre un franc

succès, en matière de ressources humaines, les résistances sont toutefois plus nombreuses, compte tenu du risque idéologique.

Sous-section 3. L'idéologie de l'évaluation du « capital humain »

A vouloir réduire les gaz à effet de serre par des normes prescriptives et non coercitives, c'est finalement un nouvel espace de négociation ou plus précisément un phénomène de déviance par la création du marché des quotas de CO² qui est né. Qu'en sera-t-il avec le capital humain ? Comment évaluer des compétences autres que techniques ? Qui peut prétendre légitimement les évaluer ?

Parmi les principaux référentiels AFNOR, le label diversité ou et le label égalité posent plus précisément la question délicate de la certification des rapports humains et de ses limites (Brouillon, 2007). La certification est une attestation créant une obligation de résultat comportant une présomption simple de conformité (ou garantie), à partir d'un règlement intérieur (publié au JO). Un label est un droit de propriété, une marque collective, un signe distinctif établi à partir d'un cahier des charges qui crée une obligation de moyens. L'exigence est donc moindre que pour la certification, qui semble impossible techniquement à mettre en place en matière de relations humaines, où les approches sont nécessairement plus subjectives, ou du fait de situations complexes. Seuls les Etats sont souverains pour fixer les normes de responsabilité et pour sanctionner, du moins en principe...

Une autre question fondamentale relève effectivement du contrôle. Pourquoi alors surajouter à la réglementation une régulation, parfois moins exigeante, qui appelle un système d'évaluation parallèle par des « experts », nommés arbitrairement évaluateurs ou certificateurs, dotés prétendument d'un « savoir sur le savoir », une « surcompétence », du pouvoir de la « compétence sur la compétence » (Zarka, 2009, p.4) ? Les cabinets d'audit, commissaires aux comptes et autres acteurs sociaux de la normalisation, tous profitent de la valorisation du capital et de son extension possible aux ressources humaines. Même s'il ne s'agit pas de certification, comme pour les bilans comptables ou les rapports de gestion, les attestations à produire ont une importance considérable pour les entreprises face à leurs parties prenantes.

Il se peut que les entreprises qui freinaient ou esquivait les réglementations en fassent aujourd'hui les frais, faute de demeurer maîtresses du jeu. Car les initiatives « volontaires » n'ont plus rien de facultatif. Le rapport de gestion intégré qui se substitue au rapport de développement durable, même s'il n'est pas encore obligatoire pour toutes les entreprises, accredit l'idée que l'entreprise devra rendre des comptes, et ce relativement à son capital

humain, à des autorités, sans compétence aucune en matière sociale, mais à qui l'Etat français, de fait ou de droit, a cédé sa place. Depuis plus de vingt ans, les Etats « tendant à reconnaître les consensus déjà conclu entre acteurs sociaux (dans la définition des normes) plutôt qu'à imposer une politique sans ancrage. En fait la nouvelle dynamique réglementaire entérine des compromis réalisés *ex ante* dans de nouveaux espaces », (Gendron, 2010, p.78)

Une borne de plus est franchie qui permet encore et toujours à la finance de reprendre le pouvoir. En France, à l'AFNOR, où en principe, un consensus multipartite, équilibré quant à la représentation de tous les intérêts en présence, s'établissait jusqu'à présent, sous l'égide du commissariat au développement durable, un représentant d'un des plus grands cabinets d'audit anglo-saxon vient d'obtenir, le 11 juin 2013, de présider le groupe de travail chargé d'établir le référentiel « français » de vérification des données dites extrafinancières. La participation de la CNCC (Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes) est demandée explicitement par ce même cabinet d'audit, pour renforcer sa position : l'AFNOR qui officiellement reprend le groupe de travail abandonné par le ministère du développement durable l'accorde. Hasard du calendrier ou coup d'Etat bien orchestré ? L'arrêté déterminant les modalités dans lesquelles l'organisme tiers indépendant conduit sa mission de vérification était en cours de publication ou plus exactement tardait à venir : le grand public en a eu connaissance trois jours après : la mécanique de certains lobbies est parfaitement huilée...

Mais il y a plus grave. Les modalités du contrôle le *reporting* effectué par les entreprises, sous la pression des investisseurs s'avèrent exclusivement d'ordre financier. Il est déjà symptomatique que toutes ces dispositions légales et réglementaires figurent dans le code monétaire et financier. De plus, le référentiel prévu dans l'arrêté qui succède au décret à venir sur le Grenelle II pose une véritable interrogation sur la nature de la vérification des données extra-financières, puisqu'il s'agit en fait d'adapter des normes comptables tel l'ISAE 3000 (*International Standard on Assurance Engagements 3000*)²⁵¹, à l'information extra financière. Or, c'est une démarche et un outil propres aux missions de contrôle de la qualité de l'information financière, qui confère un monopole aux commissaires aux comptes et aux experts-comptables depuis 2005. Le COFRAC pourra difficilement écarter l'argument des commissaires aux comptes, déjà aguerris dans l'attestation des rapports de développement

²⁵¹ International Standard on Assurance Engagements (ISAE) 3000, "Assurance Engagements Other than Audits or Reviews of Historical Financial Information" should be read in the context of the "Preface to the International Standards on Quality Control, Auditing, Review, Other Assurance and Related Services," which sets out the application and authority of ISAEs.

durable selon certains référentiels internationaux, lorsqu'ils réclameront l'accréditation pour apposer une attestation d'assurance modérée ou limitée sur les IEF selon l'ISAE 3000 révisée. La question de la légitimité des producteurs de normes comptables pour assurer demain la vérification de ces données dont l'objet est différent aurait du être posée bien en amont. Or, les pouvoirs publics ont, par leur désengagement, donné leur aval pour que cette profession étende son pouvoir de domination dans le contrôle des entreprises sur leur capital humain. Les enjeux financiers, éthiques et politiques sont considérables. Seule la question de l'exclusivité de la mission à une profession reste en suspens, mais, c'est déjà accepter le principe de la surcompétence des certificateurs en comptabilité financière qui est sujet à caution. Comment l'Etat français sur un sujet aussi sensible que les questions sociales dans les entreprises peut-il accepter de renoncer à son pouvoir souverain d'appréciation et les confier à des organismes privés de normalisation et de vérification/certification, qui plus est pour se soumettre à des modalités de contrôle totalement étrangères à notre culture ?

La chute du cabinet Andersen, le mésusage des normes IFRS dans la crise des subprimes, et l'absence de légitimité dans la candidature à l'accréditation de cabinets d'audit dont les missions de vérification portent sur des comptes exclusivement financiers, n'auront pas suffi à limiter le poids des gens du chiffre, même dans le domaine social. Les critères ESG (Environnementaux, Sociaux et de Gouvernance) sont donc une appellation plus juste que les informations dites « extra-financières » (IEF) qui auront, dans ce cadre nécessairement, un impact financier et quasi-exclusivement. Pour autant, la mesure du capital humain étant liée à l'humain, le sigle IEF était, sans nul doute, plus justifié.

Sans compter la marchandisation de la notation, l'idéologie de l'évaluation, et son corollaire, la régulation, est un système d'abus de pouvoir permanent car elle suppose l'établissement d'une échelle des valeurs qui s'auto-accrédite (Zarka *et alii*, 2009, p. 9 et p. 116 combinées). Les procédures d'évaluation atteignent une dimension de certitude qui interdit, par un raisonnement circulaire, toute remise en cause. Le processus de création de valeur s'étiole par captation. C'est une autre forme de déviance.

Conclusion

Au XXIème siècle, l'économie de marché, quoique décriée dans son mode de fonctionnement incontrôlé, est reine. L'Etat a abdiqué ses pouvoirs d'intervention au profit des instances de régulation publiques ou même privées. La RSE, issue de ces nouvelles formes de réorganisation des pouvoirs « apparaît ainsi comme une instance de régulation entre les demandes sociales qui s'expriment sur le marché et comme une réponse à une demande de valeur qui ne peut s'y exprimer » (Pesqueux, 2007a, p.35). Mais décaler la problématique

sous l'angle de la valeur ne résout pas la question de la quête de sens et la volonté de remettre de l'éthique dans les affaires car la définition de la valeur est plurielle. Cette douce régulation, sur fond de normes de la *soft law*, s'apparente au final bien davantage à de l'irresponsabilité face à la montée en puissance de nouveaux pouvoirs éclatés sans réels contre-pouvoirs.

Si l'Homme n'est pas une valeur mais représente une valeur, quel serait le mode d'évaluation pour l'apprécier ? Compte tenu de l'ambiguïté du discours ou à tout le moins de sa subjectivité, la valeur reste difficilement mesurable. Et lorsque des référentiels ou des pratiques tentent en la matière de cerner « l'apport en capital humain », ce ne sont, au mieux, que des indices de valeurs partagées ou à partager avec l'entreprise, non la preuve de l'existence d'un capital humain spécifique engagé. Car il n'est guère possible techniquement de quantifier tout ce qui relève d'enjeux humains, sociaux et qualitatifs (Urban, 2008). En outre, le capital humain n'étant pas assimilable à l'apport en industrie, on cherche vainement le taux de la rémunération à lui attribuer ou d'utilité marginale qu'il procure.

Quel que soit l'instrument proposé, l'inconsistance du concept de capital humain offre une résistance absolue à toute tentative de mesure fiable de création de valeurs. En revanche, elle ouvre la porte à toutes les dérives et interprétations fallacieuses, sans fondement scientifique : tel est le plus gros risque. En effet, faute de respecter les classifications juridiques fondamentales, une confusion grave s'instaure subrepticement entre les biens et les personnes qui fait le jeu, encore et toujours, du capitalisme, au détriment de la promotion des droits de l'Homme. Malgré l'attrait pour le concept, inversement proportionnel à sa force, l'analyse des outils, même les plus sophistiqués, ne permettra jamais de donner corps à l'objet théorique étudié, trop plurivoque ou difficile à identifier, et *a fortiori* de répondre de manière tangible à la question de la mesure de la valeur du capital humain ou la « valeur ajoutée sociale » (Imbs, 2005, p.118). La plus grande imposture consiste à faire croire qu'il existe des modèles mathématiques susceptibles d'évaluer ce potentiel ou cette performance.

L'Homme est un *sujet* de droit. Seul son travail peut être *objet* de droit (Supiot, 2007, p.45 à 107) donc éventuellement d'évaluation ou de certification.

Chapitre 2. L'accès à l'eau potable : bien commun mondial vs droit de l'Homme

L'interrogation majeure sur les fondements juridiques envisageables pour les « biens communs environnementaux » pose la question préalable de savoir si, en droit international ou dans les droits nationaux, la notion de « bien environnemental » a une signification aujourd'hui. D'emblée, la réponse la plus simple est de reconnaître que cette association de termes constitue un oxymore dans le vocabulaire juridique. En droit, le mot « bien » renvoie, en effet, à une terminologie précise : il désigne toute chose que l'être humain peut s'approprier (Guillien et Vincent, 1985). Toutes les choses ne sont donc pas des biens. Telles sont les choses qui, par nature, sont communes (« *res communes* ») auxquelles fait allusion l'article 714 du Code civil français : l'air, la lumière, la mer, l'eau courante.

Les biens, en outre, ne peuvent être rangés que selon leur appartenance à la sphère privée ou publique. Or, le néologisme « environnement »²⁵² est entré dans la langue française en 1972 : il désigne l'ensemble des éléments naturels ou artificiels qui conditionnent la vie de l'homme, sans épithète privé ou public. Cette notion caméléon (Prieur, 2004, p.1) recouvre à la fois les sciences de la nature, l'écologie, les ressources naturelles, l'équilibre biologique, la biodiversité, l'urbanisme, les paysages, l'aménagement du territoire, la ruralité, l'agriculture, les sites, le patrimoine, les milieux naturels, la qualité et le cadre de vie.

Le droit de l'environnement reflète cet éclectisme. Plus connu sous l'angle de la prévention des risques ou de la répression des atteintes graves à l'environnement, il a reçu, en France, ses lettres de noblesse avec la naissance d'un Code de l'environnement en l'an 2000, lui donnant corps et cohérence. C'est une discipline, par essence, transdisciplinaire (civile pénale, administrative) et transfrontières. Le droit de l'environnement constituant donc un nouveau sous-ensemble de règles, l'expression de « biens environnementaux » constituerait une catégorie émergente, si tant est qu'elle existe.

L'exploration des fondements légaux d'une forme nouvelle de biens ou de droits est nécessairement en gestation. Faut-il le rappeler, l'invention des « biens environnementaux » provient des sciences économiques et de gestion, ce qui peut expliquer les distorsions dans le régime juridique applicable et corrélativement une hiérarchie différente dans les fondements. Il n'empêche que l'on retrouve dans bon nombre de conventions internationales l'idée de biens publics mondiaux, dont le respect absolu exigé des usagers et l'obligation de tendre vers

²⁵² Issu du substantif « *environment* » anglais

une répartition égalitaire pour le bénéfice de tous appelle des développements sur la naissance d'un ordre public écologique. Ainsi, le Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD) propose une nouvelle approche globale des crises mondiales - qu'il s'agisse des crises financières, des situations humanitaires d'urgence, du réchauffement de la terre, de l'émergence de nouvelles souches de maladies ou de l'écart de plus en plus dangereux qui sépare les riches des pauvres - dont la cause serait à rechercher dans le fait que les biens publics mondiaux sont fournis en quantité insuffisante. L'eau, dont l'usage fait déjà l'objet de multiples réglementations, marchés publics ou privés, consensus internationaux est elle-même qualifiée de « patrimoine de l'humanité ». Plus généralement, le droit à l'environnement sain se rapproche du droit à la vie ou à la qualité de vie, par référence aux droits de l'homme.

La matière est tentaculaire au point d'entrer parfois en conflit avec le droit de propriété privée, condition de la liberté et également droit humain considéré comme inviolable et sacré. Selon l'idéologie, la politique, la conception du droit choisie, les perspectives sont très différentes.

La recherche sera consacrée plus spécifiquement aux aspects juridiques de l'eau, ressource naturelle par excellence, dont dépend la survie de l'humanité dans les décennies à venir. Le débat portera notamment les différents usages de l'eau, donc sur la production, la circulation et la distribution de celle-ci, qui représentent des enjeux de pouvoir non seulement en qualité (santé), mais aussi en quantité (accès à l'eau, concurrence, répartition). Les plus grandes pollutions environnementales, accidentelles ou criminelles, causées par l'activité humaine, ont comme vecteur l'eau : pluies acides, marées noires (guerre du Golfe 1991), eutrophisation, pollution par métaux lourds, tel le mercure (Minamata 1966), détournement d'eau potable rejet des eaux usées et d'eau chaude dans les rivières (conséquences du scandale Enron 2001), pollution marine par hydrocarbures (Erika 2006)...

Une autre raison, d'ordre scientifique, justifie ce choix : le *corpus* de règles est dense et la démarche intellectuelle pour construire à travers l'étude transversale de l'eau, un droit environnemental universel à valeur des droits de l'homme et du citoyen est, actuellement, la plus aboutie.

La symbolique de l'eau autour des modèles de gestion n'est pas à exclure de la réflexion du fait des besoins universels. Ainsi le rappelle le Professeur Dominique Desjeux, (1985, p. 25) : physiologiquement, le fonctionnement des êtres vivants nécessite peu d'eau ; par contre, les industries, les produits végétaux et animaux en consomment infiniment et les chiffres augmentent constamment. Or, l'imaginaire collectif, largement nourri par les ONG, se focalise uniquement ou presque sur le pouvoir des instances internationales pour traiter de la

question de l'accès à l'eau potable. Il est vrai que la Déclaration de Rome du 10 décembre 2003 rappelle effectivement dans son alinéa premier qu'« il y a dans le monde, encore aujourd'hui, plus de 1,4 milliard de personnes qui n'ont pas d'accès à l'eau potable et 2,4 milliards qui n'ont pas d'accès aux services sanitaires, avec, pour conséquence, que 30000 être humains meurent chaque jour de maladies dues à l'absence d'eau saine ou de moyens d'hygiène adéquats. Pourtant, les Nations Unies avaient promu en 1980 « La Décennie de l'Eau et de l'Assainissement » avec l'objectif de garantir l'accès à l'eau pour tous en l'an 2000 ! ».

Pour éviter les « guerres de l'eau » sous toutes ses formes, qui menacent le XXIème siècle, la qualification juridique de « l'or bleu » est un point essentiel qui détermine son régime juridique et corrélativement le système de gestion qui en résulte. Nous assistons, à propos de ce sujet d'importance vitale, non seulement au renouvellement de la théorie de la propriété, mais également à l'essor des droits humains au niveau international. Un florilège de qualificatifs juridiques est utilisé pour définir l'eau.

Ce que nous cherchons ici à démontrer c'est que la qualification économique des biens communs mondiaux, reprise par la gestion, n'est pas adéquate pour permettre de manière effective et efficace à tous d'accéder à l'eau potable : elle conduit à une impasse. Le respect des canons du droit est un préalable pour permettre de dépasser l'oxymore pour remettre l'homme au cœur de la problématique. Le droit ne peut être utile à la gestion, s'il s'applique à de fausses catégories.

De manière à gagner en précision et intérêt pour le cœur de la réflexion, nous prendrons comme référence le point de vue original du droit français, lui-même fortement marqué, en matière environnementale, par l'empreinte du droit communautaire, mélange de *hard law* et de *soft law*, et surtout, par une conception avant-gardiste des droits de l'homme.

Une fois n'est pas coutume, mais compte tenu des rapports étroits du droit avec les sciences voisines, une présentation tripartite du raisonnement juridique est autorisée car elle retrace aussi l'évolution du droit en la matière et permet mieux aux gestionnaires de comprendre la démarche :

- l'eau n'est pas un bien;
- l'eau est un bien;
- l'eau est plus qu'un bien.

Cette démonstration peut se traduire par cette trilogie : l'eau, « chose commune », patrimoine commun de l'humanité (I), l'eau, bien privé ou bien public mondial (II), et l'eau, droit humain universel (III).

Section 1. L'eau, « chose commune », patrimoine commun de l'humanité

Le qualificatif de « chose commune » prévaut encore : il implique à juste titre que l'eau est à usage de tous. (A.). Toutefois, prenant conscience, dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle, de la rareté et du caractère vital de certaines ressources naturelles, la France a invité la communauté internationale à la suivre en consacrant, pour la première fois, l'eau comme « patrimoine de l'humanité »²⁵³ (B.).

Sous-section 1. Chose commune à usage de tous

Traditionnellement, le droit romain rangeait les biens environnementaux, comme l'eau des rivières, des fleuves et des mers ou l'air, dans la catégorie des « *res communes* » car selon le critère posé par Aubry et Rau, « *les choses communes existent en si grande abondance que chacun peut en prélever ce qui lui est nécessaire sans que les autres s'en trouvent privés* ». Il résulte de cette définition négative qu'il est interdit de disposer de certaines ressources naturelles, en exclusivité, encore moins de manière absolue (Zénati, 1993, 314).

L'usage de l'eau est ainsi réglementé à l'infini. En France, la loi de modernisation de la sécurité civile²⁵⁴ s'est emparée de la problématique de l'accès à l'eau potable. L'article L.1321-1 du Code de la santé publique dispose que « toute personne qui offre au public de l'eau en vue d'une alimentation humaine...est tenue de s'assurer que cette eau est propre à la consommation ». L'écoulement des eaux ou l'accès aux sources fait l'objet de servitudes légales de passage, qui loin d'être l'apanage d'un propriétaire, constitue en revanche un droit attaché à un fonds (articles 640 à 652 du Code civil, article 215-1 du Code de l'environnement ou articles 152-14 à 152-23 du Code rural). L'utilisation de l'eau est autorisée dès lors que celle-ci est restituée avec sa pureté naturelle²⁵⁵. L'eau ne peut être prélevée outre mesure : les abus d'irrigation sont ainsi sanctionnés²⁵⁶. Tous les textes sont des mesures de police de l'eau qui découlent de cette définition originelle (article 714 précité, alinéa 2), rejetant toute forme d'appropriation par l'homme. Les juges du fond sont ainsi habilités à prendre des mesures d'injonction pour faire cesser le trouble de jouissance; ils peuvent fixer tout autre mode de

²⁵³ Dans la loi sur l'eau de 1982, puis dans la charte de l'environnement (2004)

²⁵⁴ Loi n°2004-811 du 13 août 2004 (art. 6-1)

²⁵⁵ A défaut, une société a été condamnée à réaliser une station d'épuration destinée à remédier à la pollution des eaux usées qu'elle déversait dans la rivière (Civ. 3^{ème}, 12 février 1974, Bull.civ. III, n°72, JCP 1975 II 18106 note Despax)

²⁵⁶ Civ.3^{ème} 21 février 2001, RCA 2001, n°139 ; JCP N 2001, 1399, obs. Grimonprez et Pitaud (1^{ère} esp.) ; RD immo.2002, 373, obs.Trébulle F.-G.

réparation adéquat dès lors que des pertes d'usage ou des altérations sont constatées par les riverains ou que des dommages irréversibles surviennent suite à une pollution environnementale, quelle qu'en soit sa cause.

Des mesures de prévention ont également vu le jour. C'est ainsi que l'utilisation de l'eau est très surveillée : les prélèvements d'eau sont règlementés, qu'ils soient à usage industriel ou agricole. Il existe des seuils autorisés qu'il s'agisse des eaux de surface, des eaux souterraines, des mers ou des milieux aquatiques. Aux servitudes, déclarations d'utilité publique, prescriptions dans le respect des écosystèmes aquatiques s'ajoutent tous les contrôles des rejets et de la qualité de l'eau pour lutter contre les pollutions. Il existe, dans une perspective d'évaluation globale de la vulnérabilité des systèmes de production et de distribution d'eau des obligations juridiques de sécurité sanitaire pour l'eau destinée à la consommation humaine. Pour atteindre ces objectifs, divers engagements internationaux ont été pris, notamment la directive cadre sur l'eau (DCE) du 23 octobre 2000 qui vise un « bon état écologique » de l'eau d'ici 2015 pour tous les milieux aquatiques naturels, y compris les eaux souterraines²⁵⁷.

Les dernières directives européennes ont (à regret ?) exigé une certaine qualité de l'eau faute de pouvoir appliquer à la lettre le principe pollueur-payeur, adopté par l'OCDE en 1972, en tant que principe économique visant l'imputation des coûts associés à la lutte contre la pollution. Ce principe transposé par la loi Barnier dans l'article L.110-1 du Code de l'environnement, selon lequel, les frais résultant des mesures de prévention, de réduction et de lutte de la pollution doivent être pris en charge par le pollueur est un des principes essentiels qui fondent les politiques environnementales dans les pays développés. Inscrit aujourd'hui dans notre constitution française, le principe pollueur-payeur reçoit application par exemple avec les taxes sur l'assainissement de l'eau ou la taxe des ordures ménagères.

Au principe de prévention a été ajouté, en matière environnementale, le principe de précaution. En cas de non-respect de ces principes, le principe pollueur-payeur s'applique de la même façon. Mais le principe de précaution est plus exigeant. C'est une nouvelle forme de protection de la société contre les risques encore inconnus ou incertains (ex : utilisation des substances génétiquement modifiées) pouvant engendrer pour l'environnement et, par extension, pour la santé humaine des dommages irréversibles. Ce principe est lui aussi

²⁵⁷ Depuis 1975, une trentaine de directives ou de décisions communautaires ont été adoptées dans le domaine de la préservation des milieux aquatiques et des ressources en eau : la DCE (transposée en droit français par la loi n°2004-338 du 21 avril 2004) abroge plusieurs de ces textes.

reconnu au niveau communautaire (article 174-2 du Traité d'Amsterdam) et au plan mondial (principe 15 de la Déclaration de Rio et dans diverses conventions internationales sur la diversité biologique, le changement climatique, protection des cours d'eau et lacs transfrontières par exemple).

Pour que l'eau ou l'air demeurent respectivement potable ou respirable pour tous, il fallait non seulement protéger la chose mais son statut : la qualification de patrimoine commun (Paquerot, 2002) est alors apparue comme le moyen de donner une consistance à la notion de chose commune tout en la préservant des tentatives d'appropriation ou de destruction. Car le partage des eaux, les tentatives d'appropriation exclusive par les barrages, en définitive la conquête de l'eau sous toutes ses formes (Gandin, 1995) ont appelé des méthodes très variées pour réglementer l'usage de l'eau et son accès. La France conforte sa position internationale dans cette recherche de fondements juridiques en matière environnementale par une approche juridique de la notion de patrimoine national (article L.110 du Code de l'urbanisme). Le régime juridique qui en découle pour certaines ressources naturelles est tout à fait original.

Sous-section 2. Patrimoine commun de l'humanité

La conscience écologique est ancienne. Il suffit de citer à Babylone le Code d'Hammourabi (XVII^{ème} siècle avant JC) qui contient de nombreux articles consacrés à la gestion de l'eau et aux peines infligées en cas de plainte d'un voisin. Plusieurs siècles plus tard, sous l'empire romain, le Digeste (VI^{ème} siècle après J.-C.) fixe le rôle de l'autorité publique (Adler, 2004). Domat affirmait que « les cieux, les astres, la lumière, l'air et la mer sont des biens tellement communs à toute société des hommes qu'aucun ne peut s'en rendre maître ».

Mais cette conception a fait long feu avec la certitude scientifique de pouvoir altérer irrémédiablement la qualité des eaux ou de l'air. Il fallait mettre un terme ou, à tout le moins, limiter le pouvoir de destruction de l'homme. Or, « si une chose n'appartient à personne, personne ne peut se plaindre de sa dégradation » (Rémond-Gouilloud, 1989, p.34).

La qualification de patrimoine de l'humanité s'oppose ainsi au droit de détruire ou de polluer. Comme tout patrimoine, il implique une protection liée à la reconnaissance de sa fragilité (Paquerot, 2002). Ainsi les paysages sont considérés comme une composante du patrimoine mondial pour leur esthétique, notamment dans la convention UNESCO sur le patrimoine mondial naturel et culturel du 23 novembre 1972. C'est un ensemble complexe de sites exceptionnels, paysages naturels ou urbains qui sont proclamés, tour à tour, d'intérêt public, protection d'intérêt général ou patrimoine commun de la nation. Directives européennes et lois françaises traduisent ce droit à un environnement de qualité par des règles architecturales,

urbanistiques ou des prescriptions spéciales en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement.

L'eau n'est donc pas un bien, un objet d'appropriation car elle est, par essence, un trait de la personnalité juridique. Patrimoine de l'humanité, le lien indissoluble avec le sujet est inscrit dans les textes (article L.210-1 alinéa 1 du code de l'environnement) : l'eau n'est plus seulement une chose commune, car c'est une chose qui devient rare.

Le patrimoine est un objet de droit et un sujet d'obligations (Atias, 2003, p.12). Le grand intérêt de cette classification réside d'une part dans l'inaliénabilité du patrimoine et d'autre part dans l'impossible cession entre vifs. En revanche, le patrimoine est transmissible à cause de mort, ce qui lui assure une pérennité. C'est en l'occurrence une nécessité que le patrimoine ne disparaisse pas pour que l'humanité survive.

De la communauté négative définie par Pothier²⁵⁸ au droit français de l'environnement en passant par les arcanes du droit communautaire, on aboutit enfin à la définition positive du droit de l'environnement, pour contribuer en filigrane au droit à la santé.

Au nom des générations futures, l'homme ne peut s'approprier l'eau. C'est toute la problématique du développement durable que l'on retrouve dans cette définition. La Charte française sur l'environnement votée par le Parlement réuni en Congrès le 28 février 2005 confère désormais une force juridique à ce qui n'était que symbole. Car tout texte de loi doit lui être conforme, même si le Préambule ayant valeur constitutionnelle ne peut être directement invoqué devant un tribunal. Le peuple français s'est ainsi engagé à considérer l'environnement, dans sa globalité comme « le patrimoine commun des êtres humains » et contribuer à sa préservation « au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation » ; « qu'afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins ». L'eau n'est pas l'unique élément qui conditionne l'émergence de l'humanité. Toutes les ressources naturelles sont concernées par ces dispositions constitutionnelles. Cette démarche proactive « inspire l'action européenne et internationale de la France » (article 10 de la Charte).

Il convient toutefois de rappeler que la consécration du patrimoine commun est apparue en droit international (Dupuy, 1985, p.63 ; Flory, 1995, p.3 ; Rémond-Gouilloud, 1998, p. 55 ou Pacquerot, 2002) et que la France ne peut plus l'ignorer désormais. Le patrimoine naturel se décline notamment en patrimoine minéralogique (L. 342 -1 du Code de l'environnement),

²⁵⁸ Œuvres, T.X, Traité du droit de propriété, n°21, p.14

biologique (art. L.411-1s. du même code), faunistique et floristique (L.411-5), cynégétique (L.421-5), piscicole (L.430-1)... Pour autant la liste est exhaustive : le patrimoine comporte des limites définies. La rareté de l'eau potable ou les risques de pollution irréversible confèrent ce caractère limité, indispensable à l'instauration d'un patrimoine pour lutter contre des forces contraires (Terré et Simler, 2002, p.20).

Aussi les « choses communes » devenant patrimoine de l'humanité (Sériaux, 1995), il n'en demeure pas moins que les craintes sur la patrimonialisation de l'environnement ne sont pas pour autant dissipées car les éléments composant la masse de l'universalité connaissent un régime distinct de l'ensemble lui-même. Certes les liens juridiques existent entre les différents droits et biens qui forment l'universalité juridique, marquant l'appartenance à la même humanité ; mais l'actif ou le passif peut diminuer malgré toutes les arguties des juristes pour que la fonction n'en soit pas affectée. L'élément eau est unique mais les eaux connaissent différents régimes juridiques. On touche ici les limites du principe d'affectation et des situations paradoxales peuvent alors en toute légalité prospérer.

Ainsi en est-il des quotas d'émission de gaz à effet de serre qui, s'ils visent à la réduction des émissions de CO₂ dans l'atmosphère, n'en ont pas moins conduit la Communauté européenne à mettre en place un système d'échange très sophistiqué d'unités de valeurs négociables et dématérialisées représentatives chacune de l'émission de l'équivalent d'une tonne de dioxyde de carbone (directive 2003/87/CEE du 13 octobre 2003). Certaines analyses concluent à un « permis de polluer » ; d'autres auteurs plus puristes considèrent qu'il s'agit d'une restriction d'usage de l'atmosphère ou droit de produire (Trébulle, 2005, note 38, p.8-9), une simple autorisation administrative de rejet soumise à la réglementation des installations classées, qui ne remet nullement en cause le principe de non-appropriation des choses communes. Mais ces derniers n'expliquent pas ce mouvement de titrisation qui conduit à donner aux autorisations administratives le statut de biens marchands (Jegouzo 2004, Le Bars, 2004, Revet, 2005).

Tous les droits patrimoniaux sont des biens économiques ayant une valeur pécuniaire... Dans cette acception, la notion de bien environnemental ne fait pas exception.

Pour la doctrine classique, il s'agit d'une forme d'appropriation par occupation, qui justifie la requalification de l'eau en « *res nullius* », choses sans maître appropriable. C'est admettre, d'une part, qu'en « utilisant de l'air ou de l'eau de telle manière que nul autre ne puisse le faire dans le même temps, les pollueurs ne se contentent plus d'user des biens-environnement : ils en disposent » (Martin, 1978, n°118), d'autre part, que le critère d'abondance est très relatif.

La notion de patrimoine commun de l'humanité se rapproche ainsi, malgré elle, davantage de la définition, soit du bien public mondial, car l'humanité n'ayant pas la personnalité juridique (Terré, 1999; Hugon, 2003; Rémond-Gouilloud, 1998), celle-ci ne peut donc détenir juridiquement de patrimoine, soit du bien privé puisque certains droits réels peuvent s'exercer encore sur les éléments mêmes composant le patrimoine commun. Les liens juridiques entre passif et actif du patrimoine ne sont pas suffisamment solides pour que ce fondement juridique à lui seul protège l'humanité (V. analyse intéressante quoique divergente des liens sociaux, Fabre-Magnan, 1997).

Section 2. L'eau, bien privé ou bien public mondial

L'environnement considéré comme un bien privé renvoie à la philosophie libérale ou néolibérale. L'absoluité du droit de propriété privée étant une garantie de la liberté contre les atteintes par la puissance publique, elle ne peut être fondamentalement remise en cause. Le droit de l'environnement, emprise du domaine public sur les prérogatives du propriétaire, montre les limites de la conception traditionnelle de la propriété sans offrir véritablement de révolution de la pensée juridique. Car l'intérêt mondial en cause dans la protection des ressources naturelles, s'oppose irréductiblement aux structures institutionnelles existantes, privées ou publiques²⁵⁹. Un renouvellement de la théorie de la propriété s'est toutefois opéré au bénéfice d'un affinement des concepts de propriété privée et de propriété publique, sans pouvoir ranger sauf réserves d'ordre éthique ou économique, les « biens environnementaux » dans l'une ou l'autre des catégories juridiques classiques.

Certains scientifiques, économistes ou juristes, sont les adeptes de la privatisation écologique comme nouveau paradigme : l'eau dans cette conception peut être, sans incompatibilité avec le droit de l'environnement, un bien privé (A.). Néanmoins, les thuriféraires de la propriété privée comme fondement de la préservation de l'eau sont aussi virulents que ses contempteurs. Afin de limiter les abus, appropriations de fait et pollutions, ou de corriger les effets pervers de la répartition inégalitaire des ressources naturelles, nombreux sont les auteurs qui envisagent cependant de développer l'idée d'un statut de bien public mondial, notamment pour l'eau (B.).

²⁵⁹ Colloque 25-26 octobre 2001, Faculté de Droit, Economie et Gestion, Pau, <http://www.hcci.gouv.fr/lecture/synthese/sy001.htm>

Sous-section 1. Bien privé

Les arguments en faveur de la propriété privée ou de la gestion privée de l'eau ne manquent pas (Hurstel, 1995). Les droits de propriété sont très souvent au service de l'environnement : l'Etat ne peut tout assumer. Le partenariat public/privé est une des voies les plus réalistes, car la maîtrise foncière des terrains par l'Etat ou les collectivités est sporadique. Les réglementations les plus récentes font appel en France aux concours des acteurs de l'espace rural. En tout état de cause, même dans les pays communistes, les catastrophes écologiques existent alors que le droit de propriété individuel est supprimé et la loi du marché mise au ban. Le bien privé représente en effet un bien individuel et un bien économique, puisque du droit de disposer du propriétaire (*abusus*) résulte le droit de céder son bien. Le bien public, à l'inverse, est à la charge de l'Etat qui n'a pas, en général, les moyens financiers d'exercer cette compétence qui lui est dévolue en tant que propriétaire; le bien commun, quant à lui, n'est en définitive le bien de personne en exclusivité, donc aucun investissement ne pourra être envisagé réellement pour préserver les générations futures.

Dans ce cadre, il y a également des risques de superpositions des droits concurrents. Ce sont tous les défauts du droit de l'Ancien Régime qui resurgit : domaine éminent et main morte. La vigilance s'impose contre les tentatives de démembrement de la propriété (De Malafosse, 1973, 3), propres à la féodalité ainsi que la prudence pour ne pas porter le fer contre les *alleus*, base de la démocratie et de la République. Même Proudhon, socialiste de la première heure, parvenait à une conclusion identique. Seul un bien privé peut avoir une fonction sociale efficace.

Aristote (384-322 av.J.-C.) observait que « l'homme prend le plus grand soin de ce qui lui est propre, il a tendance à négliger ce qui est en commun »²⁶⁰. Autrement dit, la conscience des risques environnementaux et le sens des responsabilités sont plus vifs avec la privatisation des biens, quelle qu'en soit leur nature. La notion de bien environnemental prend tout son sens. Les ressources naturelles ne se distinguent pas nécessairement des autres biens économiques, sous cet angle, réclamant par conséquent un traitement identique.

Force est de reconnaître que les propriétaires de biens matériels (sols, ressources naturelles) comme immatériels (parts sociales ou valeurs mobilières dans des sociétés commerciales, telles des installations classées pour la protection de l'environnement) contribuent, volontairement ou non, à la préservation de l'environnement.

²⁶⁰ Politique, livre III, chapitre 3

Les exemples ne manquent pas où l'extension de l'appropriation privée a été une alternative réussie aux réglementations publiques (Falque & Massenet, 1999, 20). A l'inverse, les réglementations pour protéger les *res nullius* ont presque toutes échoué : combien d'espèces sont en voie de disparition malgré des externalités négatives liées aux réglementations nationales voire internationales considérables (Caballero, 1981)?

Aucune règle de droit ne s'oppose à l'association économie et écologie. La gestion des biens rares fait l'objet de recettes éprouvées. Mais la difficulté s'accroît lorsqu'il faut combiner droit de l'environnement et droit de propriété. La patrimonialisation de la nature ou la notion de bien privé règlent en partie la difficulté d'intégration juridique (Romi, 1998, p.134). Mais parfois, la notion de bien privatif est plutôt source de complexités. Ainsi, Au Maroc, la propriété de la terre est même dissociée de la propriété individuelle de l'eau, c'est-à-dire que les droits à l'eau se vendent comme des temps d'accès à l'eau pour l'irrigation. Les tranches horaires sont distribuées en fonction du nombre de propriétaires et du volume d'eau disponible. Cette conception extrême ne se résout qu'en termes de conflits ou de contrats (Charmasson, 1995).

Définir les responsabilités environnementales pose également des défis aux juristes français, très cartésiens. La pollution ne peut être combattue qu'en identifiant les droits de propriété afférents aux activités qui l'engendrent. Et celle-ci ne peut en effet être condamnée que si elle porte atteinte aux droits (de propriété) d'autrui (l'*abusus* demeure donc intact). Dans la tradition juridique romaine de l'*immissio*, les problèmes de pollution étaient ainsi traités comme des violations de propriété. Qui serait sinon le sujet ou quel serait l'objet du dommage? Les juges judiciaires sont désemparés pour cerner la notion toute récente de dommage environnemental (qui sortirait du cadre classique du dommage à autrui de l'article 1382 du Code civil), allouer des dommages-intérêts pour violation d'un droit objectif (rompant ainsi avec le principe d'affectation des dommages-intérêts) et obtenir une réparation par une remise en état depuis la loi pénale du 5 mars 2007²⁶¹. La recevabilité de l'action en justice pour défendre un bien commun est de surcroît sujet à caution dans la mesure la *class-action* n'est admise que du bout des lèvres en droit français et, en tout état de cause, est encore rejetée en matière environnementale.

« Le droit de propriété est au cœur du débat entre écologie dirigée et écologie de marché. Pour la première, il est la cause des problèmes environnementaux, alors que pour la seconde, il en est la solution » (Bramoullé, Bate 1997, Falque et Millière 1992, Leisner, 209). La Banque

²⁶¹ http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/24-05-2007/24-05-2007_accueil_cotte.pdf

mondiale dénonce dans tous les pays, l'effet pervers de la sous-tarification de l'eau et des subventions à l'approvisionnement qui conduisent à un (gas)pillage de l'eau. Le prix du passage au développement durable est de gérer l'eau comme un bien économique (Centi, 1996, p.156 ; Barde, 1999, p.93). L'école française de l'eau a également fait des émules dans différentes régions du monde (Malaisie, Argentine, Inde Indonésie) par une efficacité remarquée d'une gestion déléguée par contrat. En Allemagne, Brésil et Indonésie, les sociétés d'économie mixte offrent un partenariat public/privé réussi. Lorsque l'assainissement nécessite des infrastructures coûteuses, le recours aux entreprises privées est nécessaire. C'est ainsi qu'au Sahel où le secteur public se borne à contrôler et assurer la concertation avec les différents usagers : la privatisation connaît un relatif succès (L'eau, patrimoine commune, cahiers trimestriels, 171 ; Sow, 2001).

Mais si les limites de l'Etat-providence ou, à l'inverse, les risques d'un Etat centralisateur donc dominateur ont clairement été exposés par les fervents défenseurs des libertés publiques, l'assertion selon laquelle le droit de propriété privée *alias* l'économie de marché serait la panacée pour l'environnement n'est pas démontrée pour autant. A l'heure de la mondialisation, les multinationales telles Danone, Nestlé ou Coca-Cola effrayent par l'absence de transparence dans leurs motivations et les risques avérés d'abus d'exploitation ; beaucoup doutent de leurs recherches pour améliorer la qualité de vie humaine dans une situation de monopole peu propice à une gouvernance mondiale équilibrée. Les programmes de privatisation au Sud ont parfois engendré pénuries et contaminations (Amougou, 2001, p.147). L'économie de marché ressemble pour certains auteurs à un retour à l'état de nature (Paquerot, 1996). Le « buissonnement normatif » (Dupuy, 1991) et « les périmètres flottants du développement durable » (Scarwell et Roussel, 2006, p. 200) ne sont pas là pour rassurer. La crainte d'une « pétrolisation » de l'eau, avec son corollaire d'inégalités qui en découlent et d'absence de respect de l'écosystème, renvoie alors au concept antinomique de bien public mondial (Le Manifeste de l'eau, p.13).

Sous-section 2. Bien public mondial

La notion de bien public mondial, appliquée à l'environnement est nouvelle mais, la notion, en elle-même, relève de l'histoire économique depuis Adam Smith. En 1770, l'école classique anglaise assigne à la puissance publique le soin d'assurer la défense nationale, de garantir la justice et de pourvoir au financement des infrastructures. Samuelson, deux siècles plus tard, oppose les biens de consommation et les biens communs « au sens où la consommation d'un bien de ce type ne vient pas en déduction de la consommation dudit bien par une autre

personne » (Golub et Maréchal, 2006, p.67). Un bien public (ou collectif) sera dit pur s'il bénéficie à tous sans exclusion (monopole) ni exclusivité (concurrence). L'eau est rangée dans la catégorie des biens publics impurs puisque les hommes sont en rivalité pour l'usage de l'eau mais tous devraient y avoir accès (non-exclusion)²⁶². On vérifie ainsi par le truchement du droit international que la notion de patrimoine commun est alors inopportune (Trébulle, 2005, p.5-6) voire impropre.

Les biens publics mondiaux sont des biens ou des services indispensables au bien-être des individus comme à l'équilibre des sociétés du Nord et du Sud de la planète. Cette classification retenue par les Nations-Unies (Kaul, Grunberg et Stern, 1999) se traduit par les programmes de lutte contre les effets néfastes de la mondialisation par le PNUD, aux fins d'identifier les biens publics mondiaux susceptibles de rassembler un large consensus, et retenir des recommandations pour leur préservation, leur production et leur gestion par la communauté internationale (Gabas et Hugon, 2001).

C'est souvent le critère de la solidarité qui justifie d'ailleurs la qualification du bien. L'évolution dans le choix des termes de droit est révélatrice des avancées sociales et de la finalité des biens. Mais classer la paix, la santé, la justice, l'environnement, l'eau ou l'éducation dans les biens publics mondiaux ne détermine pas leur régime et ne leur confère pas pour autant une réalité juridique. La liste au demeurant n'étant pas exhaustive, leur dissolution dans le droit commun voire dans des discours sans portée juridique est à redouter.

En outre, le caractère mondial du bien en cause ne simplifie pas la question car il exclut l'appropriation tant privée que publique puisque seuls les Etats et non les institutions internationales représentatives sont susceptibles d'être responsables de la domanialité publique. La propriété commune n'est pas la propriété publique. A l'échelle mondiale, le bien commun n'est pas une catégorie reconnue juridiquement, les Etats demeurant souverains. Toutefois, c'est chaque fois l'appel à la coopération internationale qui justifie la terminologie de bien public mondial (Kaul *et alii*, 1999).

La définition du bien public, en droit administratif, est plus élaborée mais elle est symptomatique d'un rappel du principe général de propriété privée. Le bien doit être affecté à un service public soit directement à l'usage du public (Godfrin et Degoff 2007)²⁶³. Les exemples cités le plus fréquemment sont le rivage, les lais et relais, le sol et le sous-sol de la

²⁶² Taithe A., L'eau : besoin, droit ou quel bien public ?, http://www.afsp.msh-paris.fr/archives/archivessei/biensmond_prog.html

²⁶³ Commentaires de l'ordonnance du 21 avril 2006 entérinant en la matière une jurisprudence constante.

mer, les ports, les havres et les rades, les fleuves, rivières et lacs navigables et flottables ou qui ont été classés « en vue de satisfaire les besoins en eau du public ».

Dans la plupart des pays du monde la gestion de l'eau potable est un service public, y compris aux Etats-Unis, et elle est distribuée par des régies municipales. La France fait donc figure d'exception puisque c'est le seul pays où, depuis le XIX^{ème} siècle, les compagnies privées de distribution d'eau ont une telle importance. Mais ce sont pour la plupart des concessions de service public et l'Etat porte la responsabilité de la réglementation. Plusieurs ministères sont concernés : défense, agriculture, équipement, santé, environnement. Mais avec cet encadrement administratif, l'Etat conserve un monopole du contrôle car ce sont plus de cinquante de ses services qui interviennent pour la police de l'eau ! (Giblin, 2003, p.18)

Suffirait-il d'élaborer des règles juridiques mondiales, elles-mêmes bien commun mondial, dépassant le cadre de la souveraineté des Etats ? Quelle juridiction à statut international aurait compétence pour statuer en cas de litiges sur l'usage de l'eau, donc sur les causes de la guerre ou de la paix ? Quelles sources de biens communs mondiaux seraient considérées comme légitimes ? Un nouvel *hegemon* (école néoréaliste américaine) ou une autorité démocratique deviendrait-elle source de biens publics et en assurerait-elle la stabilité ?

Le bien public mondial est aussi un bien collectif, autre que purement économique.

Le bien public est alors souvent assimilé au bien commun tels des marchés ou places publics, voies de circulation, forêts, pâturages, etc.. L'eau appartient à Dieu dans la société musulmane, donc à la communauté (Aldeeb Abu-Saleh, 2005, 409)²⁶⁴ : le partage pour l'abreuvement est un devoir moral²⁶⁵. Les fontaines publiques en Tunisie (*sbils*), par exemple, sont considérées comme des biens communs. On retrouve cette idée dans le « Mal propre » (Serres, 2008) qui prie l'Homme de ne pas s'approprier le monde en salissant ce bien commun car le monde ne serait pas le propre de l'Homme. Mais on ne sort pas du raisonnement circulaire. Car bien environnemental privé ou public, ou bien commun mondial, bien collectif au singulier ou au pluriel, patrimoine de l'humanité, ou bien commun des peuples (Amin, 2001), l'eau est toujours définie dans une logique d'appropriation (Clifford, 1995), que ce soit par l'Etat ou des propriétaires privés ou encore une collectivité. Or, il faut dissocier le droit et l'objet du droit : le droit de propriété n'est pas la propriété en elle-même, autrement dit le bien sur lequel porte le droit. De la même façon que le droit de propriété ne

²⁶⁴ Table juridique analytique du Coran, 56:68-70

²⁶⁵ Table juridique analytique du Coran, 54 : 28

peut pas être un droit réel, compte tenu de leur nature radicalement différente (Zénati, 1993, p.316), l'eau n'est pas un bien environnemental.

L'eau est un droit humain, au même titre que le droit de propriété. Tous deux revêtent un caractère extrapatrimonial : si la propriété est fille de la liberté, l'eau est enfant des droits de la personnalité juridique.

Section 3. L'eau, droit humain universel

Le développement durable est plus qu'un droit de créance. Il devient un véritable référentiel (Dufeu et Blessig, 2005)²⁶⁶. La Cour Européenne des Droits de l'Homme a même emboîté le pas du législateur français, suite à l'article 1 du Code de l'environnement, et déclaré qu'il existe un droit à « un environnement sain et écologiquement équilibré ». Tous les jalons sont posés pour que le droit à l'eau soit rangé parmi les droits de l'homme fondamentaux. Au-delà des déclarations internationales, la Constitution française et la jurisprudence européenne ont franchi le pas : c'est la genèse d'un nouveau droit de l'homme (A.). Le droit de propriété et le statut juridique de l'eau sont-ils aujourd'hui à égalité ? Un nouvel équilibre est recherché entre des normes de même valeur dont l'objet peut être en contradiction : c'est la naissance d'un ordre public écologique (B.)

Sous-section 1. Genèse d'un nouveau droit de l'homme

A travers le concept de développement durable, le droit de l'environnement a trouvé une assise juridique internationale solide et l'eau a pu ainsi être érigée en droit humain universel. Un rapide tableau chronologique mérite d'être brossé pour retracer l'évolution du droit en la matière. En 1948, l'Union Internationale pour la Protection de la Nature (UIPN) est créée entre acteurs gouvernementaux et non gouvernementaux²⁶⁷. La Conférence de Rome (1960) dénonce l'épuisement des ressources avec une croissance économique et démographique exponentielle. A Stockholm (1972), la Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain, à cause de diverses pollutions dont les pluies acides, met en place de nouveaux organismes de protection de l'environnement (PNUE); pour la première fois, le lien entre droit fondamental de l'homme et l'environnement est établi officiellement. A l'avant-garde, le

²⁶⁶ DUFEAU J.-P. et BLESSIG E., *Les instruments de la politique de développement durable, rapport d'information n°2248*, Assemblée nationale, avril 2005, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rap-info/i2248.pdf>

²⁶⁷ Rebaptisée en 1956, elle dénommée depuis 1996 Union Mondiale pour la Nature (UICN), V. Olivier J., 2005, note 26, p.12.

premier traité international reconnaissant ce droit est la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples de 1981 (article 24). Puis, en 1987, le célèbre rapport Brundtland de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement (CMED) fait naître le concept même de développement durable, qui progressivement acquiert la portée d'un principe général de droit international²⁶⁸. La Déclaration de Rio de 1992 formule de nouveau « le droit à une vie saine (...) en harmonie avec la nature » et propose l'équivalence du droit à l'environnement par rapport au droit au développement et l'intégration systématique de l'environnement dans toutes les nouvelles politiques publiques à travers deux propositions de base pour l'action de la communauté internationale. La Commission pour le développement durable (organe du Conseil économique et social de l'ONU) surveille la mise en place des Agendas 21 dans les collectivités territoriales et locales. Puis, c'est la déclaration de Johannesburg (2002) qui pose solennellement les trois piliers du développement durable : le développement économique, la responsabilité sociale et la protection de l'environnement. L'Observation générale sur le droit à l'eau, adoptée par le Pacte relatif aux droits économiques et culturels (CESCR) en novembre 2002, est une étape importante dans l'histoire des droits de l'homme. Pour la première fois, l'eau est explicitement reconnue comme l'un des droits de l'homme fondamentaux et les 145 pays qui ont ratifié le CESCR seront désormais tenus de faire en sorte que progressivement l'ensemble de leurs populations aient un accès équitable, sans discrimination, à une eau potable pure et salubre. Naguère, le droit à l'eau avait été plus ou moins reconnu, implicitement, dans l'Observation générale sur le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (2000), dans la Convention relative aux droits de l'enfant (1989) et dans la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979)²⁶⁹.

Au niveau régional, le traité de Maastricht (1992) adopte une stratégie de développement durable relayée par le Sommet de Copenhague (1995) et le Conseil européen de Göteborg (2001), puis, à de nombreuses reprises, par le Parlement européen. Celui-ci a adopté le 13 mars 2007, une résolution sur la Responsabilité Sociale et Environnementale des Entreprises (RSEE) retraçant toutes les avancées du droit européen en la matière²⁷⁰. Dès lors que les principes du développement durable ou le droit à un environnement sain sont énoncés dans les

²⁶⁸ Cour internationale de Justice de La Haye, Recueil CIJ, 241-242 §29 commenté par Dupuy P.M., « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », RGDIP, 1997-4, p.887

²⁶⁹ Paragraphe extrait de World Water Development Report (WWDR) : Le droit à l'eau

²⁷⁰ Pour une liste exhaustive de tous les textes : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0062+0+DOC+XML+V0//FR> (pour une mondialisation responsable et équilibrée) http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2001/com2001_0428fr01.pdf

tous premiers articles des chartes ou résolutions et que d'autres conventions internationales réitérent ces principes ou droits fondamentaux, le développement durable, la santé, l'environnement ne sont plus seulement des objectifs : intégrés à la Charte des Droits fondamentaux de l'UE (Nice 2000), ce sont désormais des principes. Implicitement le droit à l'environnement est reconnu (Fontbaustier 2004²⁷¹, Kiss, 2005²⁷²; Smets, 2001, p.381). La Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information et à la justice en matière d'environnement, la participation du public au processus décisionnel, fait figure d'exception (1998), car elle énonce un droit fondamental à l'environnement et un droit procédural à l'invoquer devant les juges directement.

Au plan national, les formes de reconnaissance du droit à l'environnement sont multiples et variées. Le développement durable se décline sous forme conventionnelle maintenant dans de nombreux Etats²⁷³. La constitutionnalisation semble se répandre : l'article 255 de la Constitution du Brésil proclame un droit à l'environnement écologiquement équilibré pour tous; dix Etats sur quinze avant le 1^{er} mai 2004 ont intégré ce droit dans leur constitution dont l'Allemagne et la Belgique en 1994, la Finlande 1999, la Grèce 2001. Les nouveaux entrants dans l'Union européenne (Pologne, Slovaquie, Lituanie, Lettonie, Estonie, Hongrie) ont inscrit le droit à l'environnement directement dans leur nouvelle constitution. En Afrique, il en est de même dans bon nombre de constitutions récentes (Prieur, 2003). De manière très originale, en Uruguay, plus de 60% des citoyens ont voté en faveur d'une réforme de la Constitution (2004) qui déclare l'eau comme « bien public » et en même temps garantit la participation des usagers à tous les niveaux de sa gestion : par la voie démocratique, l'accès aux services d'eau et d'assainissement devient de ce fait un droit humain fondamental et une société d'Etat se charge de rendre ce droit effectif évitant ainsi dans le futur de nouvelles concessions à des entreprises privées.

Mais entre la reconnaissance, dans la constitution elle-même, d'un véritable droit subjectif comme en France (Van Lang, 2002; Drago, 2004; Jégouzo & Lolum, 2004) ou en Hongrie, Slovaquie, Slovénie, Belgique, Espagne, Grèce, Portugal et Finlande, Uruguay) et une

²⁷¹ <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-15/environnement-et-pacte-ecologique-remarques-sur-la-philosophie-d-un-nouveau-droit-a.51999.html>

²⁷² <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-15/environnement-droit-international-droits-fondamentaux.52001.html>

²⁷³ En France, la comité français du développement durable (CFDD) et le Comité 21 sont créés en 1993. Plusieurs lois se réfèrent au développement durable (loi sur l'eau, Barnier précitées, loi Pasqua en 1995, LOADDT dite loi Voynet, Chevènement de 1999 qui donne de nouveaux instruments juridiques et techniques, loi SRU de 2000 qui planifie le développement durable dans les SCOT et les PLU), sans omettre la loi NRE de 2001 instaurant un rapport de développement durable pour les entreprises cotées.

obligation de protéger l'environnement assignée à l'Etat (Pologne) voire aux citoyens (Suisse), la marche n'est pas toujours pas franchie dans de nombreux Etats. Pour une majorité d'entre eux, seules de simples lois sont destinées à promouvoir le développement durable et faire respecter le droit de l'environnement (Canada²⁷⁴, Etats-Unis, Grande-Bretagne). Le système fédéral et sa complexité dans la répartition des compétences peuvent être un frein à la constitutionnalisation. L'ancienneté des constitutions, à une époque où la problématique du développement durable n'existait pas, sont souvent invoquées : dans les pays relevant de la Common Law, seule la *soft law* permet alors de faire évoluer le droit sans modifier les textes originaux.

Tout l'apport de la jurisprudence, notamment européenne, car celle-ci a valeur de précédent comme dans les pays de droit coutumier, est dans cette construction juridique et terminologique fondamental. Ainsi, la Cour Européenne des Droits de l'Homme de Strasbourg a interprété de manière extensive certains droits voisins insérés dans la Convention européenne des droits de l'homme, celle-ci ne faisant pas directement référence en 1950 à un droit à l'environnement. Plusieurs requêtes ont été considérées tout d'abord comme recevables en application de l'article 8 de ladite convention sur la vie privée et familiale et du domicile, étendu aux affaires environnementales, puis sur le fondement du droit à la vie, certaines demandes ont été jugées tout à fait fondées²⁷⁵. La Cour a étendu, de plus, les conditions d'ouverture et de recevabilité des recours. Outre les 44 Etats de l'Atlantique à l'Oural, parties à la Convention, toute personne (physique ou morale) de ces Etats peut saisir le CEDH et, en tout état de cause, fonder une action en justice sur le texte même de la Convention dès la première instance devant une juridiction nationale. La notion de « victime potentielle » issue de l'affaire *Soering* (art.50 CEDH) représente l'espoir de reconnaître juridiquement les générations futures et le préjudice environnemental par ricochet.

En outre, la question était posée de savoir si l'environnement devait être préservé en tant que tel, c'est-à-dire dans une vision écologiste plus qu'environnementaliste où l'homme ne représente qu'un maillon, ou bien, au contraire, si l'environnement constituait un droit

²⁷⁴ http://www.oag-bvg.gc.ca/domino/rapports.nsf/html/c007aa_f.html

²⁷⁵ Arrêt Powel et Rayner, 21 fév. 1990 ; affaire Hatton et autres c/ Royaume-Uni, 2 oct. 2001; arrêt Lopez-Ostra du 9 décembre 1994 reconnaissant un droit à la qualité de vie ; arrêt Guerra du 19 fév. 1998 sur l'information et l'étude d'impact ; affaire Oneryildiz c/Turquie du 18 juin 2002 consacrant un droit à la vie en matière environnementale, commentaires Belaidi N., « Droits de l'Homme, environnement et ordre public », in l'ordre public écologique, p. 68 ou par Tavernier Paul, Actualité et Droit international, « La Cour Européenne des Droits de l'Homme et la mise en œuvre du droit international de l'environnement », www.ridi.org/adi, juin 2003, spéc.,p.5

humain, ce qui entraînait une soumission de la nature aux lois des hommes ou plus exactement une protection de l'écosystème et des milieux naturels uniquement au service de la santé, de qualité de vie et du bien-être de l'homme. C'est seconde conception a prévalu, ce qui explique l'émergence d'un droit de l'homme à l'environnement (Ferry, 1992, p.108; Ost, 1995 ; Prieur, 2003²⁷⁶) tel un droit subjectif (Martin G. J, 1978, p.154).
Compte tenu de l'urgence en matière environnementale, un nouvel ordre s'instaure.

Sous-section 2. L'ordre public écologique : un nouvel équilibre entre les normes

La « mondialisation du droit » notamment dans sa diffusion des droits de l'homme tend à effacer l'Etat, en tant qu'entité juridique (Stern, 2000). Dans le cadre du développement durable, c'est une chance (Lepeltier, 2004)²⁷⁷ car les nuages ne s'arrêtent pas aux frontières ... Mais la poursuite de projets communs s'est heurtée principalement à l'hétérogénéité des systèmes juridiques dans le monde ou à leurs lacunes et à la contestation croissante de la dominance des pays industrialisés face à l'absence d'intégration des pays pauvres (Cadet, 2006, p.122-124).

Un espoir certain peut être cependant signalé avec la création de la Cour pénale internationale le 11 avril 2002. Cette juridiction a une compétence universelle mais limitée (crimes contre l'humanité). Mais si certaines fautes pénales représentant plus qu'un délit, la catégorie des crimes « innommés » contre l'humanité pourrait ainsi inclure les atteintes graves à l'environnement. La mise en place d'une gouvernance mondiale est même prévue par l'article 1 des statuts de la CPI et par la coopération juridique et juridictionnelle internationale initiée par l'Europe (Dejeant-Pons, 1999, 120). L'institution du mandat d'arrêt européen, lequel s'applique aux crimes contre l'environnement²⁷⁸ est aussi tout à fait remarquable. Il est intéressant de citer également la création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (1998) qui a tenu sa première réunion lundi 1^{er} octobre 2007 à Banjul (Gambie). Autre symbole, le Tribunal de l'Eau de Valencia, institution populaire et locale (Espagne), poursuit son action judiciaire depuis 1492 !²⁷⁹

La capacité d'encadrement des décideurs tant au niveau national qu'europpéen pèseront sur l'avenir du développement durable au niveau mondial. Le caractère contraignant de la

²⁷⁶ Les principes généraux du droit de l'environnement : http://foad.refer.org/IMG/pdf/Module_5.pdf

²⁷⁷ LEPELTIER S., *Mondialisation : une chance pour l'environnement, rapport d'information n°233*, Sénat 2004.

²⁷⁸ Art. 2§2 décision –cadre 2002/584 JOCE L190, 18/07/2002, p.1

²⁷⁹ Le manifeste sur l'eau, p. iii

réglementation européenne est un atout. La législation française, réplique ou complément de la législation européenne, donne également le ton. En décembre 1964, les redevances sur l'eau sont instituées selon les principes de l'OCDE (PPP). La loi de 1976 instaure une coordination avec la police des eaux pour les installations classées soumises à étude d'impact, et une étude de danger (1997) suite à la directive « Seveso II ». En 1999 est créée la taxe générale sur les activités polluantes (TGAP) notamment sur les produits phytosanitaires et les lessives.

Les prescriptions sont nombreuses, éclectiques souvent hétérogènes. Certaines sont plus impératives que d'autres : c'est la reconnaissance d'un ordre public en matière environnementale, qui ne souffre, par définition, aucune dérogation. En droit privé, le développement croissant des dommages-intérêts punitifs (*punitive damages*) en matière environnementale est ainsi très révélateur (Loutant-Lapalus, 2005, 317). En droit public, la Commission européenne a saisi, encore une fois, la Cour de Justice des Communautés Européennes, en juin 2007, dans l'affaire de la pollution des nitrates des eaux de surface en Bretagne pour faire condamner la France à une amende et une astreinte journalière significatives, pour retard dans l'application de la directive « nitrates » 91/676/CEE du 31 décembre 1991.

L'ordre public recouvre à la fois la notion d'organisation et l'idée de tranquillité, sécurité, salubrité publique. Il revêt donc un aspect à la fois, « gardien de droits et de situations juridiques » ou au contraire, « limitation possible de ces droits » (Kiss, 2005). On conçoit dès lors qu'il puisse heurter le droit de propriété, en tant que liberté individuelle, quand l'intérêt général le justifie. On comprend également, que la préservation de certaines espèces vivantes et l'accès équitable aux ressources naturelles, appellent des techniques juridiques nouvelles voire surprenantes au service de l'humanité, tel un contrat social (La Voilotte, 2005, p.295) ou un contrat naturel (Serres, 1992) portant sur des valeurs fondamentales : c'est la naissance véritablement d'un *jus cogens* environnemental, ensemble de normes impératives ou d'obligations opposables à tous les Etats relatives à un droit à un environnement sain, comme droit fondamental de la personne humaine.

Certains le reconnaissent comme l'aboutissement de toute une évolution du droit (Apostolidis, 1991, 55). D'autres estiment que seules les prémices sont visibles (Picheral, 2001, 258). Quelques-uns sont dubitatifs car même le procès pénal peut faire l'objet d'une transaction suite à une violation de l'ordre public environnemental, telle une pollution des eaux (Vincent-Legoux, 2005, p.81; Bertella-Geffroy, 2002, p.8) ! Si l'on ne peut pas, en principe, déroger par des conventions particulières à l'ordre public, le droit international a assoupli la règle en

tolérant de nombreuses exceptions... Il en résulte un risque que les plus puissants imposent des normes auxquels les autres seront assujettis (Ruzié, 2004, p.3- 4, p.36-37-38, p.185-186). C'est la principale critique adressée à la *soft law*, les parties au contrat n'étant pas dans une situation d'égalité de fait. L'évolution du protocole de Kyoto en 2012 qui devra intégrer les pays émergents tels l'Inde, la Chine ou le Brésil sera un facteur déterminant.

Si la protection de la sécurité des personnes contre les risques naturels ou technologiques, les mesures de santé publique contre la pollution des eaux ou de l'atmosphère ou de police pour la tranquillité publique des personnes troublées par le bruit font l'objet d'un consensus, il n'en est pas de même des Directives Natura 2000, Oiseaux ou Habitats qui protègent la capacité de reproduction des écosystèmes en tant que ressource fondamentale de la vie et entre en conflit avec le droit de propriété, protégé comme liberté fondamentale par le Conseil Constitutionnel français et la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Une hiérarchie s'impose, et ce, même au sein de la catégorie des droits de l'homme. Christian Mouly affirmait qu'« en matière d'environnement, comme ailleurs, la propriété développe mieux ses effets en conjonction avec d'autres droits de l'homme, notamment lorsqu'on souligne la protection qu'apporte la propriété à ces autres droits. Moins qu'une valeur en soi, la propriété doit être présentée comme le rempart de l'égalité, de la dignité de l'homme et des libertés individuelles »²⁸⁰. La propriété est un droit : elle doit être, dans cet esprit, un devoir. Le sol, à la différence de l'eau ou de l'air, est un immeuble : objet de propriété, le propriétaire en est responsable (article 1384 al.1 du Code civil). La propriété foncière a donc une fonction biologique, comme la propriété immobilière a une fonction sociale. Il serait juste pour l'égalité des citoyens devant les charges publiques que les servitudes d'urbanisme soient dans ces conditions indemnisées (Hostiou, 1993, p.27)²⁸¹. Hayek préconisait comme progrès humain de sortir du socialisme tribal pour accéder à la propriété privée : c'était même le sens de l'histoire (Smith, 1997, 50).

Mais compte tenu de son absence de transparence, des abus des « seigneurs de l'eau », la gestion privative de l'eau, au niveau mondial, par une poignée de sociétés ou par l'Etat, n'a pas donné toutes les garanties de bonne démocratie et d'accès à l'eau pour toutes les générations actuelles ou futures. Or, l'accès à l'eau, c'est le droit de tous à la vie, individuel, inaliénable et collectif. La constitution d'un réseau de parlements pour l'eau est un préalable pour préserver le droit mondial de l'eau.

²⁸⁰ Place de la propriété parmi les droits de l'homme, *in* Droits de propriété et environnement, p.40

²⁸¹ Art. 17 de la DDH de 1789 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

Au nom des Droits de l'Homme, le droit de propriété ne peut plus être conçu comme au XIX^{ème} siècle comme un droit absolu et exclusif : il doit être utile (Trébulle, 2005, p.20; Trotabas, 1930, p.45). Si la liberté demeure le principe, rappelé sans cesse par la Cour européenne des Droits de l'Homme et le Conseil Constitutionnel en France, elle ne saurait s'exercer sans limites. Cette remarque vaut à la fois pour la propriété privée ou publique. Si le droit de propriété n'a jamais revêtu un caractère absolu sinon dans les textes, les atteintes au droit de propriété n'ont pas cessé au XX^{ème} siècle. Certes, toute expropriation doit être justifiée dans l'intérêt public et être indemnisée (art. 17 DDH). Mais bon nombre de contraintes nouvelles ou nuisances ne font pas l'objet d'indemnités. L'augmentation exponentielle des contraintes environnementales (urbanisme, protection de la nature, de sites, prévention des risques...) donne l'impression, selon l'angle juridique d'approche, soit d'une remise en cause d'un droit absolu et exclusif (Trébulle, 2005, p.16 et note 90), soit au contraire, d'une intangibilité d'un droit fondamental qui n'a rien perdu de son empire (Libchaber, 2004, p.298; Revet, 2004, p.20).

On assiste aujourd'hui, au niveau européen, à l'instauration d'une source de biens publics régulée par le principe de subsidiarité auquel la communauté européenne ajoute le principe de proportionnalité dans son Livre Blanc. Autrement dit, le principe de la propriété privée n'est remis en cause que si la production et l'approvisionnement ne sont pas satisfaits. Tout au plus s'accorde-t-on à constater une évolution dans la définition du droit de propriété (Bergel, 2001b, p.641; Moreau, 1991, p.31).

L'ordre public écologique peut justifier une mise entre parenthèse de la liberté individuelle pour le bien commun. Ces réflexions conduisent à renouveler la notion du droit de propriété (Gys, 1997) et identifier un domaine public environnemental où s'exercent les prérogatives de la communauté avec l'indispensable mobilisation des acteurs sociaux (Martinand 2003)²⁸².

Conclusion

L'accès à l'eau est source de conflits depuis près de 4000 ans. La répartition et le contrôle des ressources se sont transformés en une des clefs des négociations pour la paix²⁸³. Un véritable statut pour l'eau douce est recherché, qui passe nécessairement par une refondation du droit

²⁸² Martinand C. *Environnement et développement durable, l'indispensable mobilisation des acteurs sociaux*, Rapport du Conseil économique et social, Ed. La documentation française, 12 mars 2003.

²⁸³ Alternatives Sud, éditorial, P.15 ; Nguyen Tien Duc, L'eau, enjeu politique important, *in* La conquête de l'eau, p.81

international (Paquerot, 2005) au service de l'homme. Les théories et classifications juridiques éprouvées, par le temps et la pratique judiciaire, ne connaissent pas forcément l'obsolescence que militants écologistes convaincus, hostiles au capitalisme financier et antilibéraux prétendent. Mais une adaptation est nécessaire pour trouver la hiérarchie et le contrôle des normes adéquats.

Une véritable gestion intégrée de l'eau a pu être réalisée dans le cadre des procédures de développement durable. Les démarches labellisées pour l'air sont nettement moins lisibles (Scarwell et Roussel, p.223).

Exciper de la définition du bien public mondial, la nécessité absolue d'une gestion publique de l'eau ou de l'air peut-être un prétexte fallacieux. Car les *res communes* ne sont pas des biens, qu'ils soient rares, chers ou en abondance. Il ne peut exister de réelle appropriation de l'eau ou de l'air; tout au plus s'agit-il de possession ou de jouissance abusive. L'usage doit être réglementé. C'est ainsi que la notion de *res publica* doit être revisitée²⁸⁴.

L'eau n'est pas une simple ressource économique, sans dimension de la solidarité ou conscience de la responsabilité. Découvrir à nouveau la fonction sociale de la propriété est aussi une piste pour concilier liberté individuelle et le droit à un environnement sain pour tous.

L'ignorance de l'urgence par les juristes, trop enclins en amont à radicaliser le principe de précaution ou confinés, en aval, au règlement des contentieux, est l'assurance d'une patrimonialisation croissante de l'environnement.

L'essoufflement des tentatives de régulation pour imposer un droit à l'eau, est révélateur de cette qualification erronée fondée sur l'idée de bien privé ou de bien public. Il est grand temps de sortir des carcans juridiques, d'oser le droit constitutionnel international, socle d'une gouvernance mondiale, de savoir mettre en place les procédures pour prévenir pollutions et pénuries, d'accroître les compétences *ratione materiae* et les moyens de la Cour pénale internationale afin de réparer à l'échelle mondiale les préjudices de demain liés aux violations sous toutes ses formes de ce nouveau droit humain universel. L'eau n'est pas un bien commun, c'est le droit commun – ou mis en commun selon l'expression de Delmas-Marty - de l'humanité.

Conclusion partie 2 :

²⁸⁴ <http://www.iqhei.ulaval.ca/Pdf/ORIEPaquerot.pdf>

Sortir du carcan binaire droit ou non-droit, norme privée ou norme publique, norme d'application volontaire et norme impérative, a ouvert une porte à de nouvelles normes, de nouveaux principes, à de nouvelles responsabilités, les responsabilités éthiques, à la recherche des valeurs perdues ou à inventer. Nostalgie, utopie, idéologie ? Cette brèche béante dans la pyramide rassurante de Kelsen a aussi engendré une insécurité et un flou juridiques non satisfaisant. La *soft law* et la privatisation du droit qui en résulte sont une menace pour notre contrat social démocratique. Un corpus normatif s'est construit, pléthorique, et la quantité de référentiels est souvent inversement proportionnelle au respect qu'il inspire. L'énumération serait longue. Sans contrainte, sans contrôle, sans sanction, finalement se traduit par : sans responsabilité aucune.

L'illusion d'un « moment libéral », borné et achevé, a vécu. La parenthèse ne s'est jamais refermée. Il ne s'agit pas d'une crise passagère mais d'un état structurel où le libéralisme prévaut, sans contre-pouvoir, ou presque faute de gouvernance mondiale. La RSE n'a pas su ou pas pu, hors du champ du droit, trouver le remède. Il résulte des points étudiés dans ce chapitre que le droit flou n'est pas non plus propice à la construction d'une gouvernance forte et fiable. Jusqu'à présent, la RSE était surtout perçue comme un outil marketing. Mais, fondamentalement, couplée au DD, elle représente « une nouvelle forme « démarchandisation » (Sobel, 2010, p.83) pour résister au « tout » économique. L'image est forte et parlante : ni l'eau, ni les êtres humains, ni les droits de l'Homme ne doivent être considérés comme des biens ou des marchandises.

L'*accountability* est un premier pas mais rendre des comptes demeure une démarche à connotation financière. Pour que les normes de RSE soient véritablement efficaces, il n'y a plus d'autre choix que de les faire rentrer explicitement dans le champ juridique de la *hard law*. L'urgence commande de ne pas se contenter de la *soft law*, qui trop lente pour faire évoluer les comportements, comprend de nombreux risques de Tétranormalisation.

La RSE ayant eu le mérite de montrer les limites de la règle de droit, dans un univers tétranormalisé, il convient de lui associer des considérations éthiques. Pour ordonner les réseaux multiples de normes, le dialogue, l'échange, l'internormativité sont nécessaires pour éviter la fragmentation (Delmas-Marty, 2004b, p.316). Le droit ne peut prétendre constituer un outil de gestion que si l'éthique préside à son usage, autrement dit il convient d'associer toujours la technique et la procédure autrement dit le moyen à une finalité.

Troisième Partie : Le droit contre les normes :
l'utopie réalisable

« Sachent donc ceux qui l'ignorent, sachent les ennemis de Dieu et du genre humain, quelque nom qu'ils prennent, qu'entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit. Le droit est l'épée des grands, le devoir est le bouclier des petits »²⁸⁵.

La question principale sur l'évolution de la responsabilité sociale et environnementale des entreprises, en fonction de l'état des lieux critique dressé par de nombreux Etats, organisations internationales (ONU, OIT, OMC, BIRD, FMI, OMS), en Europe (OCDE, UE), ou en France (Commissariat Général au Plan et Cour de comptes) est bien celle de son caractère optionnel, aussi paradoxal que cela puisse paraître. D'un côté, les besoins sont clairement identifiés pour assurer la survie de l'espèce humaine, compte tenu des risques évalués par les scientifiques, de l'autre, la RSE ou le développement durable apparaissent comme une exigence déconnectée de cette problématique, un luxueux programme au service du marketing et de la communication; en droit, ces concepts sont des OJNI (objet juridique non identifié).

Aujourd'hui, rien n'interdit d'acheter un tee-shirt à 1€, importé de pays pauvres, même si cette action est le résultat de violations des Droits de l'Homme à un point quelconque de la planète (travail des enfants, non-respect des droits sociaux, sanitaires ou économiques élémentaires...). Le consommateur est libre ; les entreprises de fabrication, commercialisation et transport, quant à elles, ne risquent rien ou presque. Soit le lampiste est tenu pour responsable d'une faute mineure et la sanction est édulcorée, soit la qualification est introuvable dans le corpus de règles existantes et la responsabilité est éludée. En outre, la justice prononce parfois des peines exemplaires mais rechigne encore à appliquer la règle pollueur-payeur inscrite en toutes lettres dans le droit communautaire (70% de notre législation en matière d'environnement) ou le protocole de Kyoto, quand des emplois sont menacés.

La création d'un nouveau modèle standard de consommation, fondé sur la qualité non la quantité, reste un idéal à atteindre non une obligation. Evalué à 0,06% du PNB par an et par habitant dans le monde, l'investissement nécessaire pour diminuer les gaz à effet de serre demeure à l'état de suspens. Trop cher !? Les entreprises répondent toujours à cette logique

²⁸⁵ Fin de la 52e conférence de Lacordaire, dans le volume IV. Conférences de Notre-Dame de Paris. T. III. Années 1846, 1848 des Oeuvres complètes, p.494

marchande : combien cela coûte-t-il ? Combien cela me coûterait de ne rien faire ?²⁸⁶ Seront-elles à même de répondre à des appels d'offre dans l'avenir si la préoccupation environnementale est mise au premier plan dans les cahiers de charges, le mieux-disant l'emportant sur le moins-disant ?

Malgré des tentatives de sensibilisation aux enjeux environnementaux (épuisement des ressources naturelles, déchets, énergies non polluantes, recyclage...), des campagnes de communication, des actions concertées par le truchement des Etats, des ONG, des agences de notation, des collectivités territoriales, des services publics à caractère commercial telles les chambres de commerce ou d'associations à mission de service public comme l'AFNOR, les entreprises françaises sont réticentes ou pour l'essentiel dans l'incapacité de se projeter pour adopter une attitude protectrice de la planète et des générations futures. L'entreprise, petite ou moyenne, ne sait si elle existera demain.

La prise de conscience est individuelle et ne se traduit guère collectivement sinon de façon encore trop marginale (Hude, 2004, p.354s.). Le principe de précaution est accepté du bout des lèvres dans notre Code de l'environnement et a soulevé une levée de boucliers de la part de nos entreprises quand nos parlementaires l'ont inséré dans la Charte de l'environnement au Congrès du 28 février 2005.

Ces instruments juridiques ne sont guère coercitifs. Une nouvelle hiérarchie des besoins, et par voie de conséquence, des instruments de régulation, s'impose nécessairement pour que l'environnement ne devienne pas la dernière lettre de l'alphabet du développement durable.

Curieusement, l'effet contraignant de la règle juridique posée n'est pas toujours proportionnel à la nécessité avérée. Le droit ne connaît de notion de responsabilité que dans une phase postérieure aux faits juridiques qui la déclenchent, alors que la RSE, sur le court ou moyen terme, et le développement durable sur le long terme, supposent une anticipation peu compatible avec cette terminologie et, surtout, le mode de raisonnement qui la sous-tend.

Si, en théorie, les problèmes environnementaux se posent et s'imposent²⁸⁷, en effet, collectivement et solidairement, à tous les acteurs économiques à quelque niveau que ce soit, (Etats, entreprises, décideurs publics, riverains d'ICPE²⁸⁸, consommateurs, formateurs...), compte tenu du caractère irréversible des changements climatiques induits et de leurs

²⁸⁶ ORSE, Ed. AFNOR (Association Française de NORmalisation), « Développement durable et entreprises, un défi pour les managers », p.16

²⁸⁷ « Développement durable et responsabilité sociale des entreprises » rapport du commissariat au plan, septembre 2005, V. <http://www.plan.gouv.fr>

²⁸⁸ Installation classée pour la protection de l'environnement

répercussions sur la santé humaine (pollution urbaine, amiante, substances cancérigènes...), deux écoles de la responsabilité cohabitent :

- l'une qui considère, *stricto sensu*, les entreprises comme des personnes morales, instituées dans l'unique objectif de la maximisation des profits, n'ont de responsabilités que vis-à-vis des actionnaires (encore appelés *shareholders*) ;
- l'autre qui, *lato sensu*, assimile l'entreprise à un maillon de la chaîne dans le corps social, devant rendre des comptes à toutes les parties prenantes (*stakeholders*).

Ces deux écoles répondent à deux conceptions de la règle de droit :

- la réglementation juridique classique, impérative, complexe, tentaculaire, assortie de sanctions souvent dissuasives, donc non négociable, par définition, et
- les normes consensuelles voire conventionnelles (normes de qualité NF ou de management ISO), fruits de la volonté, les déclarations internationales, les incitations, les recommandations, les codes de déontologie, les chartes de bonne conduite, les engagements unilatéraux, revêtant un caractère *a priori* facultatif.

En réalité, en matière d'environnement, la frontière est floue et les cloisons non étanches entre ces deux théories de la responsabilité juridique. Les entreprises s'engagent par contrat ou sur l'honneur à bien se comporter à l'égard des partenaires sociaux à préserver leur cadre de vie; parfois, elles achètent ainsi la clémence du juge en plaidant les circonstances atténuantes sinon l'irresponsabilité. Tel est le rôle des *Federal Sentencing of Guidelines (1991)* aux Etats-Unis qui fixent une échelle des sanctions pénales en fonction de la violation de la réglementation étatique et des réels efforts opérés.

Plus qu'à la légalité, les entreprises doivent répondre à des questions de légitimité, qui renvoient à un débat plus général sur la privatisation du droit ou de l'autonomie du politique dans le cadre de la RSE. C'est une question d'éthique de la responsabilité. Toute l'articulation de la *soft law* et de la *hard law* est ainsi au cœur du débat, en l'absence de lois universelles pour prévenir les dérives et de juridiction internationale en matière de violation des droits de l'Homme. Les diverses approches volontaires forment un ensemble non homogène et mal maîtrisé ; à elles seules elles ne permettent pas de résoudre les écarts entre les promesses éthiques des entreprises et les pratiques souvent immorales (Sachet-Millat, 2010). Elles ne permettent souvent que l'esquive quand l'heure du bilan a sonné. L'urgence et la nécessité d'un développement soutenable pour l'humanité appellent des solutions plus radicales à

l'échelle mondiale. Il est temps d'abattre les masques pour faire naître de véritables responsabilités non pas *hors la loi* mais *par la loi*.

Pour parvenir à ces préconisations, « utopies réalisables » (Friedman Y., 2000), il convient d'exposer nos résultats issus de l'analyse de l'évolution du droit positif et de nos travaux d'enseignant-chercheur dans le cadre de la normalisation française relatifs à la RSE. Prenant la mesure des mutations normatives de la RSE en RSO (Responsabilité Sociétale des Organisations), directement corrélées à la transformation de la gouvernance mondiale, nous montrerons que le droit est un passage obligé des changements organisationnels (**Titre 1**). Puis, la règle de droit étant, indissociable d'une certaine éthique (la part « invisible » du droit, Cornu, 1989), nous exposerons l'éthique de la responsabilité qui prévaut en matière de responsabilité sociétale des organisations (**Titre 2**). L'extension du champ de la responsabilité juridique des personnes morales du fait d'autrui, qui en résulte, est une nouvelle forme d'éthique du droit de la responsabilité. Enfin, en conclusion, nous proposons de surmonter le défi de l'internormativité (normes publiques/ normes privées) par la mise en œuvre d'une Responsabilité Sociale de l'Entreprise conçue comme une fiction instituante de l'entreprise citoyenne (**Titre 3**).

Titre 1. : Le droit comme passage obligé des changements organisationnels

La responsabilité est une donnée philosophique de l'être conscient de ses actes. Sans conscience, pas de responsabilité. Prendre ses responsabilités, c'est assumer ses actes et les répercussions négatives qui pourraient en résulter tant d'un point de vue individuel que collectif. La responsabilité est donc une question d'éthique et de droit pour tout chef d'entreprise, avant même d'envisager l'impact économique, médiatique et financier de certaines décisions. L'exposé pourrait demeurer strictement philosophique. Toutefois, dans un cadre économique mondialisé où le droit des affaires (international, pénal, social, etc.) se développe, la notion de responsabilité juridique est omniprésente et en constante évolution. Du remords, responsabilité morale, à la responsabilité juridique proprement dite (légale ou conventionnelle), c'est le premier pas vers un mode de réparation possible, prévu dans chaque civilisation.

Si morale, éthique et droit sont des champs de réflexion souvent imbriqués, l'autonomie du domaine juridique est bien réelle, quant aux objectifs visés et surtout quant aux moyens mis en œuvre pour les réaliser. Dans le domaine de la responsabilité sociale des entreprises, la démarche est originellement liée à la morale individuelle du ou des dirigeants; mais la contractualisation voire la codification de la démarche est par essence juridique et les conséquences des choix éthiques, des activités organisationnelles, des pratiques d'entreprises relèvent également de la responsabilité juridique.

La responsabilité juridique peut être à la fois individuelle et collective. Elle change aussi de nature en fonction du degré de gravité de la faute selon que les intérêts pris en considération sont privés ou publics : responsabilité civile délictuelle ou contractuelle coexiste ainsi avec une responsabilité administrative voire pénale. Responsabilité pour faute, responsabilité sans faute avec le développement des assurances corrélatives, responsabilité solidaire et mythe de l'Etat-providence, il faut maintenant couvrir tous les risques ou encore mieux, tendre vers le risque zéro, c'est-à-dire assurer la fatalité. Cette évolution des mentalités n'est pas anodine dans le cadre de la mondialisation. Chacun répond des actes d'autrui ou devrait répondre des actes de son prochain, chaque partie étant indissociable du tout et reliée. La RSE est

nécessairement holistique²⁸⁹. Chaque acteur n'est plus considéré dans son individualité mais comme un partenaire au sein d'un monde en interaction; l'impact de ses activités est examiné dans son ensemble pour répondre d'une responsabilité sociétale.

Signe, symbole, discours sans idée, la question est ouverte car la responsabilité sociale de l'entreprise au sens légal n'existe pas. Elle émerge ou cherche encore ses fondements. N'est-ce que l'application de l'article 4 de la Déclaration française des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 selon lequel « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi » ? Droit fort, légitime et universellement reconnu, l'application de ce principe de responsabilité, à valeur constitutionnelle, au niveau des entreprises, s'avère paradoxalement délicate, voire impossible parfois, mais incontournable.

Deux issues sont envisageables. Soit le droit de la responsabilité classique absorbe cette nouvelle famille de responsabilité, sans spécificité aucune, soit la RSE emprunte à diverses branches du droit les éléments se rapportant à un corpus de règles pour bâtir autour d'un concept nouveau une théorie originale du droit de la responsabilité en entreprise.

La seconde solution semble gagner du terrain avec la prolifération de conventions internationales laissées à l'état de belles déclarations de principe ou, à telle enseigne, que le législateur français lui-même ordonne un certain nombre de prescriptions qui ne sont plus assorties de sanctions. Ainsi en est-il de l'obligation d'établir dans le rapport annuel de gestion un état des efforts entrepris et résultats obtenus, en fonction de critères fixés par décret, sur le développement durable ou des futures lignes directrices sur la responsabilité sociétale des organisations ISO 26000 dont le statut « hors normes » suscite de nombreuses interrogations.

Mythe ou mystification juridique pour masquer un simple avantage concurrentiel, une option marketing ou bien encore un produit de luxe ? La RSE pourrait-elle devenir une nouvelle technique de gestion voire de communication ? Ou ne serait-elle qu'une tentative de déculpabilisation après avoir pollué, gaspillé et utilisé des enfants comme travailleurs clandestins ?

Parce que les entreprises occidentales ont le choix, un espace de liberté, la RSE demeure une option non une véritable obligation. Qui (victime, personne morale, ONG, tribunal, partie prenante...) peut en effet sanctionner une multinationale, qui se contente de promettre de

²⁸⁹ Du grec *holé*, signifiant totalité

construire une école au Togo contre l'exploitation de phosphates, dont on ignore où se situe son siège social réel, et dont on ne connaît pas sa nationalité ? Où réside l'obligation ? Dans quel contrat, code ou cadre s'est-elle inscrite ? Qui sont les tiers à qui l'on peut l'opposer ou s'arrête l'effet relatif de cet engagement unilatéral ou multilatéral ? Quelles sont les parties prenantes ? Quelles sont les personnes responsables ? Et devant quel juge ? En définitive, quelle est la sanction éventuelle ?

Pour autant, face à ces nouveaux défis, certains ont choisi d'anticiper pour protéger les générations futures, et pas seulement pour esquiver un risque contentieux. La voie de la recherche (investissements avec crédits d'impôt) corroborée par la contractualisation est de loin la voie la plus prisée même si le cadre juridique se développe parallèlement, parfois plus contraignant que ces prédécesseurs.

La prolifération de textes, internes, internationaux ou communautaires sur les risques, la responsabilité, les modes de réparation, les obligations d'assurance pour les entreprises laissent à penser que la RSE est maintenant sur des rails. Elle n'en porte pas toujours le nom, le titre mais l'idée est plus qu'en germe. La rhétorique est dépassée. Les champs d'application de la responsabilité se sont donc à la fois étendus et diversifiés au point de se confondre. Cette extension sans précédent a noyé le fondement même de chaque forme de responsabilité.

Le débat sur la RSE porte avant tout sur la notion de responsabilité. Mais il renvoie également au débat sur la nature de l'entreprise, institution sociale, société-contrat ou personne morale. Le droit est alors conçu comme une technique d'organisation (Paillusseau, 1989) au service d'intérêts divers.

Que l'éthique individuelle ait été transposée à l'entreprise n'est pas en soi un obstacle à une appréhension par le droit du concept de RSE car l'essor de la responsabilité du fait d'autrui, la collectivisation des risques et le développement parallèle des systèmes d'indemnisation répondent à cette logique globale des intérêts croisés rencontrés dans toute entreprise. Le système juridique du droit de la responsabilité sociale des entreprises est-il pour autant différent dans son fondement du droit de la responsabilité individuelle ? Assiste-t-on à l'émergence d'un droit nouveau fondé sur la légitimité des actes dont on doit répondre plus que d'une responsabilité issue d'une violation de la légalité ? La RSE est-elle originale par sa subjectivité ou son objectivité ? L'exercice d'un droit subjectif, ou d'une liberté individuelle reconnue par la loi, est-il compatible avec la mise en cause d'une responsabilité du fait de la mise en œuvre de ce droit, ou de cette liberté ?

Il existe deux écoles. L'une traditionnelle qui considère le Code du travail, les conventions et accords collectifs comme la source de toute prescription en matière d'obligations ou de droit

dans l'entreprise salariée, l'autre, plus récente qui privilégie une conception plus large : le droit ne serait qu'une conséquence d'une volonté politique, d'une philosophie des Droits de l'Homme partagée. Ces modes d'expression seraient divers : déclarations, conventions internationales, contrats de droit privé, codes de conduite ou de déontologie, incitations...

On débouche sur un paradoxe lié à l'opposition classique entre le savant et le politique (Weber, 1982, p.172). La science imposerait la RSE comme indispensable à la survie de l'humanité. Le politique, déchiré entre l'éthique de la conviction et de la responsabilité ne se situe plus dans un cadre scientifique, mais indispensable dans cette volonté anticipatrice de créer de nouveaux chefs de responsabilité au nom des Droits de l'Homme. Le droit qui en résulte est aussi flou, complexe, contradictoire, souple ou excessif selon l'éthique à laquelle il répondrait. Sa rigueur n'est pour l'instant guère scientifique tant il est embryonnaire. Longtemps, la recherche du bien commun absorbait la notion d'intérêt général. Aujourd'hui, on subodore que l'intérêt général n'est pas uniquement la somme des intérêts particuliers²⁹⁰. Mais on a acquis la certitude également, à travers le Pacte Mondial de 1999, que l'intérêt général, ou la répartition plus juste des biens communs mondiaux (nouvelle théorie des Nations Unies), ne pouvait être atteint sans implication des entreprises privées.

La RSE prend corps dès lors que l'entreprise répond personnellement de ses actes. A tout le moins, sans devenir une discipline juridique nouvelle, la RSE étend considérablement le champ de la responsabilité collective. La fiction juridique de l'entreprise citoyenne permettrait de conférer une certaine réalité à ces nouvelles formes de responsabilités (V. Titre 3).

Nous montrerons, les risques liés à l'éthique et la bonne gouvernance sans considération du droit ou « l'effet papillon » (**Chapitre 1**) et enfin, en pratique, par la consécration progressive de la théorie des risques par le droit (**Chapitre 2**).

²⁹⁰ Rapport Public du Conseil d'Etat, « L'intérêt général », 1999, p.245s.

Chapitre 1. L'éthique des affaires et la bonne gouvernance ou « l'effet papillon »

Un battement d'aile de papillon à Paris peut provoquer une tempête à New-York (Edward Lorenz, météorologue)

Les scientifiques analysent nos sociétés à l'aune de ce nouvelle théorie, qui loin d'être confinée à la météorologie, s'applique à tout domaine : un événement isolé peut avoir plus de répercussions qu'un phénomène de masse. Une information anecdotique n'est pas nécessairement anodine.

Le gouvernement d'un Etat, comme tout management d'une organisation, doit répondre aujourd'hui à ces exigences. Ainsi, le 25 février 2005, la démission du Ministre français de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, aussi brutale a-t-elle pu paraître²⁹¹, n'est que le résultat prévisible d'une forme moderne de responsabilité politique à l'aune des critères de l'éthique et de la bonne gouvernance. La RSE, responsabilité sociale ou sociétale de l'entreprise pose en effet trois modalités fondamentales dans le fonctionnement de la direction des entreprises : la transparence, la loyauté et la légitimité. Un haut dignitaire du gouvernement doit, comme tout dirigeant d'entreprise, dire la vérité, montrer l'exemple et être de bonne foi. En dehors de toute responsabilité juridique, la violation cumulée de ces principes a primé sur la légalité et provoqué une rupture automatique d'un contrat de confiance, non écrit, entre un représentant de l'Etat et les citoyens²⁹². Pour être crédible, un dirigeant doit respecter, par un juste parallélisme des formes, les obligations qu'il impose à ses partenaires, à son personnel ou à ses administrés. C'est une responsabilité fondée sur l'éthique. Il ne peut y avoir de démocratie à deux vitesses, pas plus que de règlement intérieur pour les salariés auquel l'employeur ne serait pas assujéti²⁹³.

²⁹¹ Novembre 2004, nomination du ministre et démission dix jours après les déclarations du Canard Enchaîné du 10 février 2005

²⁹² Louis Maurin, « Hervé Gaymard, le mal logement et la démocratie », Observatoire des inégalités, 25 février 2005, www.inegalites.fr: un ministre des finances, n'est plus crédible, fût-il issu d'un milieu simple, dès lors qu'il prétend ne pas savoir que son logement coûte 30 fois le loyer moyen du secteur privé, ignorer que la surface de celui-ci est 6,6 fois supérieure à celle de la moyenne française et qu'il préconise une politique du logement en faveur des classes moyennes fondée sur « l'emploi, la confiance et la croissance ».

²⁹³ Cass. Soc. 28 février 2002, 23 arrêts sur l'exposition à l'amiante dont 5 publiés au Bull.civ.V n° 81 et suivants, p.74 et suivantes, statuant sur la faute inexcusable de l'employeur (art. L. 452-1 du Code de la Sécurité

Si l'éthique est avant tout personnelle, elle constitue aujourd'hui un enjeu majeur des organisations, transformant les pratiques de gestion (Mercier, 2004). Elle comprend souvent les règles normatives qui s'y réfèrent telle la déontologie (conception américaine). La gouvernance englobe quant à elle, les valeurs, les règles, les institutions et les processus grâce auxquels des particuliers et des organisations tentent d'atteindre des objectifs communs, de prendre des décisions, d'instaurer l'autorité et la légitimité, et d'exercer des pouvoirs : c'est une promotion de la norme et de la prévention²⁹⁴. Ces règles sont de nature variée, quoique toutes fondées sur un socle de valeurs, intelligence, règles communes à partager. En France, on dissocie encore éthique et morale (Ripert, 1949). Cette distinction n'est pas fondamentale pour notre réflexion ciblée sur le droit, c'est-à-dire les frontières entre l'éthique, le comportement licite ou illicite.

L'appréciation du bon gouvernement des entreprises ne peut se faire que dans la durée en fonction d'un critère autre que la légalité : la légitimité. Cette approche subjective est partagée par bon nombre de pays occidentaux au nom de l'éthique des affaires, réclamée par les pays en voie de développement par application de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, exigée pour la survie de notre espèce dans le cadre du développement durable.

La légitimité d'une forme de gouvernance ou d'un gouvernant se gagne dans le temps. Tout comme les effets néfastes et dommageables pour l'environnement peuvent avoir des répercussions sur la planète entière, l'éthique dans les affaires et la bonne gouvernance ont des effets dans la gestion des organisations, à plus ou moyen terme (Cadet, 2009b).

Elle procède également de l'*opinio juris*, élément psychologique ou subjectif qui est une reconnaissance d'une bonne pratique. Ainsi, la bonne gouvernance en entreprise, comprend huit caractéristiques principales : la participation, la règle de droit, la transparence, la responsabilité, le consensus, l'équité, l'efficacité et l'effectivité.

Ayant valeur d'exemplarité, ces méthodes peuvent également se diffuser dans l'espace. La normalisation est ainsi le fruit d'un consensus qui fait des émules au niveau international dans les grandes entreprises. La construction européenne créée, à l'échelle d'un continent, un système juridique, économique voire politique *sui generis* qui s'étend : de six Etats au départ, l'Union compte aujourd'hui 28 Etats membres. Et, dans l'absolu, même au niveau local, dans une toute petite entreprise, une action peut avoir des effets à l'autre bout de la Terre. L'effet

sociale) en matière de maladie professionnelle reconnue, mettant à sa charge **une obligation de sécurité de résultat**.

²⁹⁴ Federal Guidelines for Sentencing Organisations (1991)

papillon n'est parfois perceptible que sous forme de petites touches impressionnistes successives.

Les nouvelles dimensions du temps, l'accélération du processus de production des richesses dans une société de consommation, l'état d'urgence proclamé par les instances internationales chargées de l'environnement, de la santé et du travail laissent à penser que la contractualisation entre parties prenantes est plus performante que la prolifération de textes législatifs sans pertinence ni avenir. Ce cadre juridique est plus proche de celui de la *Common Law* que du droit romain. Est-il pour autant exclusif de tout cadre légal ?

Il faut alors reconnaître qu'il n'est pas plus facile de faire naître des droits que des obligations à l'échelon mondial. La *soft law*, privilégiée dans un cadre international, n'a qu'un effet relatif (section 1) alors que la *hard law* prime au niveau national ou européen pour créer les conditions de la bonne gouvernance (section 2).

Section 1. Effet relatif de la *soft law*, quoique privilégiée dans les relations internationales

Sous-section 1. Une volonté des parties prenantes à effet contraignant ?

La définition de la *soft law* repose sur une conception théorique du droit coutumier tel qu'il existe dans les pays de la *Common Law*. Car la validité de la règle repose en fait sa capacité à devenir effective. C'est la raison pour laquelle, elle est souvent confondue avec le droit de la *Common Law*. La coutume est une source directe du droit : cette règle de droit a même valeur que la loi élaborée par les représentants du peuple (Jestaz, 2005). Son caractère impératif résulte du consensus, préluce indispensable à sa création et corroborée par la jurisprudence (Hilaire, 1994). Mais la *soft law* ne recouvre pas uniquement la coutume. Elle comprend la jurisprudence et les contrats qui lui confèrent efficacité et force contraignante.

1. La jurisprudence comme marqueur d'efficacité de la *soft law*

La jurisprudence relève du fait juridique. Elle a donc un effet relatif. Pour autant, dans les pays de la *Common Law* la jurisprudence est source directe du droit, au même titre que la loi. La règle du précédent judiciaire lie le juge anglo-saxon : celui-ci ne peut traiter de contentieux qu'en raisonnant par analogie²⁹⁵. Ce préalable nécessaire s'inscrit donc dans une logique et un

²⁹⁵ En réalité le « *distinguishing* », opération intellectuelle qui consiste à desserrer la tenaille du précédent judiciaire, permet au juge anglais de prendre des libertés par rapport à son obligation de statuer en fonction de

espace temporel incompressible que les juges de droit écrit (système romano-germanique) connaissent moins. Les juges français sont même tenus de respecter la prohibition des arrêts de règlement²⁹⁶, pratique tant décriée de l’Ancien Régime. Ils sont subordonnés à loi. La jurisprudence a toutefois une grande influence en droit administratif : source directe du droit, tout juriste français ne saurait la méconnaître. Cette branche du droit englobe des matières tels le droit de l’environnement, le droit constitutionnel voire le droit européen.

La jurisprudence étant un ensemble de décisions concordantes sur un point de droit donné, elle appartient au temps social. Souple et fluctuante, parfois contradictoire et aléatoire, elle est un facteur fondamental de l’environnement juridique. Le droit positif comprend donc à la fois la loi et les règles prétoriennes que nul n’est censé ignorer.

Mais dans les pays de la *Common Law*, la règle du précédent judiciaire lie le juge : son opposabilité est donc plus importante vis-à-vis des justiciables et de toute forme d’organisation. Elle devient un outil de la *hard law* parce que la jurisprudence est source de droit.

De même, les droits subjectifs, issus des contrats, peuvent traduire la *soft law* dans une mise en œuvre particulière : celle-ci deviendra impérative pour les signataires du contrat.

2. L’effet relatif des contrats

Les contrats traduisent davantage une adhésion à la norme. Pour autant, leur caractère est également très relatif : pour les tiers, ils représentent en principe un fait juridique. Leur opposabilité soulève toutefois quelques remarques.

Pour chacune des parties, le caractère obligatoire de la règle contractuelle est indéniable²⁹⁷, dès lors qu’elle est exécutée de bonne foi. Le juge est lié par le contrat mais peut, pour trancher les litiges, user de son pouvoir modérateur conféré par la loi française²⁹⁸. Dans le droit international de la *Common Law*, la théorie de l’imprévision ou le principe de bonne foi permettent, de façon moins rigide, de renégocier le contrat sans rupture à consacrer par le

cas anciens. Il se rapproche ainsi de la casuistique américaine empirique et pragmatique (V. explications de Cornu, 2005).

²⁹⁶ Article 5 du Code civil

²⁹⁷ Art. 1134 du Code civil : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites... » ; V. commentaires de jurisprudence de Philippe Delebecque, Frédéric-Jérôme PANSIER, « Droit des obligations », contrat et quasi-contrat, Coll. Jurisclasseur, 3^{ème} éd. Litec, 2003, p. 243.

²⁹⁸ Articles 1152 et suivants du code civil

juge²⁹⁹. Les deux systèmes juridiques ne sont pas antinomiques : une certaine homogénéité voire osmose est perceptible.

Dans le droit international public, c'est le mode conventionnel qui s'impose. La *soft law* est de mise. Il n'y a bien que lorsque les Etats transcrivent les traités ou les conventions internationales dans leur droit interne, que la question de leur effet contraignant se fait sentir pour les organisations. Pour obtenir un consensus large, les Etats signent des conventions internationales au contenu flou, plus proche des belles déclarations de principe, que d'une volonté réelle de respecter des obligations précises : l'engagement contractuel réciproque est alors limité, dans l'attente de mesures concrètes à prendre par les autorités nationales, à commencer par la ratification. Le programme Global Compact, initiative tripartite entre OIT, OCDE et UE a connu un franc succès : 700 entreprises ont adhéré à ce pacte qui ne prévoit aucun contrôle (Capron et Quairel-Lanoizelée, 2004, p.32-33). Neuf principes minimaux des Droits de l'Homme sont à respecter : c'est un label obtenu contre un engagement purement symbolique.

L'état d'esprit, le comportement, la volonté déclarée sont cependant stigmatisés par ce geste : la règle juridique est alors avant tout une obligation de moyens. Le législateur français ne pourra plus alors prendre des mesures contraires, sous peine de se heurter à la sanction du Conseil constitutionnel. Les arrêts Société Jacques Vabre ou Nicolo³⁰⁰ ont mis un terme à l'hypocrisie d'une Constitution ou d'une loi faisant écran, en droit civil ou administratif respectivement. Mais si la violation d'un traité peut être invoquée devant un tribunal, quoique l'acte critiqué soit conforme à une loi nationale³⁰¹, il n'est pas possible d'envisager un recours pour obtenir l'effet direct de toutes les conventions internationales³⁰². Il faut savoir que la France est engagée dans plus de 6270 accords internationaux (Rivero et Waline, 2000, p.74)! La question de la réciprocité n'est pas non plus des plus aisées à démêler : l'exception d'inexécution, soulevée devant le juge administratif ou devant le juge pénal, est laissée à l'appréciation du Ministre des Affaires étrangères³⁰³.

²⁹⁹ Seule la « contravention essentielle » ou « *fundamental breach* » est admise dans la *Common Law* pour rompre un contrat.

³⁰⁰ Cass.mixte, 24 mai 1975, D.1975, 497, concl. Touffait, journal de droit international, 1975,801, note Ruzié, revue de droit international, 1976,960, note Rousseau. CE 29 octobre 1989, RFDA 1989, 813, concl. Frydman, note B.Genevois.

³⁰¹ CE 30 mai 1952, Dame Kirkwood, RDP, 1952, p.781

³⁰² CE Sect, 23 avril 1997, Gisti, RFDA, 1997, 585, concl. Abraham ; Cass.1^{ère} civ, 25 juin 1996, Xc/Y D. 1998, p.453, note Brunet

³⁰³ CE Ass. 9 avril 1999, Mme Chevrol-Benkeddach, AJ, 1999, p.401 ; A.Huet et R.Koehring-Joulin, « Droit pénal international », Coll ; Thémis, Droit privé, Ed. PUF, 2^{ème} mise à jour, 2001, spéc. pp. 115 à 123, 171s.

La responsabilité contractuelle n'est pas morte pour autant. Elle s'étend toujours davantage dès lors qu'une inexécution d'une obligation née d'un contrat constitue une source de dommages (Larroumet, 2001 ; Le Tourneau *et alii*, 2006 ; Savaux, 1999). Il en est de même de clauses contractuelles non écrites. Ainsi la charte éthique de La Centrale des particuliers concernant les annonces parues et leur contenu énonce très clairement la responsabilité de cet éditeur au-delà de la simple formulation : il en résulte qu'un véhicule automobile acheté grâce à ce journal doit répondre aux caractéristiques inscrites dans l'annonce; à défaut, le dommage causé doit être réparé au regard des documents contractuels insérés dans le Journal, autrement dit conformément aux engagements de contrôle pris dans la charte de celui-ci³⁰⁴.

Dès lors qu'une éthique est imposée à tout un corps de métier ou de la fonction publique, l'obligation devient d'ordre contractuel dans le contrat de travail, pour tous ceux et celles qui relèvent de la même profession réglementée³⁰⁵.

Une question plus subtile de hiérarchie des normes se pose en matière de code éthique dans les entreprises (Ballet, de Bry *et alii*, 2011). Le droit du travail encadre strictement les pouvoirs et devoirs de l'employeur en matière de règlement intérieur. Concerté ou imposé unilatéralement, un code éthique est une norme considérée comme inférieure au règlement intérieur ou tout au moins qui ne peut ni lui être contraire, ni empiéter sur son domaine. Pour que certaines normes déontologiques prennent une valeur juridique supérieure, les intégrer au règlement intérieur est une garantie³⁰⁶. La question reste ouverte à savoir si, à elle seule, la violation d'une charte éthique, peut justifier une sanction disciplinaire voire un licenciement³⁰⁷.

Contrat bilatéral ou multilatéral, interne ou international, les parties sont obligées. Mais la question reste entière de son impact sur les tiers.

Sous-section 2. Une opposabilité illimitée aux tiers à l'échelle planétaire ?

1. Opposabilité limitée

De nombreuses conventions à vocation internationale n'ont qu'un domaine d'application géographique restreint. Ainsi la convention de l'ONU des Droits de l'Enfant (1989) ou le

³⁰⁴ Cass.civ.2^{ème}, Bull. 2004, II, n°294, p.249; RTDCiv. Oct. 2004, n°4, pp.728-729, obs. Jacques Mestre et Bertrand Fages ; pour une revue de jurisprudence récente, se reporter à la Partie 1 de la thèse

³⁰⁵ Civ. 1^{ère} 14 décembre 2004, Bull.civ. I, n°308, p.258 ; Civ. 1^{ère} 16 mars 2004, I, n°83, p.67 : la référence à l'article 1134 du Code civil est révélatrice ; éthique et déontologie sont mises sur le même plan.

³⁰⁶ Cass. Crim. 25 mai 2004, Bull .crim ; 2004, n°136, p.519 à propos des normes de l'ordre des experts-comptables.

³⁰⁷ Cass. Soc. 20 octobre 2004, inédit, L. 122-40 du Code du travail.

protocole de Kyoto (1997) ne sont pas encore adoptés par les Etats-Unis ou la Chine. Toutefois, l'évolution constante du protocole de Kyoto est une invitation à de nouvelles ratifications. L'opposabilité limitée n'est pas synonyme d'indifférence.

Au-delà de l'engagement des Etats, les entreprises, notamment les plus importantes, s'engagent à respecter un certain nombre de normes qui s'imposent à elles par le jeu de la concurrence. La normalisation, initiative privée, fait des adeptes dans le monde entier, via notamment les normes ISO. L'entreprise qui crée une norme nouvelle, à grands renforts d'investissements, bénéficie d'un avantage concurrentiel, qui maintient parfois les autres entreprises en situation de dépendance. Le système des brevets répond à une logique similaire. Ainsi sont reconnues principalement et se développent les normes ISO (internationales), CE (européennes), AFNOR (françaises)³⁰⁸. Les clients du secteur marchand comme les collectivités territoriales qui exigent la norme la plus récente en vigueur éliminent ainsi un certain nombre d'entreprises qui ne répondent pas à ces critères de qualité/sécurité, de performances ou de management.

Paradoxalement, la RSE fait l'objet de nombreuses normes (OHSAS 18001, Social Accountability 8000, standard AA1000, EFQM) dont aucune n'a véritablement pris le pas sur les autres, chaque Etat ayant une conception très personnelle de l'éthique dans le travail (Chauveau et Rosé, 2003, p.226). Il en est de même de la notation et du *reporting*, chaque agence de notation fixant ses propres critères d'évaluation (Capron et Quairel-Lanoizelée, 2004, Descolonges et Saincy, 2004). Cet aspect subjectif du bon gouvernement des entreprises ralentit en définitive sa progression.

C'est également reconnaître qu'aucun système n'a acquis sa légitimité, dans la durée³⁰⁹. Il faut davantage d'homogénéité, de réciprocité et de consensus: il s'agit donc d'un jeu de pouvoir, de sphère d'influence, de territoire pour que les bonnes pratiques se diffusent et reçoivent un assentiment constant et uniforme. La protestation, l'hostilité ou la contrainte sont des motifs suffisants pour écarter une norme, un usage professionnel voire une coutume³¹⁰.

2. Opposabilité illimitée

Avec la mondialisation, les sociétés en holdings offrent des situations fiscales, commerciales, juridiques originales selon les législations de chacun des Etats.

³⁰⁸ ORSE, Ed. AFNOR (Association Française de NORmalisation), « Développement durable et entreprises, un défi pour les managers », 2^{ème} éd., 2008

³⁰⁹ Le CEP (*Council of Economic Priorities*) a 30 ans.

³¹⁰ Sentence arbitrale, affaire Aminoil/Koweit, 1982 ; CIJ, affaire des activités militaires au Nicaragua, 1986.

Certes, le montage des paradis fiscaux, les divergences dans les montants des taxes et impôts selon les Etats, les charges sociales plus ou moins lourdes, une liberté syndicale peu ou prou non respectée la gouvernance peut profiter des défaillances du système. Mais c'est sans compter avec les nouvelles formes politiques que représentent les ONG, telle Greenpeace, les associations de protection de l'environnement et maints nouveaux corps intermédiaires qui prennent part aux décisions locales et au sein des entreprises.

La tierce-opposition, jusque-là peu admise en droit français, se développe en droit administratif par le biais de recours en responsabilité et en légalité et en droit privé. Les class-actions font tout doucement leur apparition en droit de la consommation. Il est déjà possible de porter devant les tribunaux toute décision qui ne respecterait pas les principes du droit international stipulés par la Convention d'Aarhus du 25 juin 1988, signée par l'U.E. en 2001 et ratifiée en 2005.

Ce dernier exemple est révélateur d'une construction juridique unique en son genre, la communauté économique européenne (CEE), qui a permis une telle évolution du droit positif. Issue du Traité de Rome de 1957, l'Europe économique et sociale s'est construite sur plusieurs décennies. Sur le sol de l'Union européenne, un certain nombre de règles communes ont été édictées qui ont eu un impact général dans les Etats-membres. En droit de la sécurité sociale, tout travailleur européen, dans le cadre de la libre circulation au titre de l'égalité de traitement, peut demander lors de son établissement la clause la plus favorable dont bénéficient les nationaux (ex : la CMU en France).

Avec la création de la Cour européenne des Droits de l'Homme, le phénomène s'amplifie. Tout récemment, dans l'affaire Oneryildiz c/Turquie, le droit à l'environnement a été reconnu comme élément assimilable au droit à la vie³¹¹. *Ratione materiae* et *ratione loci*, l'opposabilité des décisions de la Cour de Strasbourg s'étend considérablement. Nulle juridiction en France ou dans toute autre Etat partie à la Convention européenne des Droits de l'Homme ne pourra plus ignorer cette décision.

Il est vrai que l'Union européenne est un mélange subtil de *soft law* et *hard law* ; Cette dernière semble incontournable tant les résistances au changement sont grandes.

³¹¹ CEDH 18 juin 2002, RTDH, obs. Catherine Laurent, p.261s.

Section 2. Primauté de la *hard law* au niveau national et européen

Textes de loi, réglementations locales dans tous les Etats ou dans les Länder, directives européennes, etc. la *soft law* n'est qu'une déclinaison de textes pris dans différentes entités juridiques et consacrés par la jurisprudence.

Sous-section 1. La RSE, une affaire de souveraineté nationale ?

1. Le cas français

Les textes les plus marquants en matière de RSE, relèvent de la législation nationale de chaque Etat, notamment en matière pénale. Ainsi en est-il également du droit du travail qui s'applique à tout ressortissant ou étranger qui travaille sur le sol français. Toute infraction relève du droit du pays dans lequel elle est commise³¹². Le dépérissement de l'Etat-nation n'est pas total face à la mondialisation, il aurait pour conséquence immédiate, un recentrage des tâches régaliennes sur la sécurité, la sûreté, la défense et par conséquent le droit pénal.

Pour autant, la criminalité en col blanc est ancienne et ne connaît pas de frontières³¹³. Elle se caractérise par une anomie (absence de moyens, de normes, distorsion par rapport à la finalité déclarée par une société donnée) selon le terme de Durkheim, tant les réactions mitigées voire favorables relatives au gain engendré l'emportaient sur le regard négatif porté sur les moyens illégaux ou illicites (Giudicelli-Delage, 2002, p.3).

Le droit pénal investit de plus en plus de domaines du droit. Le droit de l'environnement connaît aujourd'hui une réglementation répressive très importante. Le Code de la consommation comprend également un volet pénal conséquent. De même le champ d'application du droit pénal a évolué quant à la notion d'auteur. Depuis 1994, les personnes morales, par le truchement de leurs représentants doivent répondre pénalement de leurs actes.

La loi sur les sociétés commerciales du 24 juillet 1966, influencée par le système de gouvernance allemande, avait intégré un mode de direction des entreprises avec des organes de contrôle. Mais la SA avec directoire et conseil de surveillance n'a pas connu de succès. De même les nouveaux pouvoirs donnés aux actionnaires (en fonction d'un certain pourcentage de parts dans la société) pour agir en justice ne sont guère utilisés.

En matière de RSE précisément, le rapport de développement durable exigé par la loi NRE (nouvelles régulations économiques) du 15 mai 2001 (article 116) est une prescription unique

³¹² *Aut judicare, aut dedere*

³¹³ Terminologie utilisée pour la première fois par Edwin Hill (1872), reprise par des sociologues tels Ross ou Morris, consacrée par une théorie en 1939 grâce à Edwin Sutherland.

en son genre car la responsabilité sociale y est directement abordée, elle est non assortie de sanction, et, elle est à la charnière entre la *soft law* et la *hard law*. Pénalement, le seul responsable de données fausses serait le commissaire aux comptes tenus de certifier les comptes non l'entreprise qui établit son rapport de gestion !

Plus sensibles encore, les investissements opérés par les fonds de pensions américains ou autres organismes bancaires pour le compte de tiers, doivent si leurs investisseurs sont situés aux Etats-Unis répondre aux critères fixés dans la SOX, quoique les sociétés soient de nationalité française. Cette mesure inquisitoriale, propre au droit pénal, dérouté lorsqu'elle s'impose hors de ses frontières naturelles. Le conflit de normes est latent. Le degré de transparence exigé par cette loi américaine heurte en effet les directives de la CNIL concernant les demandes d'investigation des investisseurs américains relativement à certains fichiers, listes, documents personnels à fournir dans des sociétés situées en France³¹⁴.

2. Au niveau international

Au niveau international, seules des recommandations ayant valeur de simples suggestions sont à mentionner. La controverse sur la valeur juridique des résolutions de l'assemblée générale des Nations unies demeure. En tout état de cause, elle ne peut créer une norme et ses effets sont variables. A cet égard, la portée juridique de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats (1974) a été vivement contestée. Il est en effet contradictoire de soutenir le caractère obligatoire des résolutions et de proclamer, dans le même temps, la souveraineté des Etats (Ruzié, 2004, p.154).

Il existe à titre exceptionnel dans le domaine économique une compétence de l'ONU qui permet de prendre des sanctions contre des Etats « voyous » par une riposte graduée (blocus, embargo, gel des avoirs financiers, rupture des relations aériennes ou sportives...³¹⁵). Ces pouvoirs de type gouvernemental, quoique rarement utilisés, sont représentatifs d'un mode de diffusion de la bonne gouvernance. On retrouve dans le boycott de certaines marques ou produits de grandes firmes ou multinationales une façon similaire de procéder.

L'espace Schengen, le mandat d'arrêt européen, la convention de l'OCDE sur la lutte anticorruption ou la Cour pénale internationale sont des réalisations concertées très récentes³¹⁶. Le partage des compétences, la coordination et l'harmonisation des normes

³¹⁴ Conférence AFDD sur les relations franco-américaines du 4 avril 2006

³¹⁵ Respectivement en Haïti en 1993, Irak de 1990 à 2003, Serbie-Monténégro de 1992 à 1994, Lybie entre 1992 et 1999, ex-Yougoslavie de 1992 à 1995.

³¹⁶ En vigueur respectivement le 26 mars 1995, le 13 juin 2002, le 15 février 1999 et le 1^{er} juillet 2002.

pénales européennes ou internationales ne sont guère aisées car la volonté politique n'est pas toujours ferme³¹⁷. Ce sont malheureusement la guerre au Kosovo ou les attentats contre World Trade Center aux Etats-Unis et de Madrid qui ont permis de prendre des mesures à l'échelle européenne et mondiale. L'abolition de la dette de 18 pays pauvres par le G8 est une conséquence indirecte de la guerre contre l'Irak menée par les Etats-Unis : un effet papillon surprenant...

Progressivement, l'influence réciproque des systèmes juridiques conduit à l'élaboration de systèmes mixtes : le plus abouti est celui de l'U.E., fondée au départ sur une dynamique contractuelle, donc une règle de l'unanimité, et qui évolue par le droit dérivé et la jurisprudence communautaires vers une situation originale.

Sous-section 2. Effet boule de neige

Les traités, le droit dérivé des institutions communautaires et les jurisprudences de la Cour de Justice de l'Union européenne de même que de la Cour européenne des droits de l'Homme interagissent : un véritable effet boule de neige se produit.

1. L'efficacité redoutable du droit dérivé, même dans le cadre de la *soft law*

La construction politique de la Communauté européenne a commencé avec la création des institutions communautaires dès le Traité de Rome. Le principe de reconnaissance mutuelle dans les Etats-membres, d'un droit harmonisé issu de ces institutions et à appliquer impérativement, avait pris naissance par la voie conventionnelle. Les traités européens postérieurs, tels Amsterdam, Maastricht ou Nice n'ont pas modifié cette règle du jeu. Un droit propre, autonome, supranational était né.

La *soft law* a alors fait naître de la *hard law*. Chaque Etat membre est en effet tenu d'appliquer immédiatement tout règlement européen sur le territoire de l'UE du fait même qu'il avait ratifié le traité originel donc adhéré aux fondements de la Communauté européenne ; quant aux directives, elles sont obligatoirement transposées dans un délai raisonnable ou fixé dans le texte même de la directive. Les juges de chaque Etat membre sont juges de droit commun du droit communautaire. Il n'y a plus de différence entre le droit interne et le droit communautaire. Ils font corps.

La portée des arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes est grande : elle s'inspire de la *Common Law*. Tout contentieux tranché entre deux ressortissants des Etats

³¹⁷ Voir les échecs et moult difficultés rencontrées lors des sommets de l'OMC

membres fait jurisprudence dans le ressort de l'UE. Cette source de droit est impérative sous peine de sanctions.

Mais quoique l'outil soit efficace, le droit communautaire n'a pas réellement produit de concept européen de la RSE à décliner dans chaque Etat de façon identique. Les mesures sont incitatives : l'UE a effectué une prise de conscience (Livre vert, conseil européen de Göteborg...). Seules les directives en matière de normes de sécurité, de dépollution ou de protection de l'environnement (recyclage, eau, traitement des déchets...) sont impératives pour l'instant.

La jurisprudence de la CEDH donne en revanche une impulsion plus grande à ce mouvement vers l'éthique dans les affaires et la bonne gouvernance.

2. Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme

Les plus grandes avancées en matière de développement des Droits de l'Homme, qui demeurent le fondement même de la bonne gouvernance et de l'éthique dans les affaires, sont à découvrir dans la jurisprudence de la CEDH car sa portée juridique est plus conséquente que celle des recommandations de l'OIT, de l'OCDE ou de l'OMS.

De manière spectaculaire, pour permettre le développement d'une société démocratique, il est apparu nécessaire de prendre en considération la liberté d'expression des adhérents d'ONG, même non dotée de la personnalité morale, ayant pour objectif notamment la protection de l'environnement. Celle-ci doit être entendue plus largement que celle des journalistes, et la diffamation ne peut être acceptée que si les propos allégués sont faux. Encore faut-il que le jugement, condamnant des personnes ayant publié des propos diffamatoires, se soit déroulé dans le cadre d'un procès équitable. Tel n'était pas le cas de l'histoire judiciaire la plus longue de l'histoire anglaise (1993 à 2005, 313 jours d'audience, 40 000 pages d'arrêtés), ce qui a rendu illégitime les dommages-intérêts à attribuer à la société plaignante fût-elle comme McDonald's une multinationale puissante à deux chômeurs militants chez London Greenpeace³¹⁸.

Récemment encore, dans l'affaire *Soering* (V. chapitre suivant) la notion de victime potentielle a permis d'étendre la notion de droit à la vie³¹⁹. Cette décision pourra servir de

³¹⁸ CEDH affaire Steel et Morris c/Royaume-Uni, 15 février 2005, requête n°68416/01 (art.6§1 et 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme de 1950).

³¹⁹ CEDH, 7 juillet 1989 : Aux termes de l'article 50 : « Si la décision de la Cour déclare qu'une décision prise ou une mesure ordonnée par une autorité judiciaire ou toute autre autorité d'une Partie Contractante se trouve entièrement ou partiellement en opposition avec des obligations découlant de la (...) Convention, et si le droit interne de ladite Partie ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de cette décision ou de cette mesure, la décision de la Cour accorde, s'il y a lieu, à la partie lésée une satisfaction équitable. »

fondement général et trouver de nombreuses applications dans l'avenir pour faire jouer le principe de précaution et interdire des décisions dangereuses pour la survie de l'être humain par les autorités, en matière de droit à l'environnement.

L'harmonisation est une des valeurs ou des règles pour que la bonne gouvernance s'accomplisse, dans un souci d'égalité et de justice. La jurisprudence de la CEDH est obligatoire pour tous les Etats parties prenantes de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Mais l'Union européenne ne l'est pas en tant que telle, car elle n'est pas encore une personne morale à part entière³²⁰. Néanmoins, l'effet papillon a joué en plein, et la guerre au Kosovo a accéléré le processus de reconnaissance de l'Europe comme entité politique et a montré l'urgente nécessité d'un droit unifié et uniforme. Si le Traité constitutionnel européen, en tant que droit écrit, n'est pas encore ratifié par un nombre suffisant d'Etats, la jurisprudence européenne se charge, comme source indirecte du droit, de combler cette lacune, en souplesse, discrètement et efficacement. Ainsi, l'arrêt *Bosphorus Airlines* de 2005 poursuit l'œuvre des fondateurs d'unification de la communauté européenne en obligeant l'UE, elle-même, à respecter l'esprit et la lettre de la convention des droits de l'Homme afin d'éviter toute divergence d'interprétation entre les textes et la jurisprudence de chaque Etat membre.

Les exemples se multiplient et sont autant d'espoirs pour la construction d'une Europe économique et socialement responsable, modèle de *business ethics* et bonne gouvernance.

Conclusion

La création de la Cour pénale internationale et le développement de la notion de crimes contre l'humanité, hors période guerre, sera également un moyen à long terme d'étendre le contenu des Droits de l'Homme à des crimes autres que la torture et la barbarie tels qu'ils sont définis par les Statuts de Rome de 1998. L'esclavage, le travail des enfants, l'absence de liberté syndicale... seront, espérons-le, pris en compte et sanctionnés dans des Etats autres qu'occidentaux et dits riches. La compétence géographique de la CPI est plus large que celle de la CEDH. Mais comme pour toute forme de légitimité à acquérir, au-delà des textes, il faudra du temps à cette juridiction pour s'imposer.

L'exemple de la France, pays des Droits de l'Homme est symptomatique. En 1789, la déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen était proclamée par les Révolutionnaires. La Constitution de la IV^{ème} République française (1946) y faisait référence dans le Préambule avec la Charte des Droits sociaux annexée. Il en est de même dans la Constitution actuelle de

³²⁰ Le Traité Constitutionnel Européen permettra, s'il entre en vigueur un jour, de réparer ce handicap.

notre Vème République (1958). Mais il a fallu attendre 1971 pour que tous ces droits inclus dans le Préambule fassent partie intégrante de ce que l'on appelle le bloc de constitutionnalité. Au pays du droit écrit, c'est la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui a permis une telle avancée, presque deux siècles s'étant écoulés.

Il est probable qu'avec l'accélération du temps et les nouvelles techniques de communication et de l'information, la Cour pénale internationale soit plus rapidement novatrice en matière de Droits de l'Homme.

Chapitre 2. La théorie des risques : une nouvelle gestion des risques

Risque zéro, principe de précaution, veille sanitaire, ces notions font aujourd'hui partie du vocabulaire courant de notre société où, paradoxalement, le sentiment d'insécurité ne cesse de croître alors que les protections n'ont jamais été aussi fortes (...) Peut-on tout prévoir ? Peut-on tout assurer ? Y a-t-il des risques acceptables ? Derrière ces questions se profilent les contours de la société de demain (Stasi, 2005). La récente enquête sur la gestion des risques au sein des PME réalisée par la Marsh (Maison Rhône-Alpes des Sciences de l'Homme) et l'AFJE (Association française des juristes d'entreprise): 40 % des juristes d'entreprises et 45 % des dirigeants de PME interrogés estiment être insuffisamment sensibilisés à la gestion des risques ; 42 % déclarent avoir un service dédié aux risques (contre 72 % pour les grandes sociétés)³²¹

Profiter de l'opportunité de l'analyse du risque, c'est examiner un concept sous un angle positif et constructif. Cette démarche intellectuelle exclut l'idée de fatalité liée à un danger auquel l'homme, par nature, serait exposé, sans pouvoir agir ou réagir. C'est reconnaître également que la notion de risque est récente : elle est corrélée à l'action de l'homme; elle s'est généralisée avec la révolution industrielle (Callens, 1996).

Les changements organisationnels sont liés à une volonté d'anticipation, une recherche de la maîtrise du risque, bien souvent dans le but d'esquiver un contentieux coûteux voire fatal pour l'entreprise (Le Breton, 1985).

Par définition, le risque est une exposition à un danger potentiel, inhérent à une situation ou une activité. Et rares sont les situations dangereuses que l'homme n'a pas générées. Risques sanitaires, environnementaux, professionnels, relationnels, financiers, contentieux, etc. Selon l'activité, les risques encourus peuvent être extrêmement variés, au point de justifier voire d'imposer des procédures adéquates dépassant largement le cadre des entreprises classées ou du risque assurable. Inventaire, évaluation, hiérarchisation, prévention des risques voire sécurité sociétale sont les mamelles des nouvelles stratégies d'entreprises (Beck, 2001 ; Martin, 1990 ; Frison-Roche, 2004c) et pas uniquement dans les entreprises cotées, soumises à un impératif de transparence. La petite ou moyenne entreprise joue son existence si elle n'accepte pas de prendre suffisamment en considération les risques liés à son exploitation.

³²¹ « Les juristes doivent prendre des risques » : La Tribune, 28 nov. 2005, p.33.

Le risque recouvre, en outre, de multiples réalités, des différences de degré, de probabilité et de gravité. L'évaluation des risques est le facteur déterminant de toute prise de décision. La science qui étudie le risque est la cindynique. Mais seul l'aspect juridique des situations ou activités dangereuses créées par l'homme fera l'objet de cette étude, notamment en termes de causalité dans les changements organisationnels.

Le champ des possibles ainsi réduit, le sujet n'en demeure pas moins large et complexe (Cerveau, 2001), car à travers l'étude de l'évolution du droit relatif au risque, c'est tout le fondement de la responsabilité, tant civile, pénale qu'administrative qui est aujourd'hui bouleversé (Truchet, 2002).

En droit français, le risque est défini comme l'éventualité d'un événement futur, incertain ou d'un terme indéterminé, ne dépendant pas exclusivement de la volonté des parties et pouvant causer un dommage fortuit aux biens ou aux personnes. Le droit des assurances est corrélatif (Mayaux, 2003). Sans son développement, le stade de la fatalité n'aurait pas été dépassé : aucun changement dans les stratégies d'entreprise n'aurait été visible.

Avec les dommages causés lors de la révolution industrielle, fin XIX^{ème} siècle, en particulier dans les accidents du travail, les ouvriers ont fait les frais d'une responsabilité uniquement fondée sur la faute, c'est-à-dire subjective. L'employeur ne commettait pas de faute, au sens d'élément intentionnel ou moral, alors que l'ouvrier qui manipulait les machines présentant un danger intrinsèque pouvait souvent se voir reprocher une négligence, à tout le moins (Millet, 2001) : la preuve de l'élément matériel de la faute était alors des plus aisées à établir à l'encontre de la victime de l'accident ! Il en résultait juridiquement une impossibilité d'indemniser les victimes. La théorie du risque est alors venue suppléer partiellement les carences de la faute comme fondement naturel de toute responsabilité civile délictuelle, dans le courant des années trente.

Néanmoins, la théorie du risque n'a pas été validée en tant que telle par le législateur ou la jurisprudence. Sa généralisation comme fondement de la responsabilité tant civile que pénale a inquiété. Aujourd'hui, elle complète la théorie de la faute et se retrouve dans toutes les branches du droit, comme pendant de l'obligation de sécurité, dont la nature n'est plus seulement de moyens mais de résultat. Pour certains auteurs, une véritable responsabilité

préventive est née, tant civile (Boutonnet, 2005, p.305-364), que pénale³²². Les organisations se sont conformées à ces évolutions.

L'exception est devenue la règle. Une étude de la jurisprudence pléthorique et un essai pour brosser un tableau rapide des différentes lois relatives aux risques suffisent pour s'en convaincre, même sans prétention à l'exhaustivité.

L'évolution du droit relatif au risque mérite par conséquent d'être retracée pour comprendre que la théorie du risque s'est imposée, sans coup férir, avec le déclin de la responsabilité pour faute et la montée en puissance du concept de réparation.

Un droit constructiviste reconnaît expressément cette théorie depuis quelques années avec le développement des techniques de prévention et des mécanismes d'indemnisation presque automatiques : les prémisses du changement organisationnel générées par la théorie du risque (section 1). Un courant de la doctrine tend à la généraliser comme nouveau fondement de la responsabilité : les changements organisationnels liés à la maîtrise du risque juridique (section 2).

Section 1. Les prémisses du changement organisationnel générées par la théorie du risque

Fondée sur l'obligation de sécurité, c'est la faute liée au risque, c'est-à-dire la mise en danger d'autrui qui est sanctionnée (Lambert-Faivre, 1994).

Sous-section 1. Prise en considération du risque juridique par les organisations

1. Origines

Pendant longtemps on a considéré que le dommage qui ne résultait pas de la faute d'autrui constituait un risque (Crémieu, 1910, p.543) qui devait rester à la charge de celui qui avait eu la malchance fatale de le subir, comme les cas de force majeure dans le domaine contractuel (Malaurie *et alii*, 2004, p.35). La collectivisation des risques par le biais des assurances et de la Sécurité sociale (Raynaud, 1948) a exclu progressivement l'idée de faute personnelle, dont la preuve était parfois impossible à rapporter (Cadet, 2005a).

³²² Nos recherches, « De la responsabilité conçue comme une sanction/réparation à la notion de responsabilité pour préventive », 27-28 oct. 2006, 4^{ème} congrès de l'ADERSE, Bordeaux, partenariat avec *The Society for Business Ethics (SBE) et the international Society of Business, Economics and Ethics (ISBEE)*.

Seule la faute intentionnelle ou lourde demeure une catégorie, certes résiduelle, mais incompressible où le responsable d'un point de vue moral, ne peut s'exonérer quel que soit l'ordre reçu (Bigot, 1978 ; Groutel, 2000). Ce qui signifie qu'aucune personne physique ou morale ne peut s'assurer contre ce risque. Il n'empêche que d'un point de vue éthique, l'insolvabilité du responsable d'une faute volontaire, a contraint les pouvoirs publics à créer notamment des Commissions d'Indemnisation des Victimes d'Infraction (CIVI), qui sont chargées après indemnisation intégrale des victimes d'exercer le recours subrogatoire sur les personnes jugées coupables (Garnier, 2003).

Mais compte tenu du nombre d'accidents croissant dans les industries manufacturières, la théorie du risque est devenue plus pertinente que celle de la faute, comme cause d'imputabilité. La doctrine présente ainsi dans la lignée de jurisprudences audacieuses, qui après avoir retenu « la responsabilité présumée » (Cadet, 2005a, p.76), ont inséré une obligation de sécurité dans les contrats de travail et de transport (Le Tourneau *et alii*, 2006). Du fait même du risque professionnel encouru par les préposés, les commettants étaient responsables des accidents du travail, ce qu'une loi fondamentale du 9 avril 1898, plusieurs fois amendée par la suite, a fixé comme base légale.

L'enjeu de l'indemnisation justifie en lui-même, la recherche d'autres fondements juridiques de la responsabilité civile délictuelle. Il va de pair avec l'admission de la réparation par équivalent, comme sanction de substitution, qu'il s'agisse d'un préjudice corporel ou moral voire d'agrément.

2. Fondement de la théorie du risque : fonctionnement des organisations et profit

Il revient alors à Saleilles et Josserand en 1897³²³ de définir les fondements de cette responsabilité pour risque. Pour le premier, c'est l'idée du *risque-profit* : « celui qui a les profits supporte les risques », l'actif répondant du passif (Terré *et alii*, 1999, p.622). Le second, détachera complètement le risque de l'idée de faute et dans une conception déterministe se fonde sur le *risque créé*, de manière générale par toute organisation du fait de son fonctionnement.

Il y a un lien de causalité établi plus qu'une probabilité calculée. La fonction décisionnelle n'est pas activée. L'évaluation du risque n'est pas mesurée. C'est une des applications du paradoxe de Saint- Pétersbourg.

³²³ R.Saleilles, « Les accidents du travail et la responsabilité civile » 1897 ; L.Josserand, « De la responsabilité des choses inanimées », 1897.

Est engagée la responsabilité de celui qui crée un dommage lié à une exposition à un danger prévisible et probable : les victimes sont dans une situation indéniablement améliorée (Viney, 1995, n°35s).

Le risque demeure juste, comme condition de leur prise en compte par le droit, involontaire et incertain. L'intensité de son imprévisibilité en est la mesure (Voidey, 2005, p.142).

Le principe de précaution n'est pas pour autant synonyme de prévention des risques : il s'agit d'appliquer sous une autre forme le principe de la prudence au sens d'Aristote³²⁴: le risque doit être mesuré. C'est une transformation du régime juridique sans pour autant être une incitation à l'abstention (Callon *et alii*, 2002, p.263) car le risque zéro n'existe pas.

Toutefois, il s'agit bien d'une volonté de contrôle qui se développe à travers cette théorie du risque. La notion de risque est pourtant loin d'être cernée : elle est le résultat d'une construction prétorienne et doctrinale à partir d'éléments abstraits qu'il convient de réunir pour délimiter cette catégorie juridique (Cornu, 2005). Le risque est surtout cité dans de nombreuses lois spéciales, mais recevant des applications infinies, notamment quand lié à l'activité, il ne comporte pas un élément d'extranéité suffisant pour être assurable sans le secours du législateur.

Sous-section 2. Reconnaissance du risque comme source de responsabilité : l'augmentation exponentielle des contraintes légales sur les organisations

Le risque est effectivement cité dans plusieurs textes de droit privé. Il est incontournable en droit du travail. En droit administratif, l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics, connaissent de nombreux dispositifs de prévention des risques. Le droit de l'environnement, droit mixte, issu du droit européen, est par essence fondé sur la maîtrise des risques, notamment dans le cadre des prescriptions en matière d'installations classées. La loi reconnaît également, depuis une dizaine d'années, le risque comme source de responsabilité pénale.

1. Risque exploitation et loi civile

Une graduation est alors bien établie selon l'aléa attaché à la menace étudiée, quoique les frontières entre chaque catégorie soient quelque peu fluctuantes en fonction de l'état des connaissances scientifiques.

³²⁴ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Livre de Poche, n°4611, 1992, p.245

Ainsi, le péril certain appelle la prévention et l'absence d'exonération pour celui qui a fait prendre volontairement des risques à autrui. La négligence n'est pas toujours assurable.

La crainte de dommages irréversibles et l'incertitude renvoient, quant à elle, au principe de précaution (Lepage et Guéry, 2001). La loi du 13 juillet 1992 relative au contrôle de l'utilisation et de la dissémination des OGM ou la loi Barnier³²⁵ et plus récemment la Charte de l'environnement (2005) lui font écho en matière de responsabilité étatique environnementale. La reconnaissance du risque par la Constitution est une évolution considérable.

Avec, en outre, la signature et la ratification de nombreuses conventions internationales, par exemple le protocole de Kyoto (1997) pour limiter les GES (gaz à effet de serre), l'application des directives et règlements communautaires en droit de l'environnement, la France a conféré une valeur fondamentale à la théorie du risque, notamment environnemental.

Toutes les normes de sécurité au travail ou de fabrication des produits, dérivées du droit européen et impératives sont la traduction légale de cette prise en considération progressive du risque au sein des entreprises et à l'égard des « parties prenantes » (*stakeholders*). Le degré de probabilité du risque n'est pas toujours une donnée juridique, sauf le cas de force majeure. L'exemple topique et révolutionnaire est celui de la loi sur les aléas thérapeutiques (loi Kouchner 2002) : en l'absence de faute, le risque créé source de dommages, justifie aujourd'hui une indemnisation.

Quelques principes (?) subsistent. Le risque inconnu, par définition, ne peut engager la responsabilité du fabricant car sa survenance est hypothétique. En droit, il se prénomme le risque de développement. C'est en fait le « défaut d'un produit que le producteur, ou bien celui qui lui est assimilé, n'a pu découvrir, ni éviter, pour la raison que l'état des connaissances scientifiques et techniques, objectivement accessibles à sa connaissance lors du moment de la mise en circulation du produit, ne lui permettait pas », (Berg, 1996, p.271). Ce nouveau risque, lié au progrès technologique, est issu de la directive CEE du 25 juillet 1985, transposée par la loi n°98-389 du 19 mai 1998 (article 1386-11 4° du Code civil). Il en résulte que l'assurance responsabilité civile ne pourra pas être mise en œuvre. Seuls des fonds de garantie, c'est-à-dire des financements étatiques pourront pallier cette exception (?) européenne.

Il convient en effet de rappeler que l'éventualité du risque proche du hasard ou du cas fortuit est source d'irresponsabilité mais dans le souci d'indemnisation des victimes, celui-ci est une

³²⁵ Loi n°95-101 du 2 fév. 95, intégrée dans l'article 200-1 du Code rural et L.110-1 du Code de l'environnement

exclusion légale d'effet exonératoire (Voidey, 2005, p.167 et p.281). De la même manière, même quand une entreprise a mis aux normes ses bâtiments et instruments de travail, elle demeure responsable pour tout accident de travail, la mise en conformité n'étant pas une cause exonératoire³²⁶.

C'est une responsabilité de plein droit qui ne peut se développer qu'avec son corollaire : la solidarité érigée en mode de fonctionnement et de financement de la Sécurité sociale.

C'est sans nul doute la raison pour laquelle, une jurisprudence *contra legem* avait retenu à la charge du fabricant, le risque de développement à l'instar de la cause étrangère. La loi française entourait déjà de conditions strictes les cas d'exonération, au point de ne pas mentionner expressément le risque de développement. Cédant devant la primauté de la jurisprudence communautaire, condamnant la position française défavorable aux fabricants³²⁷, le législateur français a dû modifier son texte de transposition³²⁸. Mais quid des victimes quand on sait que le risque zéro n'est pas de ce monde?

Quand bien même l'exhaustivité dans l'inventaire des risques est impossible, de nombreux risques font aujourd'hui l'objet de lois spéciales : loi du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages (suite à la catastrophe d'AZF), directive Seveso II (gestion des risques, 1996), la réglementation sur les IPCE (risques de pollution, 19 juillet 1976), directive IPCC (*Integrated Pollution Prevention and Control*) 1996³²⁹, risque chimique (directive REACH) 2007....

Il en résulte une confusion certaine, des risques de contradiction de normes et un amas de réglementation stratifiée. Les veilles législatives ou réglementaires ne suffisent pas pour parer une entreprise devant tout risque.

Le code de la santé publique, le code de la consommation font également la chasse aux risques sanitaires et alimentaires de tous ordres. Ce dernier intègre un volet pénal et définit de nombreuses incriminations. La théorie du risque n'est pas absente de la législation pénale, loin s'en faut !

³²⁶ ex : articles R.233-1 et s. du Code du travail conformément aux obligations définies par l'article 233-5-1 du même Code.

³²⁷ P. Jourdain, RTDCiv. Juil/sept2002, n°5, p.523s.: la France une nouvelle fois condamnée après les poursuites de la Commission européenne ; C.Laporte, « La responsabilité du fait des produits défectueux : la France à nouveau épinglée, Resp.civ et assur. 2000, chron. 11; C. Rondey, « Responsabilité du fait des produits défectueux : la France à nouveau condamnée », sous CJCE 25 avril 2002, D.2002, p.1670.

³²⁸ Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004, modifiant en particulier l'article 1386-12 du Code civil

³²⁹ Ont précédé des textes en 1810 (décret sur des installations classées) et 1917 (loi sur les établissements dangereux et insalubres), V. liste très complète dans le rapport à la Commission des comptes et de l'économie de l'environnement, « Entreprises et environnement », Réponses environnement, Ed. La Documentation française, 2004.

2. Risque et loi pénale : du renforcement de la culpabilité des dirigeants à la responsabilité pénale des organisations elles-mêmes

La loi pénale connaît une évolution majeure en matière de reconnaissance du risque comme source d'infractions punissables³³⁰.

Ainsi, l'article L.223-1 du nouveau Code pénal énonce: « Le fait d'exposer directement autrui à un *risque* immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une *obligation particulière de sécurité ou de prudence* imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 Euros d'amende. » Ce texte de référence en matière de délits dits non intentionnels a été une révolution, notamment en entreprise pour les cadres dirigeants mais souhaitée par une majorité suite au scandale du sang contaminé³³¹ ou de l'ESB (vache folle).

Même si le principe est rappelé dans la loi Fauchon (10 juillet 2000) que nul ne peut être condamné pour un crime qu'il n'a pas eu l'intention de commettre, toute imprudence ou manquement à une obligation de sécurité est susceptible d'étendre la mise en cause de la responsabilité pénale à un auteur indirect par le jeu de présomptions légales. Ainsi, « la responsabilité pénale des personnes physiques, auteurs indirects d'un dommage n'est engagée que s'il est établi, soit la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit une faute caractérisée qui exposait autrui à un *risque d'une particulière gravité* que l'intéressé ne pouvait ignorer » (article 121-3 alinéa 4 du Code pénal).

Certes une jurisprudence constante exige une faute caractérisée pour engager la responsabilité des dirigeants, décideurs publics³³² ou privés³³³ voire de toute personne physique, dans l'exercice de toute activité professionnelle³³⁴. Les exemples sont légions³³⁵.

³³⁰ Ex : Sur les conséquences pénales du défaut de provision pour risques et charges, voir notamment N. Stolowy, Les délits comptables, *Economica*, 2001.

³³¹ Loi du 4 janvier 1993 impose aux établissements de transfusion sanguine à l'article L.688-10 du Code de la santé publique « la responsabilité des risques encourus par les donneurs en raison des opérations de prélèvement »

³³² Mauvais entretien ou aménagement d'installations municipales, telle la chute d'une barre transversale d'une cage mobile de gardien de but non conforme à la réglementation, Cass. Crim. 4 juin 2002, Bull. crim. 2002, n°127 ou carences dans le pouvoir de police administrative (absence d'interdiction de circulation des véhicules sur le passage d'un cortège, Cass. Crim. 18 juin 2002, Bull. crim. 2002, n°138)

³³³ Cass. Com. 23 mars 2004, n°03-83 123 : Juris-Data n°2004-023539 (pollution liée à un défaut d'étanchéité d'un bassin de réception d'eaux résiduaires)

De nombreuses dispositions législatives spéciales sont également assorties de sanctions pénales. Les entreprises sont confrontées au quotidien à des contrôles d'administrations pénales pour notamment des questions d'étiquetage conforme à la normalisation européenne en matière d'équipements de sécurité. La DGCCRF, sans vocation au conseil qui pourrait éclairer le chef d'entreprise bien ignorant parfois des mesures d'application concrète des textes, est perçue, à tout le moins, comme trop rigide et pointilleuse³³⁶. Une certaine clarification par admission d'un principe unificateur et transversal, par-delà la législation serait bienvenue. La refonte du droit des obligations est en projet.

La mise en danger d'autrui ³³⁷ suite à l'affaire du stade Furiani constituait les prémices de cette (r)évolution. La loi Fauchon a amendé la loi de mise en danger, perçue alors comme disproportionnée, inéquitable et trop dure, sous la pression des élus locaux menaçant de boycotter les élections municipales de 2001. Mais la loi pénale n'est plus douce qu'en apparence (Véron, 2006), le juge conservant un pouvoir souverain d'appréciation du lien causal et de la qualification de la faute.

La combinaison de cette loi nouvelle avec la généralisation, en 2004, de la responsabilité pénale des personnes morales (loi dite Perben II) a permis de condamner des sociétés ou des établissements publics personnes morales pour homicide involontaire quoique leurs dirigeants soient relaxés, du fait d'un défaut de surveillance ou d'une faute dans l'organisation des services administratifs ou hospitaliers. C'est dire que nonobstant l'absence de faute, c'est bien le risque créé qui est la seule explication plausible de ces condamnations.

La théorie des risques a été rejetée comme fondement général de la responsabilité car elle représentait un frein à l'activité humaine. Les obstacles étaient doctrinaux pour l'essentiel. Ils méritent d'être révisés à la lumière de l'évolution de la loi et d'un certain nombre de revirements jurisprudentiels.

³³⁴ Cass. Crim. 5 oct. 2004, Bull. crim. 2004, n°235 (agriculteur qui moissonne en période de sécheresse et de fort vent avec un engin non contrôlé par un concessionnaire agréé, à l'origine d'un incendie dans lequel sont morts deux pompiers)

³³⁵ Consulter l'étude de jurisprudence très complète de B. Cotte et D. Guihal, « La loi Fauchon, cinq ans de mise en œuvre jurisprudentielle », *Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur*, Droit pénal, avril 2006, p.5s. spéc. p.8.

³³⁶ Ex : PME de 10 salariés contrainte de détruire 500 emballages de lunettes de soleil comportant la mention « produit ne protégeant pas contre les rayons directs du soleil » au lieu de la formule proche et conforme « ce produit n'est pas conçu pour protéger des rayons directs du soleil ».

³³⁷ Articles 111-2 et 121-3 du NCP modifié et complété par la loi Fauchon.

Section 2. Les conséquences de la reconnaissance de la théorie du risque sur les organisations

Le risque contentieux est omniprésent et les entreprises doivent se prémunir. L'assurance prend le pas sur les provisions pour risques. L'entreprise responsable est née.

Sous-section 1. Généralisation de la responsabilité fondée sur le risque

La responsabilité des entreprises en tant qu'employeurs de même que la responsabilité du fait des choses sont des responsabilités fondées sur des présomptions irréfragables ou sans possibilité d'exonération : ces responsabilités de plein droit ne peuvent être justifiées par l'idée de faute. Le risque serait un bien meilleur fondement.

1. La responsabilité des commettants

C'est une responsabilité du fait d'autrui fondée sur l'article 1384 alinéa 5 du Code civil qui prévoyait que la victime pouvait s'adresser soit à l'entreprise (personne physique ou morale) soit à l'employé qui avait causé le dommage : si le commettant (ou employeur) avait réparé le préjudice à la place de son préposé, il disposait d'un recours contre lui. Cette solution était déjà remise en cause en droit des assurances, si l'assureur avait indemnisé directement la victime, il ne pouvait se retourner contre le préposé fautif (article L.121-12 al. 3 du code des assurances).

L'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 25 février 2000 (affaire *Costedoat*) opère un revirement symptomatique en décidant que « n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers, le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant ».³³⁸

La théorie de l'abus de fonction demeure mais l'immunité civile du salarié est consacrée : aucune faute ne peut lui être reprochée, pas plus qu'à l'employeur si ce n'est un manque de surveillance. Seule la théorie du risque permet alors de trouver l'articulation idéale et pertinente pour concilier les rapports d'obligation. La présomption irréfragable qui pèse sur l'employeur est en fait une règle de fond : pour garantir l'indemnisation des tiers victimes,

³³⁸ D. 2000, 673, note Ph. Brun, RTDciv 2000 582 obs. Pierre Jourdain, JCP 2000, I, concl. R. Kessous et note M. Billiau, I, 241, °16s, obs. G. Viney, V. aussi, R. Kessous et F. Desportes, « Les responsabilités civiles et pénales du préposé », Rapport 2000, Cour de cassation, p.256.

tous les risques sont supportés par l'employeur³³⁹. L'obligation de sécurité de l'employeur est devenue une obligation de résultat qui ne souffre aucune dérogation³⁴⁰.

En droit pénal du travail, il n'est ainsi pas rare de que la faute caractérisée soit substituée à la violation délibérée d'une obligation textuelle, y compris d'office par la Cour de cassation : en l'espèce, il s'agissait d'une chute mortelle d'un ouvrier travaillant sur une échelle métallique à 2,70m de hauteur, qui a été déséquilibrée par un choc électrique; il a été reproché à l'employeur un manque de coordination qui avait conduit la victime à travailler dans un lieu humide, sans mise hors tension préalable des installations électriques (l'omission du plan particulier de sécurité qui n'intégrait pas les travaux supplémentaires de la chaufferie n'a pas été relevée)³⁴¹. Or la faute caractérisée, contrairement à la faute manifestement délibérée, ne présente pas le caractère d'un manquement volontaire à une règle écrite, elle constitue « une défaillance inadmissible ... en raison des dangers ou des *risques* qu'elle génère »³⁴². La même déclinaison des textes pour homicide involontaire se retrouve dans la jurisprudence en droit de l'environnement qui traduit la mise en danger d'autrui, gommée du texte d'incrimination, par une référence un risque pour la vie ou l'intégrité physique.

C'est dire qu'en matière pénale, comme en matière civile, une responsabilité, pour risque générique, est née. La conscience du risque, induite en cas de compétences professionnelles liées au dommage, laisse peu de place à la relaxe.

Une évolution similaire peut être signalée en matière de responsabilité du fait des choses, première responsabilité sans faute dans l'histoire jurisprudentielle française.

2. La responsabilité du fait des choses

La responsabilité du fait des animaux ou des bâtiments en ruine est devenue marginale par rapport à une responsabilité générale et automatique du fait des choses qui s'est mise en place grâce à une jurisprudence audacieuse (Terré *et alii*, 1999, p.711). Toutefois le fait que le propriétaire de la voiture volée ne soit pas tenu pour responsable vis-à-vis des tiers en cas d'accident, empêche selon ces auteurs une classification dans la théorie du risque. Le risque pris par celui qui a la garde de la chose est bien entier sans possibilité d'exonération, sauf

³³⁹ J. Flour, J-L. Aubert et E. Savaux, « Droit civil, les obligations » tome 2, « le fait juridique », Coll. U, Ed. Armand Colin, 2003, p.202s., spéc. n°205

³⁴⁰ Cass. Soc. 28 février 2002, 23 arrêts sur l'exposition à l'amiante dont 5 publiés au Bull.civ. V.n° 81s., p.74s., statuant sur la faute inexcusable de l'employeur (art. L. 452-1 du Code de la Sécurité Sociale) en matière de maladie professionnelle reconnue, mettant à sa charge une obligation de sécurité de résultat.

³⁴¹ Cass. Crim. 8 nov. 2005, commentaires par B. Cotte et D. Guihal, chron. préc.

³⁴² Y. Mayaud, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal », D. 2000, chron., p.603

cause étrangère. Mais c'est une responsabilité de plein droit qui se conjugue en tout état de cause admirablement avec celle de la faute.

Avec une intensité plus grande encore, la responsabilité liée aux accidents de la circulation devait un jour être engagée sans faute, du fait même du risque. La responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa garde (article 1384 alinéa 1 du Code civil) semble supplanter toutefois progressivement la théorie du risque. Or, la responsabilité du fait des choses n'est jamais qu'une responsabilité fondée sur le risque créé par la chose (Lambert-Faivre, 1998, p.6). La loi Badinter n'avait pas validé cette conception du risque créé pour l'unique exonération qui demeure encore dans le texte de loi : la dépossession volontaire. En effet, en cas de perte ou de vol, le propriétaire du véhicule n'est plus considéré comme ayant la chose sous sa garde, donc il n'est pas tenu pour responsable en cas d'accident causé par son véhicule. L'hypocrisie du système revient à convaincre la victime d'un accident de voiture que le conducteur illégitime l'indemniser. Sans assurance, il y a fort à parier que la victime se verra opposer l'insolvabilité du débiteur (si on le retrouve). Les CIVI sont nées de ce paradoxe ou plus exactement de cette injustice. Autrement dit si l'assurance n'indemnise pas, c'est l'Etat, réducteur des inégalités ou solidaire, qui s'en charge, en définitive. Entre l'assuré et le contribuable, existe-t-il une personnalité juridique différente ? Le cloisonnement entre entreprises privées et publiques est-il si étanche ? La validation pure et simple de la théorie du risque aurait été en ce domaine, plus judicieuse et moins coûteuse.

De nombreux auteurs penchent en faveur d'une reconnaissance officielle et généralisée.

Sous-section 2. Une généralisation, source de changement organisationnel majeur

Quels que soient la cause du dommage (faute ou risque) la réparation est identique. Le moindre dommage est aujourd'hui source d'indemnisation via les assurances. Le risque ne limite donc pas la réparation aux activités particulièrement dangereuses.

1. La collectivisation des risques

La responsabilité objective fondée uniquement sur un lien de causalité influence le niveau des précautions. Pour ne pas engager sa responsabilité, un chef d'entreprise devra prendre des mesures pour protéger les tiers et les salariés. Etant l'unique responsable au regard du droit positif, il doit être responsable pour tous. Cette responsabilité du fait d'autrui est la traduction des risques qu'il supporte seul (Maître, 2005, p.86). Pour se faire, il devra évaluer les risques

et notamment le risque contentieux s'il ne fait rien. Il s'agit véritablement de gérer le risque en amont.

C'est le jeu de l'assurance qui prend alors le relais parfois dans un rôle « d'assistanat » (Méric *et alii*, 2009, p.78) on cherche un tiers payeur et solvable et on substitue à la responsabilité individuelle une responsabilité collective. L'assurance a pour fonction de mutualiser les risques. Sans ce développement de la maîtrise du risque juridique, la théorie du risque n'aurait pu progresser.

Les exigences des assureurs qui demandent à l'entreprise d'évaluer les risques inhérents à leurs activités renvoient à cette logique. Le risque n'est pris en charge que lorsqu'il est déclaré et répond à certaines normes. De nombreux entrepreneurs ne peuvent s'assurer, sinon en supportant des franchises conséquentes, car leurs bâtiments ne sont plus conformes à la réglementation ou aux normes en vigueur.

Ainsi l'hygiène, la sécurité, la qualité, l'environnement sont des risques pris en compte au titre des responsabilités avant d'être des outils de la performance (Froman *et alii*, 2002) : la faute n'est plus l'objet immédiat du débat.

Il demeure dans un cas extrême : celui de l'intention de nuire ou de la faute considérée comme détachable, c'est-à-dire d'une faute telle qu'il n'est pas possible de concevoir qu'elle peut être liée à la fonction ou la mission (droit privé)³⁴³ ou qu'elle possède un lien ténu avec le service (droit public). La conséquence est le refus de l'assureur d'indemniser la victime.

En droit pénal également se pose la question de l'absence d'assurance. En principe, aucun dirigeant ou aucune entreprise personne morale ne peuvent s'assurer contre le risque pénal³⁴⁴. Seul le risque civil peut être couvert l'assurance RC exploitation. La collectivisation des risques en France est ainsi limitée. Les Etats-Unis ne connaissent pas cette interdiction.

Il en résulte que la qualification de faute caractérisée des dirigeants a une influence directe sur la responsabilité pénale des dirigeants de sociétés ou de la société personne morale. L'emprisonnement pour les uns et l'amende très forte pour la seconde sont souvent dissuasives. La qualification de la faute par les juges répressifs n'est pas sans risque !

La collectivisation du risque ou sa diffusion à la personne morale est toute relative lorsque l'on connaît également les montants des dommages intérêts infligés aux sociétés par opposition aux dirigeants personnes physiques.

³⁴³ Depuis peu la jurisprudence civile a rejoint la jurisprudence commerciale : B.Dondero « Faute détachable des fonctions » note sous Cass. Com. 20 juin 2006, *Bull. Joly*, janv. 2007, §8.

³⁴⁴ Cass. crim. 13 nov.2004, *Bull. crim.* n°10, condamnation de la personne morale, Cass. Crim. 19 février 2003, *Bull. crim.* n°47, *Droit pénal*, 2003, commentaires, n°87, obs. J.H. Robert.

La preuve de la négligence ou de la connaissance du risque suffit pour engager la responsabilité de leurs auteurs même indirectement. Prévenir les risques prend ici une dimension fondamentale : il faut avant tout le voile de l'ignorance... de la loi, autrement dit du droit positif (Pansier, 2004).

2. Généralisation des mesures de précaution

Tous les risques peuvent être aujourd'hui source de responsabilité : même en cas de doute, est considéré comme fautif celui qui n'a pas pris les mesures de précaution, notamment pour retarder la mise en circulation d'un produit (Le Tourneau, 1997, p.32). C'est encore une responsabilité objective fondée sur le risque.

Le risque ou situation à risques découle d'une part de la présence d'un danger et d'autre part de la présence de l'homme dans la zone de danger. Il est utile en la matière de se référer à la norme EN 1050³⁴⁵.

La Cour européenne des Droits de l'Homme avec le développement de sa notion de victime potentielle procède de la même logique³⁴⁶. C'est encore le risque qui justifie la sanction.

Le principe de précaution, importé (Sève, 1990, p.72), rentre dans cette théorie, à n'en pas douter (Boutonnet, 2005, p.131). Il suffit de relire les rapports sur, d'une part, le principe de précaution en matière civile³⁴⁷ et celui, d'autre part, plus récent du Conseil d'Etat sur la socialisation du risque, dans le domaine administratif³⁴⁸. Pour certains auteurs, il s'agit même d'une « nouvelle éthique de la responsabilité » (Radé, 2000, p.75) voire d'un principe général de prévention.

Il se décline notamment dans le principe pollueur-payeur qui a été généralisé en droit de l'environnement (de Sadeleer, 1999). Sinon comment expliquer de manière générique l'idée de faute en droit pénal de l'environnement, sans texte d'incrimination ?

C'est, de fait, un développement majeur de « la responsabilité pour autrui » (Radé, 1997, p.284 ; Jourdain, 2000, p.5)³⁴⁹. Si la prise en charge ne se fait pas par le jeu des assurances, l'Etat peut même être appelé à prendre le relais. C'est le cas en matière d'aléa thérapeutique

³⁴⁵ Risque : « Combinaison de la probabilité d'un événement et de ses conséquences » (ISO/CEI 73), « Combinaison de la probabilité d'un dommage et de sa gravité » (ISO/CEI 51).

³⁴⁶ CEDH, 7 juillet 1989, *Soering*, (affaire du couloir de la mort) : extension du droit à la vie

³⁴⁷ G. Viney et P. Kourilsky, Rapport remis au Premier ministre, « le principe de précaution », La Documentation française, Ed. Odile Jacob, 2000.

³⁴⁸ Conseil d'Etat - Rapport public 2005 - Jurisprudence et avis de 2004 « Responsabilité et socialisation du risque » (Etudes & Documents n.56), La Documentation française, 2005.

³⁴⁹ Et notre communication au 3^{ème} congrès de l'ADERSE (Lyon III) « la responsabilité sociale/sociétale des entreprises ou une extension du concept de responsabilité pour autrui » 2005.

via l'ONIAM (Office National d'Indemnisation des Accidents) devant la levée de boucliers des assureurs. C'est bientôt le cas du fait de la généralisation de la maladie professionnelle liée à l'amiante pour éviter toute iniquité dans les modalités d'indemnisation (Guettier, 2001). Tout fonds d'indemnisation, quel qu'en soit son domaine, où la solidarité du contribuable est sollicitée procède de cette démarche distributive (Rémond-Gouilloud, 1992, p.165).

Quant au droit pénal, il a toujours réprimé l'infraction formelle, même au stade la tentative, considérée en elle-même comme source de dommage. Au point que la tentative est punissable au même titre que le crime ou le délit lui-même : l'infraction avortée est assimilée à l'infraction consommée. Le délit de mise en danger n'a fait que renforcer les conditions de mise en cause pour homicide involontaire au point de donner l'impression d'une responsabilité « sans faute » comme en droit civil d'où l'appellation anachronique de délit non intentionnel. Il aurait été plus simple de reconnaître la responsabilité pénale pour risque.

La responsabilité des personnes morales tant civile que pénale conduit à une conclusion similaire, l'imputabilité morale étant impossible envers un être qui n'est pas de chair et de sang (Barbiéri, 2003, p.41).

Conclusion

La théorie du risque est aujourd'hui consacrée par de nombreux textes et arrêts, sans que la doctrine en ait toujours bien conscience. Mais elle est aujourd'hui réalité. Le risque est devenu un régulateur-clef de la vie économique.

Prévenir les risques, c'est tout l'enjeu d'un droit prospectif, technique et respectueux de l'humanité dans le cadre du développement durable (Martin, 2002). C'est intrinsèquement, « le droit en mouvement » (Diebolt, 2000).

Pour autant, c'est la peur de l'avènement de « l'idéologie de la réparation » (Cadiet, 1999, p.495), qui a conduit, longtemps, à refuser cette théorie, sans grand argument à son encontre, sinon celui de sa subjectivité ou de son irréalisme.

Cette réticence à accepter l'évolution du droit était également fondée sur un possible gouvernement des juges, par l'usage abusif d'un concept étranger à l'expertise scientifique. Le développement, également en droit pénal et en droit administratif, de la théorie du risque conférait un pouvoir souverain d'appréciation au juge voire d'opportunité. Le droit positif, revisité par le principe de précaution, faisait naître ou revivre la règle des précédents honnie au siècle des Lumières et de nos révolutionnaires de 1789, mais prônée, au contraire, par la *Common Law*.

Toutefois, les juristes ont apporté aujourd'hui une solution rationnelle, aux craintes véhiculées par l'inconscient collectif face au progrès des nouvelles technologies ou, à l'inverse,

exprimées par de nombreuses entreprises, publiques ou privées, au sujet d'une application trop systématique donc paralysante du principe de précaution (Chagnollaud, 2004). Pour résoudre ce conflit d'intérêts, le pouvoir de décision a été confié au politique. C'est à lui qu'appartient la légitimité de fixer au cas par cas le placement du curseur de « l'acceptabilité sociale du risque » (Peretti-Watel, 1999 ; Noiville, 2003 ; Thoreux et Basle, 2005 ; Salomon, 2007). Le niveau de risque accepté est un choix : il se traduit par un certain degré d'aversion du risque, plus ou moins conscient et réaliste.

Le principe de précaution a été introduit en droit communautaire par le traité de l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992. L'article 130 R. §2, qui énumère les principes devant fonder la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement, précise que celle-ci « est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur ».

Par ailleurs, la Commission européenne a adopté, le 2 février 2000, une communication sur le principe de précaution. Elle a retenu que l'Union européenne dispose du droit de fixer le niveau de protection de l'environnement, de la santé et des consommateurs qu'elle estime approprié, tout comme les autres membres de l'Organisation mondiale du commerce.

Enfin le Conseil européen de Nice de décembre 2000 a adopté une résolution sur le principe de précaution dans laquelle est évoquée la nécessité d'en préciser les lignes directrices d'application.

La démocratie participative prend ici tout son sens. La poursuite des recherches est toujours obligatoire pour l'Etat, pour lever les doutes, réduire le champ des risques possibles; quant au citoyen, par le biais de ses représentants, il choisit, en toute connaissance de cause, de développer ou non les applications industrielles des produits, selon que le risque de dommages lui paraît infime, plausible, probable voire certain (Rémond-Gouilloud, 1999). La définition de l'intérêt général ou de l'intérêt juridiquement protégé est plus que jamais une question d'actualité (Boutonnet, 2005, p.499).

La faute, comme fondement de la responsabilité, n'a plus qu'un rôle supplétif, marginal, obsolète, quand il n'est pas tout simplement supprimé. Toutefois, avec l'objectivation excessive de la responsabilité, la collectivisation des risques, sans imputabilité, c'est l'irresponsabilité qui menace de voir le jour ou de s'imposer (Ripert, 1949 ; Radé, 1998).

Pour concilier le principe de solidarité, entre les générations à venir, et la notion de responsabilité, la conscience est fondamentale. Or, l'entreprise vit ce changement comme une contrainte, souvent faute de conscience. Elle anticipe le risque juridique : faute d'éthique ?

Titre 2. Une nouvelle éthique de la responsabilité

Dans les modèles et représentations classiques, on oppose volontiers intérêt général et intérêts privés. L'un serait défendu par le Politique, ou l'Etat de droit comme vision moderne d'un pouvoir légitime et démocratique, et ses démembrements (collectivités territoriales) voire certaines ONG (organisations non gouvernementales) ou associations, les autres par les entreprises privées (entreprises commerciales ou sociétés de services).

L'interdépendance progressive, pour le bien-être de tous (?), entre l'Etat devenu protecteur, régulateur, puis interventionniste aux fins de corriger les inégalités économiques et sociales et les entreprises dites « citoyennes » a introduit une vision holistique des rapports entre parties prenantes. Dans cette perspective, les obligations qui incombent à tout type d'organisation, au sens large, seraient nécessairement et volontairement partagées dans le cadre du développement durable. L'entreprise serait une organisation comme une autre, sa mission ne pourrait avoir que l'Homme en finitude.

A l'inverse, l'Etat, même dans ses fonctions régaliennes, ne pourrait occulter une certaine conception économique dans la réalisation de sa mission de service public, sans porter atteinte à l'intérêt général, donc à l'éthique du système. Les nouvelles frontières entre le public et le privé tendent à s'estomper. Selon que l'on propose une approche libérale, utilitariste ou plutôt marxiste-socialiste du rôle de chaque organisation, les conceptions divergent mais sans incompatibilité irréductible, sinon sur les moyens (Desreumaux, 2005).

L'exposé de la genèse de l'éthique en entreprise et des différentes écoles permet d'éclairer ces rapprochements, par une recherche sur les fondements même des organisations.

La tendance actuelle n'est plus une déclinaison dans le monde économique de pensées théologique, métaphysique, sociologique ou religieuse régnant dans la société (Acquier, Gond et Igalens, 2010). C'est la recherche de solutions pragmatiques dans toute activité professionnelle, du juste, de l'équitable voire du bien-être individuel. L'impératif kantien se fonde aujourd'hui sur un intérêt plus collectif par la recherche du bien commun, la préservation et le partage des ressources naturelles (Cardot, 2006, p.27 et 29).

On peut distinguer plusieurs époques dans la construction de l'éthique. En Occident, elle repose sur l'idée de liberté : le processus est donc par essence volontaire. Une éthique autonome se construit dès lors que l'ordre social ou moral n'est plus fondé sur la religion exclusivement mais sur une certaine rationalité.

Antiquité Grèce à l'Empire romain	VIème siècle av. JC - IVème siècle ap. JC	Philosophie politique, métaphysique, recherche du « souverain bien » et « juste milieu » selon Aristote. Invention du droit naturel avec Platon.
Moyen-Age	IVème s. - XVème siècle	Christianisme, puis naissance de la logique ; réalisme de Machiavel : notion d'ordre public.
Renaissance	XVème s.- XVIème siècle	Redécouverte des sagesses antiques : l'humain au centre de la société, transcendance verticale.
Modernité	XVIIème s. - début XXème siècle	théorie de la connaissance, de la raison, « Les Lumières », le contrat social de Rousseau, naissance de l'éthique sociale : égalité juridique et démocratique.
Contemporains	2 nd e moitié XXème s. - début XXIème siècle	Penser l'humanisme, l'existentialisme, (Sartre), « divinisation de l'humain » (Ferry). Notion de légitimité c/légalité, marxisme, communisme, écologie. Le Juste (Paul Ricoeur), Edgar Morin, « sagesse collective », éthique appliquée (Russ), « équilibre réfléchi » (Rawls), Equité, responsabilité (Weber), Nozick, Walzer, Habermas, Sen...

L'idéal de justice dans l'Antiquité grecque, au cœur des préoccupations philosophiques, exprimerait cette utopie réalisable, quête que rejoignent les sciences de gestion dans le cadre de la RSE. Selon Aristote, la « justice générale » devait exprimer la conformité de la conduite

humaine à la loi morale. La « justice particulière » correspondrait à une des vertus morales, le droit. (Parquet M., 2007, p.8-9). Dans ce cadre, le droit serait le « juste milieu »³⁵⁰. « Telle est la nature de l'équitable : c'est d'être un correctif de la loi, là où la loi a manqué de statuer à cause de sa généralité » (Ethique à Nicomaque). La répartition s'opère alors, soit selon une « justice commutative » qui impose une égalité quantitative, soit une « justice distributive », c'est-à-dire une égalité qualitative, c'est-à-dire proportionnelle à ses besoins (situation), son mérite (travail) ou sa valeur (compétences, biens). Les Romains (Cicéron, Epictète, Sénèque, Marc Aurèle) y puiseront la matière pour créer un droit universel fondé sur l'idée du droit naturel (*jus naturale*) et le droit des gens (*jus gentium*) prémices des futurs droits de l'humanité. C'est effectivement une conception renouvelée du droit naturel, selon Grotius, Hobbes, Spinoza ou Locke (Amann et Lethielleux, 2005, p.56) qui offre aux droits de l'Homme ses lettres de noblesse. Plus tard, Michael Walzer optera pour la notion de « sphères de justice » comme des choses à partager, qui ne sont pas sans faire écho à la notion de sphères d'influence développées par l'ISO 26000, les futures lignes directrices sur la responsabilité sociétale des organisations. John Rawls développera un concept téléologique du juste ou du bon avec la notion des « biens sociaux premiers ». Les biens communs mondiaux sont des concepts relativement nouveaux appréhendés par les sciences de gestion, sur lesquels les juristes viennent se greffer.

Le positivisme marxiste, à l'opposé, n'est pas à cet égard exempt de critiques. Si la norme est l'expression de la classe dominante au pouvoir, en changer sans rechercher une nouvelle conformité par rapport à des impératifs supérieurs est un risque. Il existe un lien indissoluble entre éthique et droit mais pas nécessairement entre éthique et norme... La « Rue du Prolétaire Vert » va-t-elle être la nouvelle direction après celle de la « Rue du Prolétaire Rouge » ? (Kéhayan et Kéhayan, 2007) Quelle en sera l'éthique ? Ou l'absence d'éthique au profit de discours hypocrites, sur fond d'axiologie des droits de l'Homme par de nouvelles puissances en place ? Assiste-t-on à la naissance d'un nouveau dogme, ou nouvelle culture, utopie de communauté universelle avec une vision intégrée de l'Homme comme peut l'être toute religion totalisante ?

Une autre philosophie du droit voit en effet le jour au XIXème siècle l'école du droit « positif » : le droit est décrit tel qu'il est et non tel qu'il est devrait être. La doctrine allemande, représentée en France par Carré de Malberg (1861-1935) estime que seul l'Etat est source de droit, considéré comme objectif. Le fonctionnement des institutions internationales

³⁵⁰ « *Suum cuique tribuere* » : attribuer à chacun le sien

fondé sur la souveraineté des Etats s'apparente à cette théorie du droit. Au XXème siècle, Kelsen va plus loin et crée l'ordonnement juridique par une pyramide de règles hiérarchisées. La gouvernance mondiale et la construction de l'ordre public mondial, avec l'émergence de normes fondamentales ou *jus cogens*, s'appuient sur ce système normatif.

L'ontologie du droit (*Quid jus ?*) est une question intéressante. Mais y répondre relève de travaux de philosophie du droit que nous citerons, à titre subsidiaire, pour agrémenter certains de nos développements. De manière plus pragmatique Kant, se pose la question de la solution en droit (*Quid juris ?*) qui, quant à elle, elle est cœur de la problématique du juriste aux fins de servir l'éthique des affaires comme discipline de management (Le Tourneau, 2000), et retiendra toute notre attention au fil de cette étude sur la RSE et les responsabilités éthiques. Il permet aussi de faire la synthèse entre l'école du droit naturel, fondée sur une loi d'origine divine, non écrite et immuable et les philosophes, comme Guillaume d'Occam, qui refusent à la fois toute transcendance, considérant le droit comme immanent, fruit de la volonté et de l'intelligence humaine, et donc toute valeur, subjective, irrationnelle, inobservable comme fondement du droit. Dans ce cadre, la responsabilité sociale de l'entreprise ou les responsabilités éthiques déconnectées à l'origine de tout principe juridique relève de l'utopie, au sens péjoratif du terme, puisque les champs s'enchevêtrent. La règle de droit (objective) est incontournable quelle que soit la société en cause. Elle ne se confond pas avec l'éthique, qui s'appuie sur des valeurs (subjectives).

C'est alors un paradoxe de la responsabilité éthique qui demeure une utopie (RSE) voire une idéologie (RSO), quand elle représente l'objectif auquel les entreprises devraient tendre, ou à l'inverse, qui disparaît par dilution, en tant que concept autonome, lorsqu'elle fait corps avec la norme qui l'intègre, comme une responsabilité juridique de type classique. Comme champ de recherches spécifique ou d'exploration du possible, la RSE ne peut être étudiée que dissociée de la règle qui la sous-tend, c'est-à-dire de l'outil au service d'une « utopie réalisable ». De manière plus originale, c'est la place du droit au sein de la RSE qui est objet de l'étude. La seule utopie réalisable consiste alors à considérer le droit comme « science de l'organisation » (Paillusseau, 1989) pour la construction d'une gouvernance mondiale, voire d'un véritable ordre public international. La montée en puissance des droits de l'Homme comme arme idéologique et juridique et la consécration de la théorie du risque sont des traductions concrètes de l'éthique des affaires et de la RSE.

Certains termes sont voisins de l'éthique des affaires comme les règles de l'art, les normes, les conventions, les guides... Certaines notions sont proches et recoupent même le sujet. « Le cercle juridique a le même centre que le cercle moral » (Ripert, 1949, p.9). Ainsi, la règle

juridique est-elle souvent confondue avec la règle morale. Mais si les frontières sont communes, l'objet est quelque peu différent. Si l'éthique est une discipline philosophique pratique (action) et normative (règles) qui se donne pour but d'indiquer comment les êtres humains doivent se comporter, agir et être, entre eux et envers ce qui les entoure, le mot droit recouvre à la fois un système de règles juridiques (*corpus juris*) ou une prérogative individuelle (droit subjectif) accordée à un individu en tant que sujet (de droit objectif). *Ubi societas, ibi jus*. La différence majeure entre l'éthique et le droit réside dans l'existence ou non d'une sanction par une autorité. La règle de droit est assortie de sanctions juridiques, et ce, même en droit des affaires³⁵¹, ce qui n'est pas le cas de l'éthique des affaires, sauf le droit disciplinaire lié aux règles déontologiques dans les ordres professionnels. L'anomie n'est pas l'anarchie... (Balian *et alii*, 2009, p.59). Les sanctions pour violation de l'éthique, sans combinaison avec une violation de la loi ou d'un contrat, sont rares. Pour donner corps à l'éthique, nombreux sont les devoirs moraux qui sont devenus des obligations juridiques (devoir ne de ne pas nuire, devoir ne pas s'enrichir aux dépens d'autrui, devoir d'assistance). Selon les époques, l'influence réciproque est manifeste.

ETHIQUE (OU MORALE) ET DROIT	FONDEMENTS
Osiose jusqu'à la première moitié du XXème siècle	Religieux : christianisme Laïcs : article 29 DUDH
Clivage à partir de la seconde moitié du XXème siècle	Liberté : option Légitimité vs légalité
Symbiose au XXIème siècle : pas de RSE sans éthique	La société (l'entreprise) : contrat (pacte social) ou institution (entreprise citoyenne)

Figure 26 L'entreprise à la frontière du droit et de la morale

Mais il y a toujours un risque à dissocier éthique et droit. L'éthique est nécessaire pour l'exercice de la responsabilité car celle-ci ne se conçoit que dans un espace de liberté (Pigé, 2008, p.245). Lorsque l'éthique ne précède pas la règle juridique, on n'échappe guère à un foisonnement de réglementations sans queue ni tête, la perte du sens de droit en tant que référence par rapport à une norme purement technique (Delmas-Marty, 2005a, p.18 ou 39). Les dérives du droit comme instrument sont longuement dénoncées par l'ISEOR³⁵², comme la

³⁵¹ Pourtant les sociétés commerciales françaises cotées doivent établir un rapport de développement durable mais cette disposition légale n'est pas sanctionnée (Art. L. 225-102-1 du Code de commerce)

³⁵² Institut de Socio-économie des Entreprises et des Organisations www.iseor.com

menace de « Tétranormalisation » (Savall & Zardet, 2005, p.16). Aucune politique de « responsabilité sociale durablement supportable » (RSDS) n'est possible, sans principes d'efficacité, d'efficience, de déontologie et d'éthique.

Dans cette perspective deux tendances voient le jour. Certains auteurs appellent de leurs vœux une recherche sur les sources du droit pour que la règle de Droit redevienne « la référence » (Delmas-Marty, 2004, p.39), dans un objectif de simplification et le rejet de la technocratie liée aux normes juridiques devenues purement administratives (perte de sens de la règle de droit). D'autres développent des théories sur l'éthique, indispensable, véritable fil d'Ariane, au sein du corpus juridique, devenu tel un Minotaure, un labyrinthe, sans âme, où tout un chacun se perd, dans un jeu de pouvoir. Pour tous ceux qui craignent une récupération par des mouvements religieux de tous ordres, des développements sur une éthique purement laïque³⁵³, prennent alors le relais dans la recherche sur les fondements de la RSE. En tout état de cause, la réflexion sur l'éthique est incontournable quelle qu'en soit sa source (Padioleau, 1989). La morale peut se contenter d'inspirer les règles de droit : l'éthique est située alors en deçà du contrat ou code social. En principe, l'éthique exige idéalement de dépasser le cadre légal pour tendre vers le Bien; la démarche est alors volontaire. Schématiquement, l'éthique se situe soit en amont ou au niveau supérieur dans la hiérarchie des normes, d'où la création de comités d'éthique (exemple de la bioéthique), soit en parallèle des normes existantes, sans cloison étanche, dans l'objectif de compléter les dispositifs existants. « A chacun sa morale » (Minc, 1990, p.271)³⁵⁴.

Le drame de la Shoah a ébranlé à jamais la foi dans le progrès ou d'un humanisme allant de soi (Worms, 2008, p.14). L'application du principe de précaution est ainsi aujourd'hui revendiquée au nom d'une certaine éthique de la science, et par voie de conséquence, d'une fonction prophylactique du droit, c'est-à-dire au regard de sa finalité : l'humain. Quelles valeurs attribuer alors à l'être humain ? En cas de crainte d'un dommage irréversible pour l'homme, dans une zone d'incertitude scientifique (Lepage et Guery, 2001, p.107s.), il convient de lancer des expertises, poursuivre les recherches et, en tout état de cause, s'abstenir de mettre par exemple un produit sur le marché, qui ne présenterait pas toutes les garanties nécessaires pour la préservation de l'environnement et de la santé. C'est à l'homme de prendre des décisions et son destin en main. Il peut être guidé par sa foi ou justement une

³⁵³ Mouchot Cl., Approches de l'attitude éthique, de la liberté personnelle au conflit social, http://lyon-ethique.org/IMG/pdf/01_Approches_de_l_attit_et_.pdf

³⁵⁴ Également H. Mintzberg, « le pouvoir dans les organisations », Ed.Organisation 1986 et M.Crozier, « Le phénomène bureaucratique », Ed. Seuil Paris, 1963; « Le crépuscule du devoir » Lipovetsky, Gallimard, 1992...

certaine éthique. En paraphrasant André Malraux, on pourrait dire que le XXIème siècle sera éthique ou ne sera pas... Mais en fonction de quelles normes ? En fonction de quelle éthique ?

Chapitre 1. De la norme éthique à l'éthique de la norme : le dilemme de la Norme ISO 26000

« Être une norme ou ne pas une norme ? Telle est la question... »

La responsabilité sociétale des organisations représentait une frontière pour la normalisation (Mazeau, 2012), mais l'Organisation Internationale de Standardisation (ISO) a réussi le pari impossible de la franchir, en publiant, le 1^{er} novembre 2010, la Norme ISO 26000, « Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale ».

Les qualificatifs n'ont pas manqué pour caractériser ces lignes mais la question de savoir si cette norme était de nature éthique est restée volontairement en suspens, voire taboue. Était-ce parce que la RSE était une « religion avec trop de prêtres » (Acquier, Gond et Igalens, 2010) et qu'il convenait de « démoraliser la responsabilité sociale » ? (Benseddik, 2006) ou, au contraire, parce que la quête de spiritualité managériale achoppe devant l'absence de valeur morale du capitalisme (Comte-Sponville, 2004) ?

Didier Gauthier, l'ancien Président de la commission de la normalisation française DDRS (« Développement Durable – Responsabilité Sociétale »), déclarait lors d'un entretien, peu avant la publication de la Norme, qu'un des risques majeurs de la Norme ISO 26000 naîtrait de positions idéologiques qui lui confèreraient une forme de « rigidité morale », de connotation dogmatique, sous couvert d'une prétention à l'universalisme d'une approche éthique³⁵⁵.

Sauf à vouloir être impertinents, il ne fallait donc pas tenter d'ouvrir la boîte de Pandore. Mais derrière les maux, il y a encore des mots et dans ces mots, il y a du sens, qu'aucun scientifique, un peu curieux de nature, ne peut renoncer à chercher. Peu importe la mise en garde pour tous ceux qui s'exposeraient à escalader la face cachée de l'ISO 26000, peu importe la pertinence des réponses apportées, ce qui importe c'est de démontrer la pertinence de la question.

Le silence « assourdissant » de la littérature sur l'éthique dans la Norme ISO 26000 témoigne de cette défiance largement partagée vis-à-vis de ce sujet, par crainte de tomber dans la

³⁵⁵ www.afnor.org/content/download/17521/131480

subjectivité et la partialité et, surtout, de peur de heurter les écueils idéologiques et religieux. Mais il ne résiste pas à l'examen.

La définition de la responsabilité sociétale comporte le mot « éthique ». Le « comportement éthique » est même l'un des piliers, puisqu'il figure parmi les sept principes d'action. Paradoxalement, dans le lexique, le terme « éthique » est escamoté au profit d'une définition plus pragmatique du « comportement éthique », en cohérence avec « les normes internationales de comportement ». Au substantif, les rédacteurs ont préféré l'épithète. Mais une approche comportementaliste, privilégiée par rapport à une approche cognitive, permet-elle une meilleure compréhension de la responsabilité sociétale et de l'éthique qui l'anime ?

En revenant sur différentes acceptions de la norme et de l'éthique, nous montrerons que la rédaction d'une norme de comportement éthique, par des organismes de normalisation privée, même s'ils s'en défendent, est loin d'être neutre. Au-delà des subtilités de langage, et quelle que soit la posture adoptée, il nous appartient de mettre en lumière la place de l'éthique, qui n'est point supplétive de volonté, mais bien au contraire d'application subsidiaire dans la Norme ISO 26000, ce qui conforte le socle de valeurs adoptées, fondé sur l'axiologie des droits de l'Homme, et renforce l'idée d'une norme de nature plus éthique que technique.

Notre démarche est une confrontation des différents sens du mot éthique pour mieux comprendre l'ambition des rédacteurs de la Norme. Elle s'appuie à la fois sur l'exégèse des discours, du contenu même du texte de la norme, mais également, sur la découverte de l'implicite de cette norme. Au-delà de l'analyse lexicale, c'est une réflexion d'ensemble sur les enjeux éthiques de cette nouvelle forme de norme et, plus largement, de la normalisation, à travers les négociations internationales qui ont présidé à son élaboration, entre producteurs privés et publics de normes. Notre point de vue n'est pas une critique ou une validation par rapport à une école en particulier, car les références à l'éthique dans la Norme ISO 26000 sont volontairement multiples donc divergentes, souvent masquées et par conséquent ambiguës.

Nous proposons une analyse des dilemmes éthiques qui se sont posés aux rédacteurs d'une norme sociétale et la façon dont ils ont été surmontés par une éthique plurielle de la norme appliquée à l'ISO 26000, tout à fait originale, mais non moins contraignante, quant à la sémantique retenue. Ce dernier point retiendra toute notre attention, car il est, à notre sens, la conséquence directe de la résistance à la tentation éthique.

La première norme internationale relative à la RSO a créé l'utopie d'une norme éthique (1.). Aussi audacieuse fut l'aventure, celle-ci n'en démontre pas moins le besoin ontologique, face aux enjeux du développement durable, d'une terminologie commune sur la responsabilité

sociétale des organisations, du développement des droits de l'Homme ou plus largement d'une nouvelle éthique de la normalisation en matière sociale ou sociétale (2.).

Section 1. L'utopie d'une norme éthique

Plus qu'un sujet politique, la responsabilité sociétale est une question éthique. Et le principal dilemme n'est pas de savoir si la certification est autorisée mais si la normalisation de la l'éthique a un sens. Il convient de vérifier que « norme éthique » n'est pas un oxymore, à la différence de la normalisation de l'éthique, pour expliquer cette métanorme comme manifestation innovante de l'éthique de la RSO et le choix délibéré de norme de « comportement éthique » par les rédacteurs de la Norme ISO 26000.

Sous-section 1. Norme éthique ou normalisation de l'éthique ?

L'articulation de la Norme ISO 26000 avec le droit a été étudiée : si les interactions sont nombreuses, parfois troublantes, elles ne permettent pas, d'emblée, de qualifier celle-ci de norme juridique. Tantôt nous pouvons décrypter une « complémentarité vertueuse », tantôt une « combinaison hasardeuse » (Robin-Olivier, 2011) entre cette référence d'origine privée reconnue internationalement et les normes participant du « droit souple » (*soft law*). Il serait, à l'inverse, excessif de l'exclure du champ juridique : quoiqu'« elle ne soit pas destinée à être citée comme une preuve de l'évolution du droit coutumier international »³⁵⁶, la Norme ISO 26000 porte en elle tous « les germes d'une coutume générale, volontairement conçue *erga omnes*, ou d'usages internationaux subséquents » (Cadet, 2010a p.433). Sur le terrain du droit, la question de savoir si la Norme ISO 26000 est une norme éthique par opposition à une règle juridique demeure donc pleine et entière.

Certes, les normes privées n'ont pas vocation, *a priori*, à supplanter les normes publiques, nationales ou internationales, car elles leur sont, en principe, soumises. Cette hiérarchie des normes est rappelée dans l'ISO 26000, norme privée internationale, par l'interdiction formelle et matérielle de substitution aux règles étatiques³⁵⁷.

Or, dans le texte même de la Norme, on découvre sur la toute première page, avant la liste des experts, un encouragement donné aux organisations par l'ISO d'aller au-delà la loi ; puis, dans le tout premier encadré n°1 (p.19), on peut également lire que « dans quelques pays, certaines recommandations de la Norme ISO 26000 sont intégrées dans la législation, elles ont donc force de loi » ; et enfin, puisque la Norme ISO 26000 a sélectionné, parmi les textes

³⁵⁶ NF/ISO 26000, p.1

³⁵⁷ Intro, p.viii et art. 2.12, note 1

internationaux, des références qu'elle fait siennes (70 conventions de l'OIT, 45 textes relevant de l'ONU), ses promoteurs invitent même les politiques publiques à s'inspirer de la Norme³⁵⁸. Le risque de « fongibilité » des normes publiques et des normes privées peut, en l'espèce, engendrer bien des confusions, et surtout, une inversion de la perspective (V. Partie 2, le risque d'ISO 26000 *washing*).

Le phénomène n'est pas nouveau. Il s'est seulement amplifié à la faveur des Etats ou, plus exactement, en raison de leur défaillance. Dans le domaine technique, la normalisation a été un vecteur de la standardisation industrielle (Igalens et Penan, 1994 ; Rouland, 2004): les lois et règlements n'ont fait, en la matière, que se référer aux règles de l'art puis ont entériné les évolutions technologiques, venues d'initiatives privées, qui demeuraient un processus volontaire.

Avec les directives « nouvelle approche », l'Union européenne a, dans le but de favoriser la libre circulation des biens, exigé que les normes techniques de sécurité, ou tout autre portant des exigences d'intérêt collectif, soient harmonisées. Les partenariats privés-publics ont alors été jugés nécessaires, puis incontournables, non sans ambiguïté dans les relations. En outre, l'objet de la norme privée avait glissé : d'essence purement technique, la normalisation privée pouvait désormais s'immiscer dans des matières relevant en principe exclusivement de la loi ou du règlement, dès lors que « l'intérêt collectif » était en jeu. Ainsi, au cours des dernières décennies, sous couvert de « gouvernance », les autorités publiques ont laissé place à d'autres acteurs dans la définition des normes, non seulement techniques, mais organisationnelles et également sociales (Gendron, 2010). L'internormativité savamment orchestrée est même recommandée³⁵⁹. La norme technique prend alors le pas sur le droit dur.

De la complémentarité à la suppléance, s'est alors instaurée progressivement une véritable coconstruction des normes, quel qu'en soit le domaine, au point que la normalisation privée est aujourd'hui reconnue, en France, comme contribuant à effectuer une mission d'« intérêt général »³⁶⁰. Mais, hisser les normes privées au rang des normes d'intérêt général n'est pas toujours exempt de risque de concurrence. Les enjeux sont très clairement commerciaux, économiques et financiers.

Devant la croissance exponentielle de la normalisation privée, l'Organisation Mondiale du Commerce, institution gouvernementale publique, a dû réagir et fixer la liste des normes admises dans le cadre des Accords OTC (Obstacles Techniques au Commerce). Le terme

³⁵⁸ Domaine p.1-2

³⁵⁹ Etude annuelle du Conseil d'Etat, 2013, proposition 4, p.194.

³⁶⁰ Décret n° 2009-697 relatif à la normalisation, JORF n° 0138 du 17 juin 2009, p. 9860, texte n° 6

« obstacle » est d'ailleurs révélateur : loin d'être toujours des standards de qualité ou des moyens d'améliorer la satisfaction des clients, les normes privées, y compris les règlements techniques et les procédures d'évaluation de la conformité, ont largement remplacé le rôle joué par les MNT (Mesures Non Tarifaires) que l'OMC s'évertue à éliminer parce que leur utilisation abusive peut conduire à des restrictions des échanges commerciaux. Les pays membres de l'OMC ont ainsi convenu que l'élaboration de normes internationales doit être un processus transparent, ouvert, impartial et fondé sur le principe du consensus³⁶¹.

La Norme ISO 26000, par son dispositif exceptionnel de gouvernance, son ouverture, sa recherche de compromis exemplaire, remplissait toutes les conditions requises pour être admise comme norme fondée sur le principe du consensus. L'OMC ne pouvait, à ce titre, la refuser. Mais, la crainte que cette norme très ambitieuse, portant sur un objet socioéconomique, puisse être utilisée comme barrière au commerce a incité de nombreux pays (dont les Etats-Unis, le Canada, la Chine, l'Inde, les Philippines ou la Malaisie) à exiger que soit mentionnée expressément dans le texte de la norme une interdiction formelle de servir de base à une clause des accords de Marrakech (Art.1, p.1).

Les arguments n'ont alors pas manqué pour justifier cette exclusion, considérée comme la plus grande défaite de l'ISO durant le processus d'élaboration de la norme, et son corollaire, l'interdiction de la certification, afin de ne pas pénaliser les pays pauvres ou émergents avec des labellisations trop coûteuses, parfois véritables freins au commerce.

Pour certains auteurs, la responsabilité sociale est une question trop politique pour qu'un organisme privé, comme l'ISO, soit légitime pour apporter des réponses de nature politique. Et d'en conclure que la Norme ISO 26000 ne serait pas de nature technique mais politique (Igalens et Jonquières, 2009, Capron *et alii*, 2010). Mais combien de normes ont cette double fonction, à la fois de technique d'arpentage et outil juridique d'arbitrage (Supiot, 2005, p.86)? La normalisation est un nouvel outil des politiques de développement durable (Apied, 2012), en d'autres termes, un moyen politique de régulation économique ou sociale. L'opposition entre technique et politique est aujourd'hui dépassée.

Pour d'autres, l'ISO ne serait pas légitime pour traiter d'un sujet politique, parce qu'elle est un organisme de normalisation technique qui profite des instances de certification et des activités connexes ; l'accès à la Norme ISO 26000 est, en outre,

³⁶¹ Décision sur les principes devant régir l'élaboration de normes, guides et recommandations internationaux en rapport avec les articles 2 et 5 et l'annexe 3 de l'Accord OTC, figurant dans l'annexe B du document G/TBT/1/rev.10, cité par P. Lamy (juillet 2012), « L'OMC et les normes internationales », Revue responsabilité & Environnement, n°67, p.10

payant, à la différence de la loi. C'est notamment la position de M. Adam Greene, Vice-Président de la Commission pour les questions du travail et la responsabilité sociale de l'USCIB (*U.S. Council for International Business*), représentant de l'OIE (Organisation Internationale des Employeurs) au sein du groupe de travail de l'ISO sur la responsabilité sociale, où il présidait le groupe des partenaires industriels. Il rappelle que le débat sur la certification continue parce que la question de savoir si la responsabilité sociale peut être normalisée n'est pas résolue³⁶². Son interrogation est très juste. Mais son postulat est captieux. L'ISO a, jusqu'à présent, produit plus de 19 000 normes, mais toutes ne sont pas assorties de la certification. Liée aux activités économiques, sa mission est large et répond à des problématiques de société : la normalisation, à tort ou à raison, n'est plus cantonnée aux domaines techniques, *stricto sensu* ; elle porte sur des produits, des procédés et des processus (Mertz, 2001). La montée en puissance des normes du système de management en atteste. La Norme ISO 26000 est, quant à elle, une norme de gouvernance, c'est-à-dire qui porte sur « le système de direction et de contrôle des entreprises et comme un ensemble de relations entre la direction de l'entreprise, son conseil d'administration, ses actionnaires et ses autres parties prenantes »³⁶³, en l'occurrence étendue à toute forme d'organisation hormis les Etats : ces lignes directrices sont donc bien politiques.

A l'inverse, sous couvert de technique, certaines normes ne représentent qu'un enjeu de pouvoir aux conséquences financières non négligeables. Comment se méprendre, par exemple, sur les visées stratégiques des cabinets d'expertises comptables, particulièrement intéressés à obtenir des pouvoirs publics français, le monopole de vérification des données dites extrafinancières auprès du COFRAC (Comité Français d'Accréditation) par le truchement de la norme ISAE 3000, réservée à l'usage exclusif de cette profession? La nature purement technique de certaines normes issues de producteurs privés n'est pas une garantie contre un usage politique déviant.

En résumé, quel que soit le point de vue des auteurs, que les lignes directrices de l'ISO26000 se rangent parmi les normes techniques, quoique les rédacteurs aient pris le soin d'indiquer qu'elles n'entraient pas dans la catégorie des normes de système de management, ou, au contraire, qu'elles constituent essentiellement une norme sociopolitique (Helfrich, 2010, 2011) ou encore un modèle normatif hybride, sociotechnique, ne permet pas de répondre à la

³⁶² http://www.ioe-emp.org/fileadmin/ioe_documents/publications/Policy%20Areas/csr/FR/2012-11-12_G-125_Bulletin_RSE_No_3_FR.pdf

³⁶³ Commission européenne, 5 avril 2011 (COM, 2011, 164, final) Livre Vert : le Code de la gouvernance d'entreprise dans l'Union européenne.

question de la certification : c'est, à cet égard, un faux débat. La réflexion sur la fonction de la norme a pris le pas sur la recherche de sa véritable nature, parce que celle-ci dépend, en définitive, exclusivement de son objet. La RSO est une responsabilité globale qui appelle une norme d'une autre dimension.

Sous-section 2. Une métanorme, traduction de l'éthique de la RSO

La responsabilité sociale des organisations est une question juridique, politique et philosophique qui peut être examinée sous l'angle économique, social ou moral (Ricoeur, 1995, Kirat, 2003) ; elle n'est, par conséquent, le monopole d'aucune partie prenante. Les consommateurs se sont adressés à l'ISO : leur démarche est pertinente puisque l'ISO a le pouvoir de créer des normes reconnues au niveau international. Les normes sociales émanent de nombreux organismes publics (OIT, ONU, UE) mais également privés (CERES, SAI...) ; la légitimité de l'ISO, quoiqu'organisation privée, n'est donc pas en cause. Au contraire, l'Union européenne conforte cette légitimité en reconnaissant formellement la Norme ISO 26000, et, en recommandant aux entreprises de s'appuyer sur cette norme, à plusieurs reprises³⁶⁴.

En revanche, c'est parce que l'objet même de la Norme ISO 26000 est avant tout moral, qu'il résiste à toute tentative de normalisation. La frontière est matérielle, non formelle. Et d'ailleurs, l'ISO ne l'a pas réellement franchie car il ne s'agit que de lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale, pas d'une norme de conformité : aucune exigence, autre que morale, ne figure à proprement parler dans le texte. La RSE se définissant comme « un concept qui désigne l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes » (Livre Vert UE, 2001), il n'existe pas d'obligation légale à agir.

L'éthique, « *ersatz* » de la morale, n'apporte guère plus de moyens de résoudre la difficulté, leur sens étant étymologiquement identique (Ballet, de Bry *et alii*, 2011, p.27) : l'éthique est définie comme la science des mœurs ou morale³⁶⁵. Pour autant, une doctrine³⁶⁶ avisée tente de les opposer en philosophie. Mais cette opposition artificielle (V. Partie 1, Titre 1) ne permet pas d'avoir une vision claire de la Norme ISO 26000, qui relève tout autant d'enjeux moraux

³⁶⁴ « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 » COM (2011) 681 final,

³⁶⁵ Dictionnaire Quillet de la langue française

³⁶⁶ Nous conservons ici à dessein le terme doctrine, la querelle étant de nature plus idéologique que scientifique.

qu'éthiques, quoique celle-ci ait rejeté le moralisme, en perte de légitimité, et, refusé de définir précisément l'éthique, sujet jugé trop sensible du fait de leur proximité originelle.

Plus grave, la tentation est alors grande de fonder une éthique sans fondement (Morin, 2004, p.23), où, par une inversion des valeurs, la pratique devient la référence. Mais comment opposer l'éthique d'un guide de bonnes pratiques de responsabilité sociétale à la morale, quand les références internationales sous-jacentes sont choisies, au motif même de leur reconnaissance ou de leur vocation universelle ?

Lors des travaux de négociations au sein de l'ISO, la dialectique française suivante a été proposée par Isabelle Blaes (2006): « Le développement durable est à la responsabilité sociétale ce que la morale est à l'éthique »³⁶⁷. Or, la conception européenne qui privilégie la contribution au développement durable l'a emportée sur la vision américaine du *business ethics*. Ainsi, la recherche d'une optimisation de la contribution des organisations au développement durable, s'est imposée dans le schéma de la Norme ISO 26000, qui, de ce fait, relève également d'une approche téléologique. Car le développement durable est un concept éthique macroéconomique qui prône la solidarité intergénérationnelle et prétend que les profits mondiaux seront mieux résolus si l'on s'efforce d'intégrer le plus en amont possible les volets économiques, sociaux et environnementaux (Laget, 2009, p.37; Laville, 2009, p.60).

L'antilogie artificielle entre éthique et morale est donc, à plus d'un titre, dépassée. Nous sommes bien dans la lignée d'Aristote dont les premières réflexions morales portaient sur l'économie et l'éthique (Cardot, 2006, p.8).

Et pour autant, parce qu'ayant abandonné l'idée même d'une norme éthique, eu égard aux risques encourus d'une confusion avec la spiritualité religieuse ou théologie morale, les concepteurs de la norme ont, en effet, esquivé le dilemme.

Quoiqu'il en soit, la doctrine démontre que la réflexion éthique en entreprise est au cœur de la responsabilité sociale de l'entreprise vis-à-vis de ses parties prenantes (Mercier, 1999, Cardot, 2006, Lépineux *et alii*, 2010, Falise et Régnier, 1992) quand elle n'en est pas à l'origine (Ballet, de Bry *et alii*, 2011, Capron et Quairel-Lanoizelée, 2010). C'est en fait la recherche d'une éthique appliquée à la gestion (Russ, 1995).

L'éthique des organisations, quant à elle, la « déontologie » (Bentham, 1834, 2006), formée de deux termes grecs, *deon* et *logos*, signifie les règles de conduite dans une profession

³⁶⁷ Centre International de Ressources et d'Innovation pour le Développement Durable http://www.un.org/esa/sustdev/csd/csd15/lc/nsdsfrench_isabelle.pdf

(Arnsperger et Van Parijs, 2003, p.48). Elle est issue de la pratique. C'est ce que les Anglo-Saxons appellent *business ethics*.

Deux approches de l'éthique se distinguent, qui correspondent à des formes de responsabilité différentes. L'une s'attache aux visées de l'éthique ; l'autre aux moyens employés pour parvenir à ses fins.

Deux courants principaux dans la littérature relèvent de l'approche téléologique : le courant philosophique classique et le courant utilitariste. Le courant philosophique classique dont relèvent Aristote, Platon, Kant, Pascal, et plus récemment Sartre ou Foucault, présente le bonheur comme une finalité personnelle. Les satisfactions matérielles ou physiques ne sont que des intermédiaires inutiles. L'éthique est un comportement moral qui peut conduire au sacrifice au profit d'autrui.

L'approche utilitariste présente aussi le bonheur comme une fin en soi, selon Rawls, Bentham, Mill ou Nozick, ces deux derniers auteurs confiant un rôle minimal d'intervention à l'Etat (Özer, 1998, p.152 et 205). Mais la méthode pour y accéder relève de l'utilisation des connaissances scientifiques et technologiques disponibles. La recherche de ce niveau de bien-être n'exclut pas des conséquences sur l'Autre puisque le meilleur choix collectif est celui qui maximise la somme des utilités individuelles. Mais il n'est pas prouvé que l'agrégation des préférences individuelles, ou la loi de la majorité, est un choix rationnel. Selon Rawls ou encore le principe de Pareto (20/80), on devait même admettre le postulat des inégalités sociales ; mais seul Rawls corrige les bases, par une justice de la répartition, par le truchement d'un contrat social sur les structures étatiques adéquates (Rawls, 1987, p.91-92, 235, 315-320). Pour un choix éthique, il faut avant tout définir l'objectif et les valeurs : la liberté individuelle est donc une responsabilité sociale (Sen, 2003, p.17, 43 et 95).

Chez les classiques et les utilitaristes, l'individu demeure toutefois en amont de l'économie.

Dans l'éthique des affaires, au contraire, les règles du marché sont posées comme un invariant et dominant par rapport à l'individu. Elles représentent un espace de liberté dans lequel une part de décision est laissée au libre arbitre de l'acteur. Il ne peut donc y avoir d'éthique au détriment de la performance économique. La doctrine a, de ce postulat, remis en cause l'idée même d'éthique d'entreprise ou dans les entreprises, iconoclaste, incompatible, voire subversive : Friedman, le premier (1962), a affirmé que le profit était l'unique finalité de l'entreprise. Suivi par d'autres philosophes comme Compté-Sponville, Etchegoyen, Stilglitz,

Pastre et Vigier³⁶⁸ ou les libéraux qui, soit excluent cette question du champ de l'univers capitaliste, soit considèrent qu'une « main invisible » se charge de régler l'offre et la demande sur les marchés mondiaux.

Puis sont venus les philosophes qui n'ont pas remis en cause la nécessité de l'éthique dans le monde économique, mais considèrent que l'éthique d'entreprise n'est jamais qu'une éthique appliquée (Russ, 1995, p.114) ou que l'entreprise est un champ d'études relevant de l'économie, du droit ou de la gestion (Boyer, 2002), donc ôtant toute spécificité à l'éthique d'entreprise.

L'éthique des affaires relève en effet exclusivement de l'approche déontologique pour combiner éthique des moyens et performance économique, sans laquelle l'entreprise n'existe plus : la viabilité de l'entreprise comme créatrice de valeurs, de richesses et d'emplois symbolise le seuil minimal de l'éthique des affaires. Les règles sont formalisées dans un code de déontologie (Mercier 2004, p.78) ou un code éthique (Ballet, de Bry et *alii*, 2011, p.367s.) ou encore des normes éthiques.

Loin de partir de rien, comme on voudrait le faire accroire de nos jours en vertu d'un volontarisme radical, la Norme ISO 26000 comporte une base éthique, qui la précède. Et de fait, l'éthique est omniprésente dans la Norme ISO 26000. Plus de quarante occurrences, dans un texte d'environ 140 pages dans la version française, se réfèrent expressément à l'éthique. Mais de quelle éthique s'agit-il ?

La responsabilité sociale de l'entreprise et la morale sont parfois si antithétiques que certains auteurs n'hésitent pas à qualifier l'association d'oxymore, rappelant la barrière épistémologique infranchissable formulée par Hume (Lépineux *et alii*, 2010, p.18-19). Entre suspicion d'hypocrisie et tentative de manipulation (Maréchal, 2006, p.379), les exemples tirés des scandales financiers ne manquent pas pour étayer cette thèse : le *business ethics* ou la morale dans les affaires font aujourd'hui office de repoussoir. L'entreprise étant perçue par un courant libéral dominant, ou néolibéral, exclusivement sous l'angle économique (Friedman, 1962, Stiglitz, 2003), une seule responsabilité incomberait par conséquent aux entreprises : la recherche de bénéfices économiques. L'idéologie actionnariale lui fait écho.

La réflexion critique concernant la responsabilité « sociale » de l'entreprise a été occultée par cette forme d'éthique économique minimaliste, notamment en Europe, au point de dénier tout intérêt à des formes de RSE implicite dans la première moitié du XXème siècle (Duhamel et

³⁶⁸ Titre éloquent de leur ouvrage respectivement : « Le capitalisme est-il moral ? », « La valse des éthiques », « Quand le capitalisme perd la tête », « Le capitalisme déboussolé »...

Mouelhi, 2001), assimilée au paternalisme (Ballet, de Bry et *alii*, 2011, p.35-76) ou absorbée par d'autres matières (droit social, sociologie du travail) portées par le courant socialiste.

Or, on cherchera vainement dans la Norme ISO 26000 des éléments d'ordre économique. Un seul encadré d'une page dresse la liste des bénéfiques en matière de performance sociétale. Les effets positifs économiques ne sont pas même évoqués sinon en filigrane ou très indirectement. Est-ce un hasard si ces lignes directrices ne citent pas dans le titre de la norme, l'objet précis de la responsabilité ? De RSE (Responsabilité Sociale de l'Entreprise), le concept a évolué en RS (responsabilité sociétale)? Pas davantage le titre de la version anglaise (« *Guidance on Social Responsibility* ») ne donne plus d'éléments pour expliquer le passage de la CSR (*Corporate Social Responsibility*) à la SR : neutralité, compromis, extension du concept à toute forme d'organisation ? Ou stratégie d'évitement face à un couple irréconciliable (Perez, 2005, p.33) ?

C'est pourtant bien tout l'enjeu de l'éthique des affaires sur laquelle repose les idéologies de notre temps : comment assurer la mise en compatibilité du raisonnement moral avec la rationalité économique ? Mais la Norme ISO 26000 laisse aux organisations le soin de concilier ses deux rationalités faisant le choix de ne traiter de la responsabilité sociétale que sous l'angle du comportement éthique³⁶⁹.

Deux omissions successives ne peuvent constituer une coïncidence. Le pari est risqué mais il a le mérite d'éviter le piège du parti pris, en ne choisissant, ni le volet économique (entreprise) ni l'éthique (ou morale) des affaires, mais une troisième voie ouverte à toute forme d'organisation, sans référence à une éthique en particulier. Face à l'ambiguïté fondamentale de l'éthique des affaires (Arnsperger et Van Parijs³⁷⁰, 2003 ; Sachet-Milliat, 2010, Swaton, 2011), les rédacteurs de l'ISO 26000 ont opté effectivement pour approche « behavioriste » (*ethical behavior*). Mais cette approche lève-t-elle toute l'ambiguïté sur la nature de la Norme ?

Sous-section 3. Norme de comportement éthique

La Norme ISO 26000 définit le comportement éthique comme « un comportement conforme aux principes acceptés d'une conduite juste ou bonne dans le contexte d'une situation particulière, et en cohérence avec les normes internationales de comportement (article 2.7) ». L'impossible traduction du terme « éthique » n'est néanmoins pas rédhibitoire. A l'éthique,

³⁶⁹ Le guide de la performance globale SD 21000, précurseur de la Norme ISO 26000, n'était pas allé aussi loin : il n'avait pas osé renoncer au pilier économique.

³⁷⁰ Cet auteur n'hésite pas à employer le terme de « trilemme éthique »

les rédacteurs substituent une définition des principes moraux et de l'éthique normative : le respect de « normes internationales de comportement », est effectivement une catégorie créée de toutes pièces pour les besoins de la diplomatie internationale, située entre les normes juridiques (considérées parfois comme trop contraignantes) et les Droits de l'Homme (normes éthiques universelles). Il n'est donc pas sûr que cette épithète soit plus neutre³⁷¹.

Celui-ci est fondé sur certaines valeurs : « l'honnêteté, l'équité et l'intégrité » (article 4.4) et il convient de le traduire dans la gouvernance, les standards adoptés des organisations qu'elles doivent communiquer et promouvoir, notamment dans les pays où la réglementation locale n'existe pas, ou pour servir en cas de conflits d'intérêts, à titre de prévention et de contrôle (même article). Il s'agit bien là de préceptes moraux, sans pour autant de référence précise à une philosophie morale, auxquels s'ajoute une éthique légaliste implicite.

Dans le système des valeurs établi, la norme prend ici le relais en cas de carence de l'Etat. Cette règle de conduite représente véritablement « l'ascenseur conceptuel de l'isomorphisme, métaphore paradigmatique » (Savall, 2012, p.18) : elle explique les tensions récentes dans les relations de l'ISO avec l'OIT³⁷², qui interprète cette montée en puissance de l'ISO dans la gouvernance publique comme une menace pour le droit international du travail voire une forme de régression du droit. Effectivement laisser aux organisations le choix d'adopter un comportement éthique conforme au droit international, dans certains pays, c'est inverser la hiérarchie des normes. La norme juridique devient, par ce tour de prestidigitation, facultative dès lors que l'entreprise peut ne pas vouloir être éthique et responsable. Mais le Pacte Mondial des Nations Unies avait déjà ouvert la brèche en sélectionnant parmi les droits de l'Homme et les principales conventions de l'OIT des droits considérés comme plus impératifs que d'autres...

En France, et dans de nombreux pays se réclamant des droits de l'Homme, les « normes internationales de comportement » ont fait l'objet de très vifs débats (33 commentaires). Cette nouvelle catégorie de normes comprend le droit coutumier international et les principes généraux du droit international, de même que des traités ou accords reconnus universellement (article 2.11), le tout sans les nommer... sinon en bibliographie. Par cette référence allusive mais explicite à la Charte des droits de l'Homme, composée de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 et des deux Pactes conclus en 1966 (droits civils et politiques

³⁷¹ Par déviance, un certain nombre d'Etats (Chine, Inde, des pays musulmans...) ont ainsi proposé « le respect international des normes de comportement » plutôt que « le respect des normes internationales », remettant subtilement en cause la hiérarchie des normes internationales.

³⁷² Rapport Claude Revel, remis à Nicole Bricq, Ministre du commerce extérieur, (31 janvier 2013), « Développer une influence normative internationale stratégique pour la France », p.39

d'une part, droits économiques, sociaux et culturels de l'autre) et, également, aux huit conventions fondamentales de l'OIT identifiées dans la Déclaration de 1998, l'ISO réalise un véritable coup d'Etat sans coup d'éclat.

Pour contrer cette « révolution silencieuse » (Saisset, 2008), certaines parties prenantes ont tenté subtilement d'inverser les valeurs en proposant « le respect international des normes de comportement » plutôt que « le respect des normes internationales de comportement ». Cette remise en cause de la pyramide des normes de Kelsen, par une prévalence de la loi interne sur le droit international, a échoué, grâce notamment au travail du réseau de la francophonie. Mais il est assez piquant de noter que, outre les pays peu enclins à respecter les droits de l'Homme, ce sont surtout les représentants du monde industriel des pays occidentaux qui souhaitent, par déviance, supprimer « la conformité aux lois et la cohérence avec les normes internationales de comportement » voire ajouter « la conformité aux normes de comportement locales » (Hanquez, 2011, p.103). Mais ces propositions ont été jugées incompatibles. Et par application du principe philosophique de non-contradiction, c'est donc la proposition sur la conformité avec les normes internationales qui a été validée.

En outre, pour parer contre d'autres éventuelles dérives, les juristes ont su, en outre, imposer à Copenhague (mai 2010) le principe de légalité comme principe d'action. Le principe de légalité connaît la hiérarchie des normes que le simple respect de la loi ignore... c'est ainsi que la *soft law* fait son entrée dans la RSE. Dans les principes éthiques, le respect des règles juridiques est un préalable. La Norme ISO 26000 opère ainsi une véritable mise en cohérence des différentes approches de la RSE : la « redevabilité » comme traduction littérale de l'*accountability*, la transparence et le respect des intérêts de parties prenantes, si chers aux anglo-saxons, s'ajoutent à la démarche déontologique fondée sur la loi et les droits de l'Homme, issue du monde romain germanique.

Le comportement éthique (« conduite juste ou bonne ») opère la symbiose et sert de pivot : il complète l'édifice quand la référence aux normes de comportement ou aux droits de l'Homme directement n'est pas possible. Mais « les principes acceptés d'une conduite juste ou bonne » selon les contextes, sont très flous, subjectifs et relatifs. La rigueur n'est pas de mise : l'éclectisme prévaut pour que chacun puisse fixer sa propre ligne de conduite ou une éthique collective partagée. Il n'y pas de référence précise à une éthique en particulier. Cette métanorme est une manifestation innovante de l'éthique.

Toutefois, ces sept principes d'action sont finalement si fortement imbriqués que la liberté apparente qui prévaut en matière d'interprétation de ces lignes directrices semble reculer au profit d'une éthique normative. Le relativisme n'a plus sa place. L'éthique ou le droit ne

peuvent être écartés au profit d'interprétations trop subjectives : leur application n'est pas supplétive de volonté mais subsidiaire. « En réalité, la référence à une forme d'éthique est donc toujours implicite dans ces lignes directrices, à défaut d'être explicite » (Cadet, 2010a, p.413), comme une morale minimale (Ogien, 2007). L'éthique des affaires (*business ethics*) est devenue une composante de la RSE, voire son fondement (Pasquero, 2005, p.125) alors que ce courant récent de l'éthique considérait la RSE comme une composante de l'éthique des affaires.

Mais plus qu'une norme éthique, il s'agit en fait du déploiement de toute une éthique de la normalisation qui s'est glissée subrepticement au sein de l'ISO, organisme privé qui ne fonctionne pas, *a priori*, selon un processus démocratique.

Section 2. Éthique de la Norme ISO 26000

Poser la question de l'éthique de la Norme ISO 26000 revient en définitive à s'interroger aussi sur les finalités de la normalisation sociale ou sociétale. C'est très nettement la philosophie des droits de l'Homme et de l'éthique de la discussion qui dominant.

Sous-section 1. Éthique plurielle de la norme

Les lignes directrices de l'ISO 26000 ne dessinent pas un tracé, mais des tracés et, par voie de conséquence, aucun instrument de mesure des comportements n'est prévu. L'emploi du pluriel n'est pas anodin. Les organisations sont invitées par elles-mêmes à identifier leur propre responsabilité sociétale et à suivre une méthodologie pour intégrer, concrétiser et promouvoir un comportement responsable dans leur sphère d'influence par un dialogue constant avec leurs parties prenantes et à en rendre compte. Il n'y a pas de figure imposée mais un guide de bonnes pratiques (« *Guidance on social responsibility* »). L'éthique relevant de la conscience de chacun, les stratégies RS restent propres à leurs auteurs. La norme ne présente pas « la » ligne d'un parti unique ou d'une seule partie prenante : ni table, ni bible, ni temple dont l'ISO et ses comités membres seraient le gardien.

Car la Norme ISO 26000 est systématiquement et volontairement rédigée en des termes qui s'opposent à tout contrôle de conformité binaire. La terminologie de la norme révèle cette éthique, où la liberté prévaut. La formule consacrée, « il convient de », remplace l'expression, « il doit », pour bien montrer que l'exigence est posée en termes moraux et non légaux, quoique la norme n'exclut pas une reprise de ses recommandations par la législation lui conférant alors force de loi... Les normes morales et prescriptives sur le devoir-faire ont été

remplacées par des normes éthiques orientées sur le devoir-être. Les obligations de résultat ont fait place à des obligations de moyens.

De ce fait, cette norme, d'un genre nouveau, s'interdit tout jugement de valeur pour qualifier les comportements (Encadré 17, p.104). La seule déviance sanctionnée, en définitive, c'est la tentative de normalisation adossée à une certification et on observe que l'ISO exerce sa propre police morale sur l'usage de la norme par ses comités miroirs. Les Danois ont ainsi été priés, par l'ISO, de ne pas nommer une de leur norme, objet de certification, DS 26001, alors qu'elle est directement issue d'un chapitre de la Norme ISO 26000, pour éviter toute confusion et dérive. Cette rigueur contraste avec la liberté laissée aux entreprises dans l'interprétation et l'application de la Norme, sans contrôle externe de leur responsabilité sociétale, qui ne les engage que vis-à-vis d'elles-mêmes ou de leurs parties prenantes.

La certification est exclue à la fois parce que la codification de l'éthique est un non-sens, et parce que l'éthique, par définition, s'oppose justement à cette médiation. Peu importe que la norme soit d'origine publique ou privée. La crainte des remontrances des pouvoirs publics, doublés dans leurs prérogatives de contrôle et de sanction, est invoquée comme une menace, mais elle ne justifie pas, à elle seule, la position stricte de l'ISO. Des modèles d'autoévaluation ou d'autodéclaration, en Suède et aux Pays-Bas, se mettent en place, voire de pseudocertification (ex : AFAQ 26000 qui succède à l'AFAQ 1000NR).

La recherche de l'homéostasie avec les instances internationales, par un mécanisme de consultation permanent (intégration horizontale), mais surtout de mise en compatibilité des normes internationales de la RSE (intégration verticale), est bien plus féconde (Cadet 2010b). Par cet « encastrement symbolique » (Chanlat, 2007), l'ISO évite toute cacophonie : la Norme ISO 26000 demeure la norme de référence, en amont de toutes les autres. La définition de la responsabilité sociétale selon cette norme internationale est donc, « d'un point de vue philosophique, un progrès considérable dans l'élaboration et l'institutionnalisation d'une véritable éthique de la soutenabilité et de la coresponsabilité aux temps de la société globale du risque » (Vallaey, 2011, p.184).

Les enjeux du développement durable imposent une conception élargie de la responsabilité sociale et de la citoyenneté. La société civile et les générations futures deviennent *sujets* de droit ou du système normatif ; les entreprises personnes morales ont des devoirs à l'image des citoyens personnes physiques. Le brouillage normatif s'accompagne d'un nécessaire « brouillage ontologique » (Vallaey, 2011, p.69). L'éthique des lignes directrices de l'ISO 26000 est tout à la fois, appliquée et normative, et également d'ordre métaphysique.

Si la Norme ISO 26000 ne porte pas la qualification de norme éthique, elle relève assurément d'une éthique tout à fait singulière, reposant sur sept principes d'action qui, couplés avec les sept questions centrales, réalisent une véritable matrice d'une « métanorme » (Cadet, 2010a, 2010b). Répondant aux objectifs d'une responsabilité « globale » (Pesqueux, 2007b), cette norme se révèle « holistique », embrassant toutes les attentes sociétales dans sept questions centrales et elle s'est dotée d'une « méta-éthique » (Canto-Sperber et Ogien, 2010) fondée sur l'axiologie des droits de l'Homme.

Schéma simplifié de la norme ISO 26000

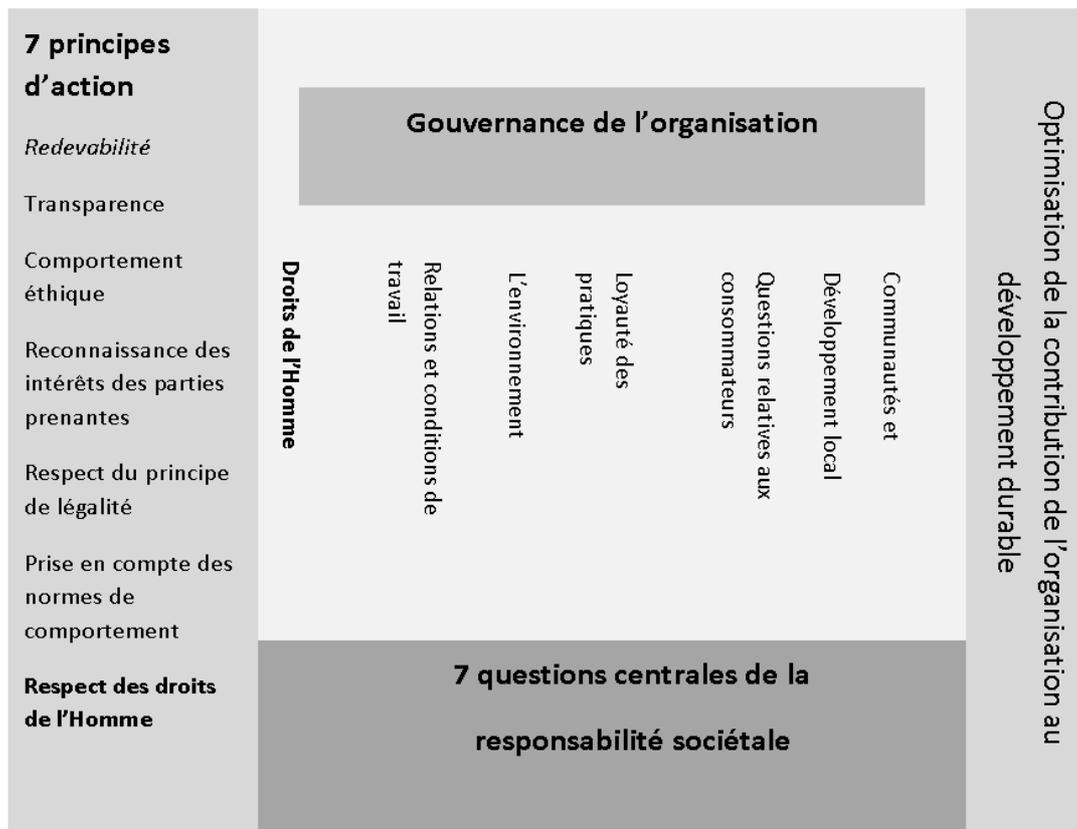


Figure 27 Vue d'ensemble simplifiée de la Norme ISO 26000

Sous-section 2. Éthique universelle des droits de l'Homme

Les droits de l'Homme, en effet, apparaissent à la fois comme principe d'action et question centrale, autrement dit comme moyen et comme finalité de la responsabilité sociétale à l'image de l'impératif catégorique de Kant³⁷³. L'ambassadeur de la bioéthique et de la RSE, Michel Doucin³⁷⁴, n'hésite pas à qualifier cette référence aux droits de l'Homme de « 4^{ème}

³⁷³ « Agis de telle sorte que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre toujours en même temps comme une fin et jamais simplement comme moyen »

³⁷⁴ Doucin M. (4 juillet 2011), Intervention à l'AG de l'ORSE

pilier de la RSE » (V. ci-dessous chapitre 2). Il distingue effectivement quatre piliers dans la RSE (l'environnement, le social ou droit du travail, le sociétal ou société civile/communautés locale et les Droits de l'Homme).

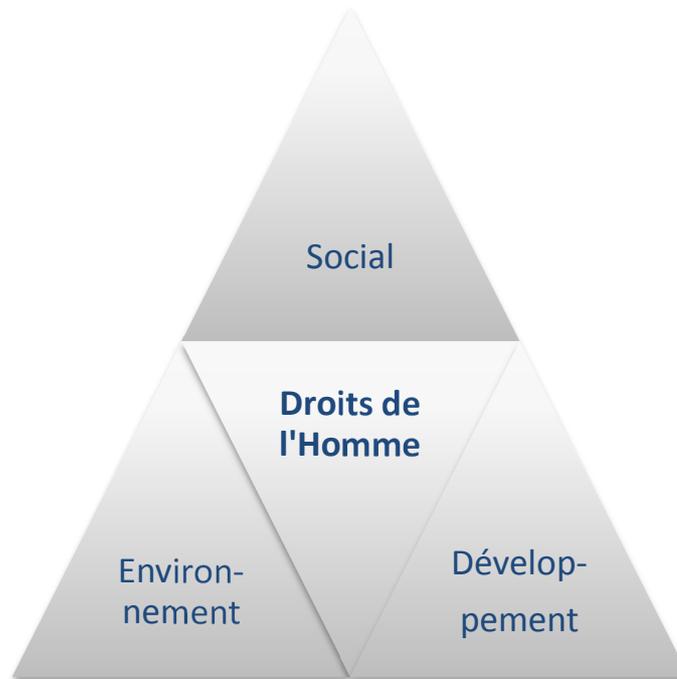


Figure 28 L'évolution du concept normatif de RSE

Le pilier social ou sociétal de la RSE existait déjà dans la présentation schématique du développement durable des « 3P » selon la pédagogie de l'éthique de Jacques Benoît « Personnes » (2005). En fait, ce qui est nouveau voire révolutionnaire, ce n'est pas tant la référence aux droits de l'Homme ou à l'humain mais la reconnaissance d'un *corpus* de normes internationales de comportement devenues opposables à toute entreprise, quel que soit son secteur d'activité ou sa taille, et quelles que soient les difficultés d'application dans certains pays, par le jeu de la « *due diligence* »³⁷⁵.

La Norme ISO 26000 inclut effectivement dans le comportement éthique les « normes internationales de comportement » (Droits de l'Homme, 8 Conventions de l'OIT...) Mieux ! Dans cette norme, les droits fondamentaux du travail se fondent dans la nomenclature des droits de l'Homme. « Dans cette perspective, les droits de l'Homme constituent l'axe, à la fois

³⁷⁵ Traduit par « devoir de vigilance » : démarche globale, proactive d'identification, visant à éviter et atténuer les impacts négatifs sociaux, environnementaux et économiques, réels et potentiels, qui résultent des décisions et activités d'une organisation sur tout le cycle de vie d'un de ses projets ou activités.

téléologique et déontologique, voire théologique, sans Dieu invoqué, sur lequel repose tout le système de gouvernance fondé sur le dialogue avec les parties prenantes. » (Cadet, 2010a, p.416 ; Ferry, 1996). Philippe Jestaz, (2005, p. 21), assimile les droits de l'Homme à une large forme de révélation et Alain Supiot (2005, p. 277-281) évoque un dogme.

A travers la Norme et la normalisation en général, la cible devient l'être humain, la personne humaine qui se construit en tant que sujet de droit (s), notamment dans les relations de travail. Les branches du droit, les systèmes de normes convergent vers un *jus cogens* fondé sur les droits de l'Homme. Le « social » (droit du travail, protection sociale) rejoint ainsi le « sociétal » (société civile, développement durable et droits de l'Homme). Ce dernier néologisme permet à la fois le consensus sur le terme *social* en anglais qui ne signifiait pas la même chose.

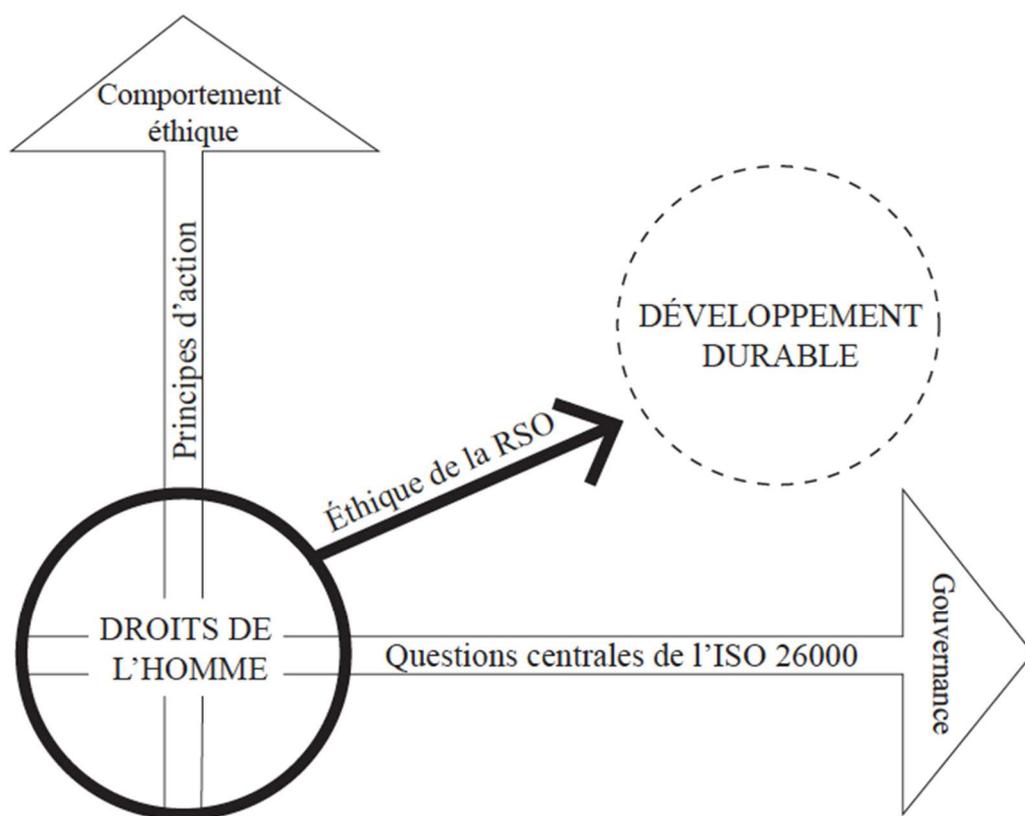


Figure 29 Ethique de la responsabilité sociétale selon la Norme ISO 26000

La responsabilité sociétale acquiert ainsi un « véritable statut éthique : cette responsabilité nouvelle est un devoir universel » et la Norme ISO 26000 « une vraie loi morale universalisable » (Valleys, 2011, p.186-187). La prétention à l'universalité provient tout

autant de l'objet (extension à toute forme d'organisation) que de la façon dont il a été façonné au niveau international, inter et intraorganisationnel.

Dans cette perspective, les droits de l'Homme constituent une nouvelle axiologie voire ontologie, sur lequel repose tout le système de gouvernance de la Norme ISO 26000 fondée sur le dialogue avec les parties prenantes pour contribuer au développement durable. C'est ainsi que la RSE devient une réponse aux défis sociétaux du XXIème siècle : elle pourrait être requalifiée, de Responsabilité Sociale Durablement Supportable (RSDS) car elle met l'humain au cœur du jugement (Savall & Zardet, 2003). La question de son inclusion harmonieuse avec le concept de développement durable est ouverte, par cette extension au sociétal via les droits de l'Homme.

A travers l'*ethos* des droits de l'Homme, on découvre une norme à la fois empreinte d'une juridicité croissante et très politique, avec cette tentation à l'universalisation. En confortant ce socle de valeurs occidentales, le choix est bel et bien éthique car la notion de « normes plus impératives que d'autres » (ou *jus cogens*) est juridiquement fragile du fait de l'absence de hiérarchie entre normes a priori de même valeur.

Cette éthique de la norme fondée sur des valeurs socialement acceptées par une grande majorité des comités membres de l'ISO est, de manière empirique, le fruit d'une éthique de la normalisation, réalisée par un consensus dialogique respectant le pluralisme culturel. L'ISO a ainsi gagné son autonomie politique : elle est entrée dans le jeu de la gouvernance mondiale, en interaction avec les Etats souverains, où elle est susceptible de participer à l'ordre normatif international (V. Partie 2, Chapitre 2, le risque de fongibilité). Cette ambition politique repose sur une forme d'éthique de la normalisation tout à fait spécifique.

Sous-section 3. Éthique de la normalisation

La légitimité de l'ISO a été de réaliser une norme écosystémique, associant toutes les parties prenantes et bien au-delà des consommateurs, qui en étaient à l'origine : des consultants, chercheurs, ONG, associations, représentants des gouvernements, syndicats, industriels ont appris à dépasser les intérêts particuliers de chacun pour avancer ensemble dans une stratégie de corégulation pour un développement soutenable.

En l'espace de cinq ans, un dispositif exceptionnel de gouvernance mis en place par l'ISO a permis de consulter 42 grandes organisations internationales, soit 400 experts et 200 observateurs dans 99 pays (dont 18 francophones), pour rédiger un texte en 5 langues qui a recueilli l'assentiment de 93% des votants. Une véritable démocratie participative et délibérative au niveau international s'est mise en place et les pays du Sud n'ont pas été laissés

pour compte : une vice-présidence a été accordée au Brésil et de nombreuses réunions ont eu lieu dans des pays émergents.

Dans cet espace de dialogue, l'ISO, comme acteur économique, s'est littéralement approprié la *res publica*, en obtenant finalement par la discussion, ce que les Etats obtiennent par la négociation. Sa force normative provient de la réalité du consensus obtenu par la mise en œuvre d'une gouvernance participative et délibérative multilatérale, avec une gestion concertée dans tout le processus décisionnel.

Et cette éthique de la discussion (au sens d'Habermas, 1992) perdure bien au-delà du Grenelle, puisque la commission française DDRS (Développement Durable et Responsabilité Sociétale) à l'AFNOR conserve l'esprit de la norme dans sa composition actuelle avec des améliorations, comme nouvelle éthique de la normalisation. On redécouvre alors dans cette pratique de l'intersubjectivité (Habermas, 1987, 1992), la spécificité de l'éthique comme implication de l'acteur, qui décide, choisit, promeut sa propre norme (1988, p.114), dans la droite ligne d'un Descartes (1596-1650) qui caractérise l'être humain dans toute sa subjectivité : *cogito, ergo sum...* En tout état de cause, il faut reconnaître que « l'agir collectif-cumulatif-technologique est d'un type nouveau par ses objets et par son ampleur et (...) il n'est plus éthiquement neutre » (Jonas, 1990, p.64). Une démarche collective se construit (Mione, 2006) et le gouvernement interroge aujourd'hui les parties prenantes du dispositif pour connaître leurs attentes, leurs apports et même le bénéfice qu'ils en ont retiré³⁷⁶.

Un nouveau contrat social privé se développe au sein de la démocratie étatique ou en parallèle : réplique ou alternative ? compétition ou coopération ?

Telle est bien la fonction du pouvoir constituant de l'ISO en matière de stratégie RS, à la fois proactive et interorganisationnelle : préciser les grands objectifs éthiques à réaliser par la norme voire par le droit, puisque la Norme ISO 26000 invite toute organisation à s'inspirer de ces lignes directrices (domaine d'application, p. 1 à 2). « Cela ne signifie pas que le pouvoir y trouve une justification d'ordre éthique, ce qui reviendrait à dire que toute norme énoncée est juste, mais que le pouvoir s'impose lui-même des limites et se trouve soumis au droit dans sa dimension matérielle » (Pierré-Caps, 2005, p.289 à 291; Chevallier, 1999, p.327). En contrepartie, le pouvoir gagne en légitimité, celle précisément qu'incarnent les valeurs

³⁷⁶ A ce titre, lire notre contribution au rapport sur « Les opportunités liées à l'implication des chercheurs universitaires dans la normalisation française », Rapport réalisé au nom du Collectif des chercheurs pour la Normalisation Française (mars 2013), avec le support du Ministère du redressement productif (Annexe 2).

proclamées par la Norme ISO 26000 et à la réalisation desquelles il se trouve associé par le moyen du droit (reconnaissance par les mesures de *soft law* préconisées par l'Union européenne par exemple).

Le pouvoir normatif de l'ISO provient justement de ce combat pour des valeurs supérieures, pour leur enracinement et leur approfondissement. C'est l'effet induit par l'axe majeur des droits de l'Homme au point que « dans la polyphonie des négociations internationales, la négociation ISO 26 000 puis la Norme ISO 26 000 ont été et sont une sorte de basse continue, c'est-à-dire la ligne musicale sur laquelle s'appuient les autres et vers laquelle elles cherchent à converger » (Doucin, 2010, p.7).

« L'insolite conjonction de la RSE et du nouveau contrat social sur laquelle se construit cette œuvre collective s'avère ainsi elle-même socialement responsabilisante : l'exercice n'est pas innocent et son inévitable académisme apparent ne masque guère la conscience de leur responsabilité civique dont témoignent ses contributeurs et son animateur » (Le Moigne, 2006, p.388). L'intention éthique se double d'une ambition éthique, d'ordre politique.

Il en résulte une véritable sémiotique et une sémiologie de la RS. Les points de vigilance concernant une sémantique très précise voire standardisée sur la façon dont la Norme ISO 26000 se déploie sont loin d'être anodins et traduisent des enjeux de pouvoirs manifestes. Tout un protocole de communication ISO 26000 est mis en place.

Allégations recommandées	Allégations inappropriées
<ul style="list-style-type: none"> • <i>suivre</i> les lignes directrices de l'ISO 26000, • <i>reconnaître</i> • <i>décliner</i> ou • <i>s'inspirer</i>, • <i>s'appuyer</i> ou bien encore • <i>se baser sur</i> l'ISO 26000³⁷⁷. 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>répondre aux exigences</i> de l'ISO 26000, • <i>mise en œuvre</i> ou • <i>application</i> de l'ISO 26000, • <i>certification</i> ou • <i>vérification</i> selon l'ISO 26000, • <i>en accord</i> ou • <i>en conformité</i> avec l'ISO 26000

³⁷⁷ www.observatoire-iso26000.afnor.org

L'Etat français scande le même refrain : « la question n'est pas d'appliquer la norme, ce serait un abus de langage, mais quelque part, finalement de s'en nourrir »³⁷⁸. La sémantique est loin d'être anodine³⁷⁹.

Néanmoins, la rigidité par rapport un modèle de départ qui se voudrait idéal ne doit pas porter atteinte à la liberté d'entreprendre et à la créativité, qui peuvent être sources d'améliorations futures. Les lignes directrices de l'ISO 26000 ne doivent pas être un carcan juridique telle une loi qui n'appelle qu'un décret d'application *stricto sensu* puis un arrêté, qui lui-même doit être conforme à la norme supérieure, sans jamais l'outrepasser par des exigences supplémentaires. Dans toute forme de hiérarchie, la norme inférieure perd en intensité.

L'ISO 26000, par définition, ne connaît pas de telles limites, puisque cette norme de RSE peut aller au-delà de la loi et être révisée. C'est une dynamique qu'il ne faudrait pas brider au risque de tuer dans l'œuf toute initiative positive. La normalisation est déjà suffisamment encadrée pour ne pas rajouter des lignes directrices à la normalisation sociétale...

L'absence de certification est un risque ou une opportunité. Seules les dérives dans les modes d'appropriation de la Norme ISO 26000 ou les déviations dans son application sont à craindre ou à rejeter. La forme est importante : elle ne doit pas occulter le fond. La liberté doit prévaloir sur toute forme de totalitarisme.

Conclusion

Sans remettre en cause la hiérarchie des normes publiques, faire partager une vision commune de la RS dans tout type d'organisation, et en particulier dans les grandes entreprises qui s'implantent sur des territoires où les réglementations, était de la part de l'ISO un objectif ambitieux et téméraire. Et les juristes de reconnaître que les lignes directrices de l'ISO 26000 ont acquis un véritable statut de « norme à valeur constitutionnelle de rang international » (Lyon-Caen, 2011)³⁸⁰.

Toutefois, ce n'est pas seulement parce que la Norme ISO 26000 est une norme d'intérêt général que sa popularité est croissante. Bon nombre de normes privées ou publiques sont d'intérêt général et ne suscitent pas tant d'intérêt. C'est, selon le résultat de notre recherche, parce que la Norme est de nature éthique, dans son contenu et dans sa forme.

Dans cette démarche de normalisation, l'ISO a été vigilante et prudente, pour éviter de tomber dans le dogmatisme de la certitude déontologique, mais elle aurait pu assumer ses propres

³⁷⁸ Pappalardo M. (2010) *Etats généraux, op.cit.*, p.94 <http://www.iso26000-forum.com/actes.html>

³⁷⁹ Cadet I, Sémiologie ou sémiotique de la responsabilité sociétale, Commentaires sur la sémantique, travaux Commission DDRS, AFNOR Normalisation, 9/2/2012

³⁸⁰ <http://primal.u-paris10.fr/blog/>

présupposés éthiques, pour permettre de gagner en cohérence et profondeur. Car plus qu'un code de bonne conduite, et sans être une norme juridique, la Norme ISO 26000 permet de partager une éthique commune, ou plus exactement une intention éthique, fondée à la fois sur l'axiologie des droits de l'Homme et dans le dialogue entre parties prenantes.

La liberté d'entreprendre (par le jeu des contrats, des pseudo-certifications comme l'AFAQ26000, ou l'éventuelle révision de l'ISO 26000) recouvre ses droits, contre une prétention totalisante : l'indépendance absolue n'existe pas.

La force normative de l'ISO 26000 provient paradoxalement de cette ellipse sur sa véritable nature, autrement dit son intention. Tout est dans le non-dit des commencements... Histoire d'amour entre la Norme ISO 26000 et les organisations qui l'embrasseront ? Ou tragédie de Shakespeare ? L'ISO est sortie avec succès de nombreux dilemmes éthiques en adoptant en définitive une éthique conforme à des lignes directrices, non à une norme objet de certification. *L'ISO 26000 deviendra-t-elle une norme ? Telle est la question.*

Chapitre 2. Les droits de l'Homme, 4^{ème} pilier de la RSE

Les droits de l'Homme sont devenus à la fois le but et le fondement de la responsabilité sociale, permettant le couplage RSE et développement durable. Ils deviennent ainsi l'expression d'une nouvelle « loi naturelle » (Donnier, 2006, p.143).

La mondialisation économique a donné du pouvoir à des multinationales sans contrepartie. Pour maintenir un niveau élevé d'investissements sur leur territoire, certains Etats n'ont même pas hésité à ouvrir des zones franches et autoriser le *law shopping*, autrement les violations des droits de l'Homme en toute impunité. L'OMC tolère même l'application de la théorie de l'imprévision dans certains contrats pour exclure la garantie du respect des droits sociaux dans les PMP (procédés et méthodes de production). La logique de la RSE contrebalance cet état de non-droit en exigeant des entreprises d'aller « au-delà de la loi » (Livre vert de la Commission européenne, 2001)³⁸¹, afin de respecter des clauses sociales. A cet égard, les ACI (accords cadre internationaux) portant sur les droits sociaux sont un véritable progrès. De même l'ACTA (*Alien Tort Claims Act*), qui permet aux victimes en cas de violation de certaines conventions relatives aux droits de l'Homme d'aller demander réparation devant les juridictions américaines alors qu'elles ne sont pas ressortissantes des Etats-Unis est une technique procédurale originale. De même les différents recours pour publicité mensongère ou trompeuse contre des entreprises qui afficheraient une éthique qu'elles ne respecteraient pas sont également un moyen de pression (Affaire Kasky c/Nike, 2005). La palette de moyens est éclectique et intéressante, mais elle demeure souvent anecdotique. Les transactions résolvent les litiges : la jurisprudence est pauvre. Ainsi dans l'affaire Yadana, l'accord signé entre Total E&P Myanmar et les plaignants birmans a mis fin à la procédure : une ordonnance de non-lieu a été rendue en avril 2006 (Queinnec, 2011, p.217). Pour autant, la recevabilité de telles affaires sont sans nul doute les prémisses d'une judiciarisation de la RSE et de l'entrée du droit dans la RSE par voie contentieuse. Les outils sont difficiles à manier sauf par les experts. Les procédures acrobatiques proposées ne peuvent se généraliser : elles témoignent plus d'un besoin qu'un réel mouvement fond en faveur du respect des droits de l'Homme.

On ne peut pas faire plus mou que le droit de la RSE. Pour autant la RSE pourrait bien avoir trouvé dans le chapitre IV de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne, entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009, son socle de valeurs et règles fondatrices. Ce

³⁸¹ Pour une étude complète des textes de l'Union européenne (Chanteau, 2009, p.12)

chapitre intitulé « Solidarité » fait écho à la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) qui lui confère une certaine « consistance » (Marguénaud, 2011, p.159). De plus, l'Union européenne (UE) offre toutefois un modèle de gouvernance fondée sur le triptyque démocratie, Etat de droit et les droits de l'Homme cohérent, stable et efficace. En lien avec la jurisprudence de la CEDH, l'Europe est en train de fixer un cadre de développement pour la RSE, fondé sur les droits de l'Homme, tout à fait intéressant.

Section 1. La montée en puissance des droits de l'Homme à travers le concept de RSE

Pour établir le lien entre RSE et droits de l'Homme en Union européenne, il convient tout d'abord de dresser la liste des différents traités, conventions et textes de droit dérivé relatifs à la RSE, de même que leur évolution en lien direct avec la jurisprudence de la CEDH.

Sous-section 1. Harmonisation des textes au sein de l'UE en matière de RSE

Dans l'Union européenne même, les traités ou textes fondateurs comportent une référence explicite aux droits de l'Homme.

1. Traités et charte des droits fondamentaux : la *hard law* sur le mode conventionnel

Ainsi, dans le traité de Maastricht (1993), il est fait référence à la convention européenne des droits fondamentaux et des « traditions constitutionnelles communes aux Etats membres en tant que principes généraux du droit communautaire ». Dans le traité d'Amsterdam (1997), la protection des droits fondamentaux est renforcée par application plus large du principe de non-discrimination, et surtout, par l'établissement d'une procédure de sanction par suspension des droits d'un Etat qui violerait de manière « grave et persistante » les droits de l'Homme. Le traité de Nice (2003) a autorisé en cas de risque d'atteinte aux droits de l'Homme, la possibilité d'intervenir préventivement. Enfin il faut citer la référence à la Charte des droits fondamentaux de l'UE (2000). De même, dans le traité de Lisbonne (2007), cette déclaration de 54 articles portant en outre sur des droits dits de « nouvelle génération » (bioéthique, données personnelles) a déjà force juridique dans les Etats signataires.

L'Europe s'érige depuis longtemps en exemple à suivre et dépasse ce mode de régulation souple, incitatif et volontaire pour réglementer de manière plus dirigiste. C'est là l'originalité du modèle UE comme déclinaison des droits de l'homme sur tout un territoire. Les conventions internationales ont une portée juridique certaine dès lors qu'elles sont signées et

ratifiées par chaque Etat signataire. Parfois, il faut attendre des dispositions internes exécutoires pour leur entrée en vigueur. Avec le droit dérivé des Traités et des institutions européennes, les règlements et les directives communautaires disposent d'une force obligatoire dans les Etats membres de l'UE, qui ne peuvent alors s'y soustraire, à court ou moyen terme. Les prescriptions sont nombreuses et éparses. Ainsi, l'UE a pris en 2006, un règlement concernant les équipements de torture pour empêcher son commerce (16 entreprises impliquées, 6000 matériels répertoriés)³⁸².

L'apparence d'éclectisme est trompeuse : la gouvernance européenne sur fond d'axiologie des droits de l'homme est bien en marche. L'accent est mis sur une culture du résultat concret pour lutter contre les atteintes à la dignité humaine sous toutes ses formes, l'exclusion sociale, la détérioration globale de l'environnement dans le monde. Les pays candidats à l'adhésion à l'UE doivent respecter les droits de l'homme. Les mauvais traitements ou le travail des enfants empêchent ainsi la Croatie, la Turquie, l'Albanie, la Serbie... d'entrer dans l'UE.

Outre toutes les conventions bilatérales avec différents Etats, le partenariat euro-méditerranéen, il suffit de donner un aperçu de la réglementation européenne positive envers les Etats qui tentent de respecter les valeurs européennes en la matière pour s'en convaincre, tel le règlement (CE) n° 980/2005 du Conseil du 27 juin 2005 portant application d'un schéma de préférences tarifaires généralisées qui octroie un accès libre de droits ou des réductions de droits pour un nombre accru de produits et comprend également une nouvelle mesure d'incitation au profit des pays vulnérables confrontés à des besoins commerciaux, financiers ou de développement particuliers. Ces pays sont de l'ordre de 15³⁸³.

Le droit communautaire notamment en matière de droit social est riche d'avancées pour assurer la libre circulation des travailleurs et l'égalité de traitement quelle que soit l'origine, le sexe, la nationalité, les gènes, le handicap, l'orientation sexuelle, la religion... Les exemples sont légions.

Notre pacte français sur l'égalité des chances revisité pour assurer la diversité en entreprise et la naissance de la HALDE (2004) sont issus directement des directives Race et Emploi (2000). Contrairement à ce que l'on croit, beaucoup de dispositions nationales, ont été écartées ou remodelées en tout ou partie grâce au droit européen : le modèle social est bel et bien européen et non français.

³⁸² Rapport annuel du Conseil de l'Union européenne sur les droits de l'Homme, 2008, p.57.

³⁸³ Rapport annuel du Conseil de l'Union européenne sur les droits de l'Homme, 2008, p.98

A ce droit dur s'ajoutent des mesures à caractère moins contraignant. L'essentiel de la RSE sont portées par des initiatives de droit souple.

2. La RSE sur le mode de la *soft law* : la longue marche

Le Parlement européen a adopté le 13 mars 2007, une résolution sur la Responsabilité Sociale des Entreprises (RSE)³⁸⁴ sous forme d'un nouveau partenariat : « il se déclare convaincu que l'accroissement de la responsabilité sociale et environnementale des entreprises, liée au principe de la responsabilité des entreprises, constitue un élément essentiel du modèle social européen et de la stratégie européenne pour le développement durable, et permet de répondre aux problèmes sociaux posés par la mondialisation économique ». Cette résolution reprend dans le cadre de la *soft law* la totalité des mesures d'incitation prises en la matière par l'UE. Elle vient d'être complétée très récemment par deux nouvelles résolutions³⁸⁵. Ces deux dernières résolutions du Parlement européen du 6 février 2013, portent l'une sur la responsabilité sociale des entreprises: comportement responsable et transparent des entreprises et croissance durable (2012/2098 (INI)) qui souligne « qu'il faut maintenir le strict respect des droits de l'homme, le principe de la diligence raisonnable et la transparence afin d'assurer la RSE tout au long de la chaîne logistique, de mesurer l'empreinte écologique des entreprises européennes et de combattre l'évasion fiscale et les flux financiers illégaux » (point 22); l'autre sur la responsabilité sociale des entreprises : promouvoir les intérêts de la société et ouvrir la voie à une reprise durable et inclusive (2012/2097(INI)).

Cette dernière porte exclusivement sur les droits de l'Homme à inclure dans les démarches RSE : c'est le cœur de la problématique. Les droits de l'Homme sont devenus le fondement normatif de la RSE en Europe³⁸⁶. Elle récapitule de manière exhaustive tous les textes relatifs aux droits de l'Homme et les conventions fondamentales de l'OIT, de même que toutes les initiatives RSE (tant internationales que nationales dans UE) portant sur les droits de l'Homme. Au point 46, le Parlement demande même à l'Union et, plus particulièrement à la Commission : « (1) de veiller à ce que la question de la RSE et des droits de l'homme soit inscrite au nombre des priorités des différents instruments financiers au titre du nouveau cadre

³⁸⁴ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0062+0+DOC+XML+V0//FR> (pour une mondialisation responsable et équilibrée)

³⁸⁵Rapport Baldassarre : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0049+0+DOC+XML+V0//FR&language=FR>

Rapport Howitt : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0050+0+DOC+XML+V0//FR&language=FR>

³⁸⁶ Le terme « droits de l'Homme » est cité 46 fois sur 14 pages et le Parlement européen

financier pluriannuel (CFP) pour la période 2014–2020; et (2) de mettre en place un soutien spécifique dans le cadre de l'IEDDH pour la formation et le développement en général des compétences, en matière de RSE et de droits de l'homme, des organisations de la société civile, des INDH, des défenseurs des droits de l'homme, des syndicats et d'autres organisations œuvrant en faveur des droits de l'homme ».

On peut y ajouter la contribution de l'Union sur 6 des 8 Objectifs du Millénaire pour le Développement (OMD) des Nations-Unies en matière sociale et humaine et l'Agenda du travail décent (2006)³⁸⁷...

Dans le mode de fonctionnement des institutions européennes, même au-delà de l'Union européenne, le rôle de la Cour européenne des droits de l'Homme est considérable.

Sous-section 2. Respect de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), au sein de l'UE

L'UE n'a pas encore la personnalité morale. Les droits de l'Homme ne sont que des principes généraux du droit, non des droits constitutionnels. Néanmoins la coordination entre juridictions européennes est patente. La Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) s'aligne sur la jurisprudence de la CEDH pour éviter des divergences d'interprétation : les questions préliminaires ou préjudicielles deviennent l'usage en matière économique (Leclère, 1999, Marguénaud, 2008, p.37).

La jurisprudence de la CEDH est obligatoire même si aucune force exécutoire ne lui est attachée. On pourrait mettre en œuvre des actions en manquement contre les Etats récalcitrants. La France a ainsi été condamnée plusieurs fois.

Asphyxiée par son propre succès, la CEDH vient en effet de franchir le cap symbolique des 10000 arrêts sur le fond (Marguénaud, 2008, p.11).

Il est vrai que le nombre d'adhérents à la Convention européenne des droits de l'Homme est plus important que le nombre d'Etats membres de l'UE. Cette soumission est d'autant plus originale que souvent l'incompétence est soulevée pour faire obstacle aux contrôles des juridictions ou organes internationaux.

En outre, les droits de recours ont été étendus aux personnes privées, et non plus seulement aux Etats, avec l'entrée en vigueur du protocole 11, le 1^{er} novembre 1998. Le nombre de

³⁸⁷ Rapport annuel du Conseil de l'Union européenne sur les droits de l'Homme, 2008, p.94-95

recours est exponentiel. La CEDH fait alors figure de Cour suprême des libertés individuelles (Dupuy, 2008, p.259).

On observe de la même manière une collaboration avec la Cour pénale internationale pour lutter contre toute forme d'inhumanité.

La CEDH a démontré, si besoin est, qu'il est impossible de dissocier la construction économique de l'Europe et la construction sociale, c'est-à-dire de la société civile, donc politique. Ce n'est donc pas surprenant si les plus grandes avancées en matière de droits de l'Homme et la crédibilité de ce *corpus* de règles sont issues du pouvoir politique qui a garanti l'indépendance de la justice, la suprématie et l'application directe des arrêts de la CEDH (Costa, 2009). Sans juridiction, le droit n'est pas effectif.

Mais les juges de l'UE au sein de la CJCE, comme ceux nommés à la CEDH, ont autorisé l'interprétation des textes au-delà de la lecture purement littérale de la Convention.

La crainte du gouvernement des juges n'est pas une coïncidence. Elle est l'espoir de pouvoir ainsi humaniser l'économie mondialisée (Royer, 2008). Il faut réhabiliter les droits de l'homme comme droits naturels de la personne humaine, comme source d'un droit de l'économie (Sueur, 2009, p.103).

Section 2. L'ordre public européen : à la recherche des normes fondamentales de l'humanité

Pour construire un ordre donc une nouvelle hiérarchie qui mette un terme au flou du droit, les conventions internationales prévoit un certain nombre de clauses anti-détournements de l'esprit des droits de l'Homme. La principale est la clause désormais implicite est celle de l'absence de réciprocité exigée. Des droits fondamentaux sont énoncés : ils préfigurent une hiérarchie indispensable à l'effectivité et l'efficacité des droits de l'Homme. Par cette valeur attribuée à certains droits, les droits de l'Homme, droits subjectifs par excellence, deviennent de véritables normes.

Sous-section 1. Absence de réciprocité exigée

Le droit international demeure un droit dit de « bonne volonté » (Jestaz, 2005, p.51). Néanmoins, les droits fondamentaux, tout comme les usages en droit commercial, par leur suprématie sur les droits nationaux, sont à la fois une limitation, un dépassement et une désacralisation du pouvoir politique.

Et, l'exigence de réciprocité a fait long feu : les droits de l'Homme ne sont pas négociables. Toutefois, il faut gagner en unité et cohérence. Car seules les parties à la Convention

Européenne des Droits de l'Homme ont renoncé à soulever l'exception de réciprocité, présente dans tous les autres traités, conventions ou traités qui ne sont pas relatifs aux droits de l'Homme. C'est dire que les droits humains sont reconnus comme la norme suprême par l'Europe. C'est une révolution. Les droits de l'Homme sont en marche dans l'Europe, inexorablement.

Mais c'est aussi reconnaître la fragilité de ce consensus. Car s'il n'est pas respecté sur d'autres territoires, le respect des droits de l'Homme devient un véritable handicap pour assurer la défense de nos Etats quand il n'est pas une arme dans les mains de ceux pour lesquels les droits de l'Homme ne représentent rien. Combien d'Etats totalitaires ont une constitution qui reconnaît officiellement les droits de l'Homme, la démocratie et l'Etat de droit ? Combien de constitutions demeurent une simple formalité pour avoir le droit d'adhérer aux institutions internationales ? L'OMC accepte l'adhésion de la Chine, mais refuse d'insérer une clause sociale générale. Les entreprises ne perçoivent pas le respect des droits de l'Homme comme un avantage concurrentiel, un devoir ou une nécessité mais comme une contrainte. La Chine s'efforce de faire échouer le vote sur la Norme ISO 26000 sur la responsabilité sociétale des entreprises, pourtant instrument même de la *soft law*, donc ne présentant aucun caractère contraignant, alors que les négociations ont déjà abouti non seulement à refuser toute certification mais aussi à interdire l'utilisation contractuelle et judiciaire de ce référentiel. La crainte que ces lignes directrices soulèvent parmi bon nombre d'entreprises tant anglo-saxonnes qu'orientales démontre à quel point le respect des droits de l'Homme est perçu comme un obstacle tarifaire et non une obligation dans les PMP (procédés méthodes de production).

La revendication des droits de l'Homme est universelle. Mais leur application ne l'est pas. Jamais cette question de l'universalité n'a été posée avec autant d'acuité au point de constituer un réel point de fragilité. Certes, les adhésions ne sont pas toujours totales : des réserves sont souvent émises, alors que l'engagement à respecter les droits de l'Homme n'appelle aucune réciprocité. Le nombre de ratifications est également faible, quelquefois : les textes sont nombreux et disparates quant à leur contenu. La révision des accords de Cotonou (2005) a ainsi inséré pour parer cette objection une clause de reconnaissance de la compétence de la CPI ... Une jurisprudence audacieuse a également pris le relais.

De nombreuses clauses anti-détournement de l'esprit des droits de l'Homme sont insérées dans les déclarations, pactes et conventions (art. 29-3 DUDH, art.5-1 des pactes onusiens, art. 54 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, etc.) mais est-ce que cela sera suffisant ?

Sous-section 2. Construction d'un droit objectif

Les Etats ne doivent plus seulement s'abstenir de porter atteinte aux droits de l'Homme ; ils doivent prendre des mesures pour éviter toute violation grave des droits de l'Homme. Ce serait l'affirmation progressive d'un droit objectif, fondé sur l'idée de droits attachés à la qualité de personne humaine. La catégorie des « droits fondamentaux » développée dans la Charte des Nations unies et reprise par la Charte de l'UE de 2000 serait l'éthique de cette hiérarchie nouvelle, parmi les droits de l'Homme.

Les droits de l'Homme ne seraient plus seulement des prérogatives contre les Etats, ou selon une conception un peu péjorative : des droits égoïstes. L'idée d'un droit objectif, qui ne représenterait pas la somme non exhaustive de droits subjectifs rangés à la même enseigne sans ordre de priorité, fait son chemin. Ce serait un retour aux sources, à l'éthique des droits de l'Homme conçus comme un moyen de résister à l'oppression, quelle qu'elle soit.

Ces droits qui renvoient à l'idée d'une identité universelle de la personne humaine présentent trois caractères : on ne peut y déroger ou y renoncer. Les moyens dits d'ordre public européen devraient être soulevés d'office devant les juridictions nationales. Un véritable *jus cogens* des droits de l'Homme présentant un caractère *erga omnes* se développe (Dupuy, 2008). La Roumanie a ainsi été condamnée pour n'avoir pas réalisé des études sur les risques de pollution de 100 000 m³ d'eau près de la ville de Baia Mare, par métaux lourds et cyanure, provenant d'une exploitation de minerai d'or³⁸⁸. L'Etat partie à la convention peut ainsi est tenu pour responsable hors de son territoire (affaire *Loizidou*, 1^{er} arrêt, 23 mars 1995).

Quelques exploits très récents dans des procédures admettant la recevabilité des actions en France contre des atteintes aux droits de l'Homme commises à l'étranger méritent d'être relevés comme autant de traces d'une évolution du droit positif. Les entreprises vont devoir apprendre à gérer ce risque à l'avenir. Ainsi, la Cour d'appel de Paris s'est reconnue compétente pour statuer sur la demande formée par 857 anciens salariés de la filiale congolaise de la Comilog (Groupe Eramet) en qualité de co-employeur afin d'obtenir le versement de dommages-intérêts au titre de la rupture de leur contrat de travail remontant à 1991 ! Le dossier est porté par l'ONG Sherpa. Ces affaires sont médiatisées compte tenu de leurs enjeux juridiques et économiques. En 2012, c'est au tour d'Areva d'être condamnée au tribunal des affaires de sécurité sociale de Melun à indemniser une veuve du responsable de la maintenance dans sa filiale Cominak au Niger sur la base d'un engagement volontaire. De

³⁸⁸ CEDH 3^{ème} sect. 17 janv. 2009, Tatar c/Roumanie, req. N° 67021/01

même, en 2011, la Cour de cassation reconnaît un manquement de la société-mère vis-à-vis d'une salariée d'une filiale située en Côte d'Ivoire qui avait demandé son rapatriement³⁸⁹.

Par la mise en valeur de certains droits dits fondamentaux, on s'approche de l'idée d'un « droit commun minimal » (Granet, 2001, p.41), quelles que soient les législations, les cultures, les localisations.

Une agence européenne des droits fondamentaux a été créée en 2003. L'UE finance ces actions grâce à l'Instrument Européen pour la Démocratie et les Droits de l'Homme (IEDDH) en vigueur depuis 2008. Elle se bat pour l'abolition de la peine de mort. Elle élabore des lignes directrices, elle instaure des dialogues avec les pays tiers...

L'Union européenne pêche par un déficit de communication, sur ses réalisations majeures et ses institutions, qui a largement contribué à l'échec du référendum sur le Traité Constitutionnel Européen. Le modèle européen des Droits de l'Homme existe bel et bien, ce n'est pas pour autant qu'il n'est pas perfectible. Il est à la fois le plus ancien, donc le mieux ancré, mais il demeure récent à l'échelle humaine : il manque encore, au sein même de l'Union européenne, les garanties procédurales pour que l'application des droits de l'Homme soit efficace.

En théorie, les nouveaux Etats entrants dans l'Union Européenne voire les fondateurs de la Communauté Economique Européenne respectent les droits de l'Homme. En pratique, des distorsions existent entre Etats européens : la commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures doit veiller à réduire ces écarts³⁹⁰. Le processus de Stockholm doit ajouter des garanties dans la réalisation de ces droits sur le sol de l'Union pour assurer la justice, la sécurité intérieure et la liberté pour tous, à égalité. Entre le respect et la promotion des droits de l'Homme, il y a une différence.

« Les interrogations formulées permettent de mettre l'accent sur le cœur de la confrontation. D'une certaine manière, les principaux droits de l'Homme confrontés à l'économie ne sont-ils pas ceux issus de la première génération, ceux qui forment le berceau historique de la matière ? Derrière le droit à la santé et le droit à l'alimentation, c'est le droit à la vie qui est concerné. Derrière le droit à la solidarité et le droit à des conditions de vie décentes c'est le droit à la dignité qui est visé. Les liens entre droit économique et droits de l'Homme ne

³⁸⁹ Queinnec Y et Guedj P.-S. « Fini le temps des postures ! Les promesses rattrapées par le droit », <http://lecercle.lesechos.fr/economie-societe/politique-eco-conjoncture/politique-economique/221177298/fini-temps-postures-promes> (25/07/2013)

³⁹⁰ LIBE, rapport UE p.48

poussent-ils pas à un retour aux sources, et ce, en direction du substrat des droits de l'Homme ? Par rapport au champ économique, aujourd'hui dominant, les droits de l'homme ne sont-ils pas là pour défendre principalement la vie, la liberté, la dignité ? » (Boy, Racine et alii, 2009, p.20).

Conclusion du chapitre

Actuellement les droits humains reflètent une humanité plurielle. Les Etats tentent d'unifier ou d'harmoniser des règles de fonctionnement, qui leur sont parfois étrangères, avec une marge d'appréciation. Les divergences d'interprétation qui en résultent sont importantes, mais elles ne sont pas insurmontables. C'est une véritable recherche sur « l'humanité de l'Homme », ce qui fait son essence, qui donnera un second souffle et une puissance incontestable aux droits de l'Homme (Gire P., 2001).

Le « droit des gens », *jus gentium*, reste à construire : il n'est pas encore possible de concevoir l'être humain comme sujet du droit international sauf exception. Les droits de l'Homme deviennent partie intégrante du droit international par le truchement des normes du *jus cogens* qui forment la matière pour définir les crimes contre l'humanité qui s'imposent aux états signataires et progressivement aux entreprises par le droit dérivé.

Conclusion du Titre 2

La RSE est un compromis. Ce n'est pas un contrat social. C'est un consensus (Helfrich, 2010). S'il suppose un engagement volontaire, celui-ci n'est pas assimilable à un consentement pur et dur. L'engagement reste souple, parfois mou. Le droit doit alors prendre le relais pour pallier l'absence de volonté et surtout mettre un terme à l'irresponsabilité généralisée par des moyens qui lui sont propres. La loi n'est pas la « voiture balai », face à des comportements inéthiques. Dans une démocratie, il lui incombe de maintenir le contrat social qui relève de sa responsabilité. La montée en puissance des droits de l'Homme en toile de fond peut permettre d'engranger une mécanique de développement de la responsabilité pour autrui, voire de présomption de responsabilité de l'entreprise citoyenne entendue comme une fiction juridique.

Titre 3. La RSE comme fiction juridique, outil de gestion

*« Définir la responsabilité : une fiction par laquelle un homme est supposé avoir voulu toutes les connaissances reconnaissables de tout acte qu'il a accompli, cette supposition étant valable pendant trente ans au plus tard à partir du jour de son acte » (Paul Valéry, *Moralités, in Tel quel, Folio Essais 1941, p.116*)*

La RSE peut gagner en efficacité que si elle prend la forme d'une fiction juridique. Par ce qu'elle étend la responsabilité pour autrui, participe à la construction de la personne morale en tant qu'organisation responsable, le droit peut ici redonner toute sa puissance au concept de gestion (Medus, 1997). Par cette fiction l'entreprise gagne en autonomie juridique mais s'oblige dans le cadre de responsabilités préventives voire à « optimiser sa plus-value sociétale » (Queinnec et Bourdon, 2013, p.15). L'entreprise citoyenne n'est pas synonyme « d'entreprise-providence » : cette conception élargie du rôle de l'entreprise est un mythe (Le Roy et Marchenay, 2005).

Chapitre 1. L'extension de la responsabilité du fait d'autrui

Geneviève Jacques avait déjà dénoncé, en 2009, dans un ouvrage remarquable l'impunité des « crimes économiques ». Mais c'est l'affaire du Rana Plaza le 24 avril 2013, l'accident industriel le plus meurtrier de l'histoire du Bangladesh (1129 morts) qui relance la question de la responsabilité des sociétés-mères du fait de leurs filiales et de leurs sous-traitants. Madame Nicole Bricq ministre du commerce extérieur avait saisi, le 17 mai 2013, le PCN (instance de médiation du commerce international qui réunit syndicats, entreprises et administration) afin qu'il propose des améliorations en matière de conduite responsable des entreprises et de relations avec leurs sous-traitants dans la filière textile-habillement³⁹¹. La France vient même de déposer une proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (n°1524) le 6 novembre 2013³⁹².

³⁹¹ Rapport du PCN sur la mise en œuvre des principes directeurs de l'OCDE dans la filière textile-habillement (2 décembre 2013) <http://www.tresor.economie.gouv.fr/File/398810>

³⁹² <http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion1524.asp>

Certains évoquent des mutations normatives de la RSE. Ne s'agit-il pas plutôt d'une reconnaissance d'une responsabilité en droit économique au-delà des Etats?

Le développement des responsabilités collectives et solidaires est certain, grâce à une jurisprudence audacieuse entérinée par le législateur français depuis des années. C'est notamment ce que nous avons déjà exposé dans le cadre de la consécration de la théorie des risques (Titre précédent). Mais la nature profonde de la responsabilité juridique a-t-elle changé parce qu'elle s'étendrait à toutes les parties prenantes, voire au-delà ? Est-elle devenue spécifique dans le cadre de la RSE du fait même de responsabilités transnationales ou de la chaîne des responsabilités ? Jusqu'où les entreprises doivent-elles être tenues pour responsables ?

Section 1. Développement de responsabilités collectives et solidaires

Aux responsabilités classiques viennent s'ajouter des responsabilités plus modernes liées aux attentes sociétales, et même dans le cadre de la sphère d'influence.

Sous-section 1. Responsabilités nouvelles en matière sociale, sociétale et environnementale

Aux responsabilités civiles et pénales du fait d'autrui se sont ajoutées de nouvelles responsabilités dans de nombreux domaines.

1. Responsabilités civiles et pénales

Aux responsabilités civiles, classiques, du fait d'autrui, ont été associées des responsabilités pénales. Ces responsabilités pénales sont liées à la reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales.

a) La responsabilité du fait d'autrui : une responsabilité connue du droit français depuis le XIX^{ème} siècle

En France, il existe déjà des responsabilités du fait d'autrui reconnues à la fois par la loi et la jurisprudence. L'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil dispose en effet que l'on est responsable du dommage causé par le fait des personnes dont on doit répondre. La responsabilité du fait d'autrui est donc l'une des conceptions premières du droit et tout au long du XIX^{ème} siècle la doctrine utilise des formules proches pour désigner la même idée : « la responsabilité du fait de ceux que l'on a sous sa surveillance »; « l'obligation de réparer le dommage causé par le fait des personnes dont nous répondons », « responsabilité des faits d'une autre personne » ...

(Poumarède, 2008, p.850). Le fait générateur de la responsabilité en principe demeure la faute et tous les autres régimes de responsabilité demeurent exceptionnels. Pour autant, progressivement, le droit social français admet un système de garantie des employeurs vis-à-vis de leurs salariés, indépendamment de toute faute. Et avec les arrêts *Bertrand, Costedoat et Blicek*, ce régime de responsabilité prend son autonomie, et il semblerait même qu'elle devienne une « responsabilité directe » avec le jeu des assurances en particulier (Saint-Pau 1998). Peu importe qu'il y est un lien contractuel entre l'auteur matériel du dommage et celui qui est tenu pour responsable. Ainsi les parents sont responsables de leurs enfants mineurs (article 1384 alinéa 4 du code civil), les commettants vis-à-vis de leurs préposés (al.5)

Traditionnellement, le droit civil distingue deux sources d'obligations : les obligations contractuelles et les obligations délictuelles :

- Les premières, doublées par un droit du travail d'ordre public et une protection sociale sans cesse accrue, sont les mamelles de la responsabilité sociale. Au XXI^{ème} siècle, la sécurité est ainsi devenue une obligation de résultat pour tout employeur (art. L. 452-1 du Code de la Sécurité Sociale).

- Les secondes sont issues de faits ou événements involontaires ou non dont le contenu est impérativement déterminé par la loi. La responsabilité civile apparaît alors davantage comme une réparation qu'une sanction. La jurisprudence a exigé la faute puis l'a présumée et enfin retenu la responsabilité du fait même du préjudice.

De plein droit, sa nature a changé, sous l'influence des cours de justice : il n'est plus choquant pour les esprits de penser que la responsabilité pour autrui engage automatiquement l'entreprise qui répond de son personnel.

Il s'agit désormais d'une véritable garantie du fait de l'objectivation de la responsabilité. Les responsabilités s'additionnent (Poumarède, 2008).

b) La mise en danger d'autrui : une extension récente au droit pénal

Le droit pénal se charge, quant à lui, d'incriminer et de réprimer les comportements antisociaux. Les dirigeants de sociétés longtemps protégés par une tolérance de la société pour la criminalité « en col blanc » découvre aujourd'hui une législation protéiforme en droit pénal des affaires ne permettant plus, faute d'assurance en la matière, d'espérer une quelconque forme d'impunité pour méconnaissance voire mépris par rapport à la législation du travail, de l'environnement, de la propriété industrielle, de la concurrence ou de la consommation.... La responsabilité pénale se cumule en outre avec les chefs de responsabilité civile et se développe afin d'exercer un rôle prophylactique que remplissait autrefois la responsabilité

civile délictuelle. Là encore, la preuve de la faute n'est plus exigée : elle est induite dans la loi sur les délits non intentionnels. Cette nouvelle loi permet de répartir la charge de la faute donc des responsabilités sur toute personne qui indirectement a commis un délit.

2. Les responsabilités nouvelles en matière environnementale et sociétale

De nouvelles responsabilités interrogent sur les fondements normatifs.

a) Les responsabilités environnementales : une responsabilité sans sujet fondée sur l'équité transgénérationnelle

Certaines dispositions législatives spécifiques sont également prises, en France, depuis un demi-siècle créant de toutes pièces une responsabilité collective, sur les besoins pressants d'indemnisation des victimes ou de protection de la nature pour ne citer que les plus dirimantes en matière de RSE (droit des procédures collectives, droit de l'environnement - installations classées, gestion des déchets - loi Solidarité et Renouvellement Urbains, etc.). L'équité est perçue, dans contexte, comme une autre figure de l'éthique, juxtaposée à la loi (contrat social), pour rétablir le droit (idéal de justice). Elle peut se traduire concrètement par la mise en œuvre de la discrimination positive pour rétablir l'égalité des chances ou par un nouveau paramètre dans la compensation des dommages, par exemple. Il paraît en effet injuste d'être moins bien indemnisé à Toulouse qu'à Paris suivant les décisions de justice et surtout suivant la solvabilité des entreprises jugées responsables. Pour que la réparation soit équitable pour tous, l'Etat crée des organes destinés à compenser le différentiel. Le principe pollueur-payeur subit ainsi des distorsions : tout se passe comme si le pollué contribuait en fait à sa propre indemnisation par le truchement des deniers publics qu'il verse à l'Etat. De la même façon, par le biais des primes d'assurance, la victime potentielle contribue à réparer les dommages causés à autrui. La responsabilité est délayée, la solidarité est galvaudée, l'autonomie tombe en faillite. Plus que des responsabilités éthiques, c'est l'éthique de la responsabilité qui est en cause (Lambert-Faivre, 1998). Car l'objectivation de la faute affaiblit le principe d'imputabilité morale, voire conduit à sa suppression par collectivisation du risque. Le fondement devient la sécurité non le droit (Lambert-Faivre, 1994).

La difficile identification des sujets de la responsabilité fragilise encore davantage l'édifice juridique et judiciaire. Les générations futures par exemple n'existent pas : leur personnalité juridique est conditionnelle ; la planète n'est pas a priori un sujet de droit : il n'était donc pas si simple d'admettre le dommage environnemental dans l'affaire Total. Certaines

responsabilités sont inédites. Elles reposent davantage sur l'équité (entre victimes, entre les générations) que sur la loi. Il faut trouver des artifices dans le droit de la *Civil Law* pour parvenir à sanctionner ces graves fautes de gestion.

L'équité offre une vision déformée du droit, plus subjective. C'est le conflit perpétuel, entre la raison (droit naturel) et la volonté (droit positif), comme formes de justice. Du point de vue théologico-politique, ce conflit est incarné par Antigone de Sophocle qui applique la loi divine contre la loi humaine. C'est le caractère faillible de la loi humaine, qui suppose l'équité pour compenser (Suarez, 2003, p.45) l'autorité légale et bâtir l'autorité légitime. Cette tension permanente se retrouve dans le concept de RSE. Il y a une similitude entre la loi divine et l'effort de recherche de solutions légitimes dans le cadre des responsabilités dites éthiques, par le commandement d'un côté ou l'interdit (et la prescription) de l'autre, pour instaurer un ordre du bien et du mal, dans un monde durable. Il n'a pas échappé à certains auteurs (Ricoeur, 1997, Pesqueux, 2000), que la notion d' « entreprise citoyenne », étendue par symétrie à tout type d'organisation, participe à la fois de l'idéologie et de l'utopie. La comparaison avec la loi divine, révélation (droit naturel ?), avec les risques de théocratie, n'est pas superfétatoire.

De nouvelles responsabilités collectives sont nées. La loi Barnier a consacré le principe de précaution en matière d'environnement, repris dans l'article L.200-1 du Code rural ou L.110-1 du Code de l'environnement et dans la Charte de l'environnement. A la différence du principe de prévention bien connu de nos juristes français qui engage, suite à la violation d'une mesure de prudence liée à un risque connu, la responsabilité de son auteur (en cas de dommage), le principe de précaution, quant à lui, serait à mettre en œuvre par l'Etat, chaque fois qu'un dommage irréversible serait à craindre pour autrui du fait d'une incertitude scientifique. L'Etat devient solidaire.

b) Naissance des responsabilités sociétales : les sanctions pour violations des obligations positives

La responsabilité des entreprises est sociétale, *lato sensu*, car elle concerne toutes les dimensions de la société civile, promouvant ainsi les principes fondamentaux de la personne humaine, au niveau international, dont le droit de l'environnement. Les autres formes concrètes de responsabilité de l'entreprise sont sociales, *stricto sensu*, plus centrées sur le droit social proprement dit et les relations professionnelles durables, imbrication nécessaire et progressive du droit du travail et du droit des sociétés.

La responsabilité sociétale est une question plus large : elle déploie la notion d'intérêt collectif dans les relations internes et externes à l'entreprise, à la fois horizontales ou verticales. Il faut bien admettre que le débat bien que d'origine doctrinale n'est pas un pur jeu intellectuel. Il s'inscrit dans les tendances actuelles à définir la responsabilité sociale de l'entreprise dans sa globalité.

Des lois se succèdent, relatives à la lutte contre les discriminations avec la création de la HALDE, ont été édictées le 16 janvier 2001, sur l'égalité professionnelle le 9 mai 2001, en matière d'urbanisme (loi sur la ville dite loi Borloo) le 1er août 2003... sur les traces des directives européennes ou d'accords internationaux.

Cette évolution est générale quelle que soit la branche du droit considérée. Ce n'est pas la naissance d'une discipline nouvelle liée à la RSE à proprement parler. C'est plus la conscience d'une responsabilité collective en matière d'industrie, d'entreprises manufacturières ou de commerce et un devoir de réparation envers les victimes. L'entreprise ne peut concevoir sa responsabilité en toute autonomie par rapport à ses parties prenantes et son environnement au sens large.

Sous-section 2. Responsabilité des organisations dans le cadre de leur sphère d'influence

L'idée d'une responsabilité étendue, dans le cadre de la sphère d'influence, est lancée dans la Norme ISO 26000 qu'elle définit comme la « portée/ampleur des relations politiques, contractuelles, économiques ou autres à travers lesquelles une organisation a la capacité d'influer sur les décisions ou les activités de personnes ou d'autres organisations » (Art. 2.9). L'Article 5.2.3. ajoute qu'« une organisation est responsable des impacts des décisions et des activités sur lesquelles elle exerce un contrôle formel et/ou de fait (un contrôle de fait renvoie à des situations dans lesquelles une organisation a la capacité de dicter les décisions et activités d'une tierce partie, même lorsqu'elle ne détient pas l'autorité juridique ou formelle de le faire) ». Toute forme d'organisation est concernée, quelle que soit sa taille et sa localisation (Article 1, domaine d'application).

C'est l'impact des liens sociaux qui importe, quelle que soit leur nature. La définition de l'organisation dans la Norme se rapporte sans ambiguïté dans la théorie des organisations (Desreumaux, 2005) à l'école de la régulation : « entité ou groupe de personnes et

d'installations, structuré sur la base de responsabilités, d'autorités et de relations, et ayant des objectifs identifiables » (Art.2.12).

La sphère d'influence va donc bien au-delà des relations avec les parties prenantes puisqu'elle intègre le jeu d'influence politique. C'est un principe de réalité qui s'impose : il n'y a pas nécessairement de liens contractuels en jeu. La RSE n'est pas circonscrite à un territoire donné : l'organisation en réseaux crée un nouvel espace de droit (Neau-Leduc, 2011).

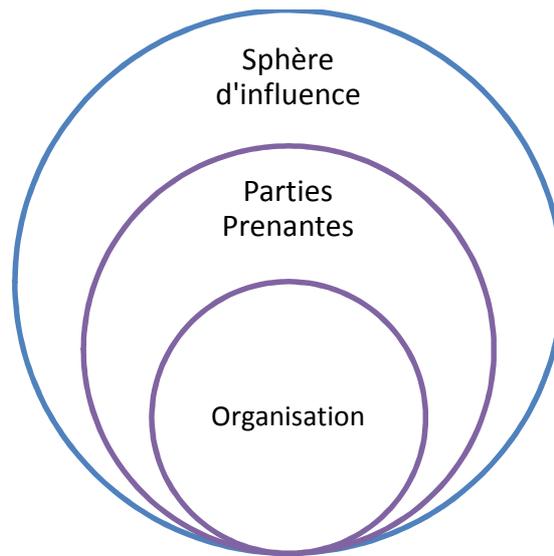


Figure 30 Sphère d'influence

Cette responsabilité se traduit, en pratique, par un devoir de vigilance ou diligence raisonnable plus ou moins étendu.

1. Le concept de sphère d'influence dans la Norme ISO 26000

Le concept de sphère d'influence, tel qu'il est déployé dans toute la Norme ISO 26000³⁹³, est très novateur, quoiqu'emprunté au Pacte mondial de Davos. Il fait aujourd'hui des émules³⁹⁴ car il permet de dépasser le dilemme de la souveraineté des Etats et peut donner naissance, au sens littéral, à des normes transnationales. L'audace des lignes directrices de l'ISO 26000 a été d'en avoir fait un concept clef, dans une norme, quand la responsabilité des sociétés-mères vis-à-vis de leurs filiales est tout juste évoquée dans des rapports internationaux. C'est « la capacité d'influer qui peut se traduire selon le contexte par une responsabilité de

³⁹³ 35 occurrences et deux articles complets lui sont consacrés

³⁹⁴ V. Révision des principes directeurs de l'OCDE (mai 2011)

l'organisation au-delà de sa chaîne de valeur » (Article 2.19). Et l'article 5.2.3 ajoute que « ces situations sont déterminées par le degré auquel la relation de l'organisation contribue à des impacts négatifs. » Toutes les relations sont susceptibles d'être prises en considération, donc même celles avec les Etats ou d'autres organisations, tels ses concurrents. Les relations avec les parties externes prennent l'avantage et évoluent : « c'est un passage de l'antagonisme (la reconnaissance des ennemis) à l'agonisme la reconnaissance de l'adversaire et la recherche d'un consensus » (Pesqueux, 2007b, p.8). C'est une autre représentation des parties prenantes.

Cette logique intégrative de la sphère d'influence est révolutionnaire car l'entreprise n'est plus responsable devant ses parties prenantes : en tant qu'organisation institutionnalisée, elle devient en partie responsable de ses parties prenantes et même de l'Etat dans lequel elle s'implante... La hiérarchie entre normes publiques et normes privées disparaît : les organisations sont mises sur un pied d'égalité avec les Etats. L'organisation devient donc une institution responsable au même titre que les Etats.

En outre, la responsabilité des organisations, dans leur sphère d'influence, se combine avec les trois formes de complicité dont la forme la plus originale, qui s'intitule la « complicité non juridique », a été traduite ainsi dans la Norme : « En l'occurrence, une organisation peut être considérée comme complice lorsqu'elle aide autrui à commettre des actes fautifs qui ne sont pas en cohérence avec les normes internationales de comportement ou qui ne les prennent pas en compte, actes dont elle savait ou aurait dû savoir, par l'exercice de son *devoir de vigilance*, qu'ils entraîneraient des impacts négatifs considérables sur la société, l'économie ou l'environnement » (Encadré 4, p.16). Compte tenu de l'atteinte à la légitimité des Etats ou, à tout le moins, le risque de confusion des rôles institutionnels, on ne peut guère être surpris que la détermination du devoir de vigilance soit progressivement reprise par des organisations internationales, telle l'ONU, et surtout par les Etats eux-mêmes.

C'est en ce sens que la RSE devient une utopie (idéal voire idéologie), comportant un aspect normatif (Queinnec, 2012).

2. Le devoir de vigilance : une responsabilité à géométrie variable

La France, dans la lignée textes pris au Royaume-Uni, en Suisse, en Italie, en Espagne, au Canada et aux Etats-Unis, quant à elle, vient, de proposer d'inscrire dans ses textes, de droit civil, comme de droit pénal, un devoir de vigilance pour les personnes morales et tout type de sociétés dans leurs relations commerciales et économiques afin de prescrire par anticipation les remèdes en cas de dommages aux tiers. Il s'agit bien de lutter contre un « *dumping* sur les droits humains » au même titre qu'existe un *dumping* social (proposition de loi, p.9). Il

s'agirait de créer une présomption de responsabilité (article 1386-19 du Code civil) : « est présumée responsable la personne morale, qui dans le cadre de ses activités, de celles de ses filiales ou de celles de ses sous-traitants, ne démontre pas avoir pris toutes les mesures nécessaires et raisonnablement en son pouvoir en vue de prévenir ou d'empêcher la survenance d'un dommage ou d'un risque certain de dommage notamment sanitaire, environnemental, ou constitutif d'une atteinte aux droits fondamentaux et donc elle ne pouvait ignorer préalablement la gravité ». A l'obligation de sécurité et de prudence déjà exigée dans le cadre de la loi sur les délits non intentionnels, serait ajoutée une obligation de vigilance (article 121-3 du Code pénal). Ces modifications de la loi sont introduites sous l'angle de la gestion des risques et comme un principe d'intérêt général.

On peut déjà noter une jurisprudence récente de la Cour de Justice de l'Union européenne (arrêt Akzo Nobel du 10 septembre 2009), qui en droit de la concurrence, présume la société mère responsable des pratiques anticoncurrentielles de ses filiales détenues à 100%.

La sphère d'influence est un « moyen de caractériser le contrôle » (Queinnec, 2012, p.69).

Les Principes directeurs des Nations unies de juin 2011 avaient déjà instauré la « *due diligence* », appliquée aujourd'hui à la responsabilité sociale des entreprises, en proposant un devoir de vigilance *a minima*, apprécié subjectivement par l'entreprise, en fonction du contexte local, pour s'engager dans un processus de respect des droits de l'Homme. Cette approche est défensive en vue de parer au risque contentieux (Doucin, 2012). Mais c'est sans considérer nécessairement la sphère d'influence de l'entreprise, pourtant reconnue en filigrane, sous l'angle des attentes des parties prenantes, par le Pacte Mondial des Nations Unies et les Principes Directeurs de l'OCDE (VI A, VI C). L'engagement est limité par une conception volontairement restreinte de la sphère d'influence³⁹⁵. Dans les lignes directrices de l'ISO 26000, l'article 7.3.3.2 indique que le devoir de vigilance « permet d'évaluer sa sphère d'influence » et « de déterminer ses responsabilités ». Mais de quelles responsabilités s'agit-il ?

³⁹⁵ Thèses de John Ruggie in Rapport des Nations Unies, Assemblée générale, Conseil des droits de l'Homme, par le représentant spécial du secrétariat général chargé de la question des droits de l'Homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, A/HRC/11/13 du 22 avril 2009, GE.09-12889 (F), 090709, 310809 sur la « promotion et protection de tous les droits de l'Homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement », « Les entreprises et les droits de l'Homme : Vers une traduction opérationnelle du cadre « protéger, respecter et réparer ».

Section 2. Un régime juridique pour la RSE sans spécificité aucune ou à venir ?

Beaucoup de juristes s'attendent à voir tomber la RSE, dans le giron du droit, car la *soft law* n'est pas proprement parler source de responsabilités juridiques. Mais une autre partie de la doctrine découvre un champ inexploré de nouvelles responsabilités, entre légalité et légitimité, sur les traces des gestionnaires. L'éthique permet d'établir cette distanciation nécessaire entre économique et juridique, pour fixer l'ordre de préséance.

Sous-section 1. Légitimité ou légalité ?

La légitimité (concept subjectif) n'a pas supplanté la légalité (concept objectif). Les actes sont appréciés à l'aune de ce dernier par le juge. Il n'existe pas de responsabilité juridique sans violation de la loi.

Les entreprises ne sont tenues de respecter les Droits de l'Homme que dans la mesure où une loi les y oblige : les abus dans les pays hôtes dont la législation à ce sujet est inexistante sont légions. Les articles 82 et 83 du Grenelle II (décret à venir) sont en pleine discussion pour connaître l'étendue des responsabilités des entreprises en la matière. L'ISO 26000, en discussion à Copenhague en mai 2010, a renoncé à un degré de responsabilité trop fort dans le cadre de la sphère d'influence des organisations, restant en définitive très en deçà des exigences posées dans les Principes Directeurs de l'OCDE pour les sociétés mères vis-à-vis de leurs filiales.

Le résultat est pour le moins surprenant. L'entreprise peut en effet être attaquée pour publicité mensongère, non pour violation des droits de l'enfant (affaires Nike) ou du droit à la santé (affaire Monsanto). En matière de publicité, des règles déontologiques strictes ont été posées dès lors que l'entreprise utilise des arguments écologiques. L'Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité a obtenu, ces derniers mois, plusieurs modifications de signatures de la part d'autres annonceurs. C'est dire que la responsabilité est purement déontologique et les visées téléologiques du développement durable ne se traduisent pas par une réelle responsabilité juridique sociétale.

Dans le cadre du rapport de gestion, la directive européenne n°2006/46/ CE du 14 juin 2006 (transposée par la loi française n°2008-649 du 3 juillet 2008), au nom de la transparence, exige des informations relatives au code de conduite. Selon le principe « *comply or explain* », le rapport de développement durable imposé aux sociétés cotées doit préciser si la société a un code de gouvernement des entreprises, comment elle l'a appliqué ou pourquoi elle a écarté

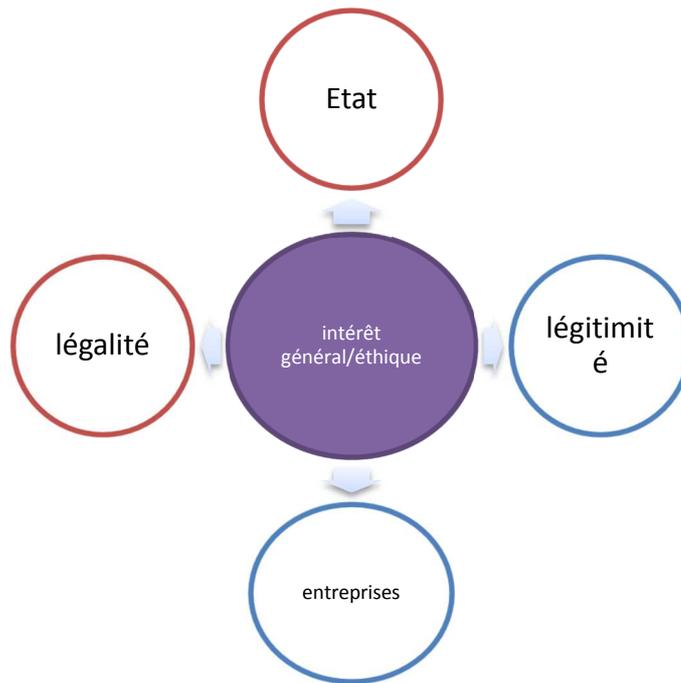
certaines dispositions de ce code et si elle n'en dispose pas, quelles règles sont mises en œuvre de manière complémentaire au-delà de la loi pour répondre aux besoins du développement durable.

Dans la même veine, ce sont des enjeux de pouvoir économique et financier qui sous-tendent les débats sur la gouvernance d'entreprise, plus que des enjeux juridiques. Ce n'est plus alors une question de légalité mais de légitimité voire de fondement juridique (liberté/société ; raison/vérité ; pragmatisme/idéalisme ; intérêt privé/intérêt général...)

Ce n'est pas un hasard, non plus, si, sortis de l'ombre par une jurisprudence audacieuse, les standards oubliés tels la bonne foi, l'équité, l'abus de droit sont aujourd'hui portés au rang de principes généraux et de fleurons de la RSE.

Mais, trop complexes les outils de la RSE ne sont peu ou prou pas utilisés, sauf de manière circonstanciée pour réparer ou pour se différencier. Les attentes des parties prenantes sont contradictoires quand elles ne dénotent pas de véritables enjeux de pouvoir loin des préoccupations juridiques. Les théories sur la *Corporate Governance* ont fait long feu. L'actionnaire reprend ses droits : l'entreprise doit produire avant tout et respecter des principes de transparence; seules les grandes sociétés (presque que toutes celles du CAC 40) peuvent s'afficher comme respectant des principes de RSE qu'elles déterminent avec soin. C'est une option, pas un substitut de responsabilité.

Le défi posé par la RSE est donc de déterminer, non pas l'intérêt général, en principe compétence des Etats, mais les biens communs, auxquels l'entreprise est censée apporter sa contribution. « Comment définir aujourd'hui les biens communs ? Qui dispose de la légitimité pour le faire ? À défaut d'instances supranationales reconnues, et du fait de l'effacement des Etats, tout est à construire. La réponse des approches libérales est que les parties prenantes doivent alors s'adresser directement à la grande entreprise qui se voit investie d'une responsabilité de « citoyenneté globale ». Face à cette autorégulation, les approches régulationnistes dénoncent cette privatisation du droit et rappellent la nécessité absolue d'un droit positif international ». (Capron et Quairel-Lanoizelée, 2010, p.115). Mais quelles obligations positives mettre à la charge des entreprises, sans déposséder dans le même temps, les Etats et les citoyens, de leurs prérogatives?



Sous-section 2. L'économique précède-t-il toujours le juridique ?

L'économique demeure l'objectif des entreprises selon l'article 1832 du Code civil définissant les sociétés commerciales ou civiles personnes morales ; c'est l'axe structurant même pour l'évaluation des responsabilités. C'est encore l'application d'une logique selon les moyens de chaque société et non selon ses besoins à long terme.

Mais la RSE justifie-t-elle un dépassement de la personnalité morale en contrepartie des pouvoirs économiques et financiers infinis déployés dans le cadre des entreprises multinationales ? Quelle est véritablement la nature de cette responsabilité ?

L'article 227 de la loi Grenelle 2 prévoit une responsabilité de la société mère en cas de dommages environnementaux causés par ses filiales. Cette responsabilité du fait d'autrui est vraiment la marque de cette évolution du droit de la responsabilité en fonction d'une logique d'indemnisation, donc économique, plus que juridique. Suite à l'affaire Metaleurop, on cherche vainement un payeur, une entreprise solvable, plus qu'un responsable/coupable. Quand la filiale a déposé le bilan, on va chercher la société mère pour apurer les dettes environnementales, qui, sinon, défait, reviennent à la collectivité impactée. L'objectif économique justifie l'utilisation du lien juridique pour fonder une responsabilité extensive. A suivre cette pente, certains juristes s'inquiètent néanmoins de la « négation de la personnalité morale » (Cozian *et alii*, 2012, p.791) qui en résulte, au nom du réchauffement climatique et de la gravité de l'atteinte à l'environnement.

Les comptes consolidés relèvent effectivement de la même logique. La responsabilité, ou plus exactement l'imputabilité morale, est très éloignée des considérations qui motivent la loi. Tout est une question de rapport de force, un droit construit dans l'intérêt économique de l'entreprise. Le doyen Carbonnier (1990, p.6) dépeignait le droit comme un « droit qui vit », « authentiquement vivant » parce qu'il se meut « dans le champ de la force », qu'il s'agisse de la violence légitime ou non, exercée par l'Etat ou par un autre ordre de contrainte. Le droit comptable se révèle ainsi plus pragmatique.

La question peut à ce stade être inversée compte tenu du poids de l'économie dans le droit. Est-ce l'éthique qui perd son âme et risque d'être absorbée par le phénomène normatif ou le droit qui, évalué à l'aune des politiques économiques, doit rendre des comptes de son efficacité juridique et économique pour être légitimement reconnu comme norme acceptable ? Ce débat est non résolu entre les philosophes qui s'attachent davantage à un « droit posé », plutôt qu'un « droit fondé » (Atias, 2012, p.218). C'est toute la distinction entre le droit naturel et le jusnaturalisme. La mode du jus-naturalisme, sur la recherche des fondements principaux du droit, a justement pu éclore dans une remise en cause de la pyramide de Kelsen, du droit positif, comme un ordre posé. La brèche dans l'ordre juridique traditionnel s'est également accompagnée de manière plus générale d'un questionnement sur la valeur des normes, de leur effectivité et de leur efficacité au regard d'objectifs fixés hors conceptions philosophiques du droit. Le droit n'est plus en relation symbiotique avec un idéal de justice, d'équité ou même de prudence, mais en tension avec un ordre économique conjoncturel que lui imposerait l'utilitarisme, le pragmatisme voire l'opportunisme. Le droit naturel a été supplanté par la théorie du contrat, qui, à l'extrême, peut être défini dans les mêmes termes que le transfert de droit sur les choses, autrement dit en droit subjectif. Ce que Hobbes présentait (Zarka, 2001a, p.81-83). C'est effectivement le rapport « qualité-prix » ou « coût-bénéfice » qui l'emporte, comme si le droit était devenu un produit comme un autre que l'on achète ou rejette. A l'aune de l'éthique des affaires bien comprise, le droit est accepté s'il est utile aux organisations, pour permettre de dégager un bénéfice collectif. Cette acceptation de la régulation morale instaurée refoule toute régulation juridique. Progressivement, le bénéfice collectif se réduit à un profit purement économique ou plus exactement à la réduction des coûts pour la société. S'il participe au bien-être de la société, il devient un moyen au service de la société de consommation, qui doit évoluer au gré de ses envies. Au mieux, le droit est conçu comme un bien commun mondial qui peut dans l'absolu être évalué. Cette tendance nouvelle à mélanger l'économie et le droit est également dénoncée par Denys de Béchillon (1997) dans sa recherche de définition de la règle de Droit ? L'éthique normative vient

surtout, à notre sens, relancer l'éternelle question ontologique du « *quid jus* » ? Quelles sont les nouvelles frontières de la norme juridique avec les normes d'origine privée ?

Les entreprises veulent pouvoir promouvoir leurs propres référentiels, participer à leur élaboration, et choisir d'y adhérer ou non. La norme devient le fruit d'un droit négocié, un contrat moral sous conditions suspensives, une simple option. L'entreprise se réserve le droit d'adopter la norme ou de l'adapter. Ce que d'aucuns appellent l'appropriation de la norme (Cappelletti, 2010), dans une éthique positive et libérale ; d'autres considèrent, dans une perspective plus critique, l'envers de la médaille et la « privatisation du droit ». Yvon Pesqueux (2007c) compare alors la « loi » à une « règle du jeu », un « contexte d'obligations sans droits ». « L'intérêt général serait-il passé par pertes et profits »? (Minc, 1990, p.44). Cet auteur conclut, avec force d'arguments, dans son livre, « l'Argent fou », que « la vertu est pourtant consubstantielle au marché » (Minc, 1990, p.273).

Max Weber (2004), Luc Boltanski et Eve Chiapello (1999), ou encore Bernard Girard (2008) démontrent d'une manière analogue que sans respect de règles morales ou sans états moral, le marché ne peut pas fonctionner ou sinon très difficilement. Effectivement, soit le droit ou la loi perdent leur sens premier ou leur valeur, soit c'est l'éthique qui disparaît du champ sémantique de l'économie. Cette marchandisation du droit ne peut, à notre sens, être évitée qu'en remettant l'éthique au cœur du dispositif juridique. La notion de norme effectivement s'est élargie au point d'interroger sur ses frontières par rapport au droit, mais également par rapport à l'éthique, autrement dit par rapport à des principes ou des valeurs. Et ces liens sont à notre sens indissolubles, si l'on ne veut pas instrumentaliser le droit. La légitimité du droit se gagne ainsi parce que « la raison pratique », l'emporte sur la logique formelle du droit, la « théorie pure du droit de Kelsen » (Dubouchet, 2008, p.9). Le droit ne peut être un bon outil de gestion que s'il n'est pas une technique asservie à la gestion mais un outil au service de l'Homme en société.

Conclusion

Face aux méfaits d'un capitalisme débridé ou sans borne, l'interrogation sur les fins ultimes de l'économie est posée. L'éthique précède sans nul doute la responsabilité juridique qui traduit alors des valeurs comme la justice, l'égalité, la responsabilité notamment à l'égard des générations futures. Léon Walras avait pressenti que l'économie était normative dans le cadre de son analyse de l'économie sociale. Amartya Sen lui fait écho lorsqu'elle prétend que l'économie est une science morale.

La réflexion sur la RSE est en marche sur les fondements (transparence, légitimité, proportionnalité, environnement, santé et sécurité, etc.) qui, sans nul doute, deviendront des

impératifs à ne plus transgresser. La dialectique dans des objectifs ou des causes apparemment antinomiques est saine. Elles prouvent que les fondements ne dépassent pas le cadre légal : ils s'y inscrivent. Mais c'est l'accentuation choisie qui dévoile le volet sociétal de cette responsabilité classique, dépoussiérée de sa gangue procédurale pour mieux servir les Droits de l'Homme demeurés en arrière-plan.

Chapitre 2. L'entreprise citoyenne, comme fiction juridique instituyente

Le concept de RSE associé à celui d'entreprise citoyenne peut laisser croire à une idéologie plus qu'à une utopie réalisable (Friedman Y., 2000) tant l'oxymore peut choquer. Pour autant, une réflexion approfondie de l'entreprise citoyenne (Barraud, 2013), comme consécration de la RSE, autorise la qualification de concept au sens de « résultat d'un double acte de généralisation et d'abstraction symbolisé par un mot » (Parain-Vial, 1959, p.131). Dans la logique de l'entreprise citoyenne, l'entreprise aurait de nouvelles missions sociétales, parce qu'elle est une personne (1^{ère} fiction) morale et est responsable du bien-être des citoyens, au même titre que l'Etat, qui ayant délaissé ses fonctions premières de définir l'intérêt général, partage au niveau économique, le soin de satisfaire les attentes sociales, avec les entreprises. Par un glissement sémantique, révélateur de ce schéma de pensée nouveau, l'entreprise se voit attribuer de nouvelles responsabilités sociales et économiques (2^{ème} fiction).

Cette double fiction peut surprendre au premier abord mais les personnes morales sont des personnes qui ont des droits donc des devoirs. Le développement durable oblige effectivement à prendre une autre posture et poussent les entreprises à adopter un autre modèle. Réduire l'impact des externalités négatives est dépassé. Le *greenwashing*, dans ces conditions, devient criminel. La formalisation de l'éthique dans le cadre de la RSE atteste d'un véritable changement de paradigme nécessaire pour la survie de l'humanité.

John Neville Keynes, sur les traces de Léon Walras, opposait une trilogie entre l'économie pure, l'économie appliquée et l'économie sociale. L'entreprise est alors au cœur du processus. L'éthique d'entreprise n'est pas qu'un moyen de se conformer au système, tel que le présentait Platon, mais de le modifier en profondeur. Les prémisses d'une nouvelle relation entre l'entreprise et la société sont posées. Même si les limites de la citoyenneté d'entreprise sont également visibles : « dans quelle mesure une entreprise peut-elle être responsable à l'égard de la cohésion sociale ? » (Lépineux, 2003).

Au titre des droits, nous dénoncerons juste l'effet pervers du système qui consiste, ce qui est séduisant, compte tenu de l'analogie avec les personnes physiques, à attribuer aussi des « droits de la personne » ou plutôt de l'homme en tant qu'être humain à l'entreprise. Cette dérive est sensible dans les travaux de la jurisprudence des droits de l'Homme (Mathey, 2011).

Les entreprises ont pour beaucoup la personnalité morale. Elles sont considérées parfois comme des citoyens ou des ressortissants de la communauté européenne (art. 17-1 du traité de Rome) tributaires de droits et de devoirs et la Cour européenne des Droits de l'Homme les considèrent même titulaires de droits de l'Homme.

Fiction ou réalité, le débat sur la notion de « société personne morale » est ancien : il n'est pas clos. Selon la conception retenue, les nouveaux rôles assignés à l'entreprise prennent tout leur sens. Mais quelle force contraignante ont les nouvelles responsabilités qui pèsent sur elle ?

Section 1. La personnalité « morale » de l'entreprise : fiction ou réalité ?

Depuis une jurisprudence célèbre de 1954, la théorie de la réalité s'imposerait : la personne morale s'effacerait alors derrière la personne des dirigeants, le contrat étant la seule source de droit donc de responsabilité. Pour autant, la réforme sur les sociétés commerciales de 1966 et la loi Nouvelles régulations économiques de 2001 consacrent ou renforcent la thèse de la fiction : l'entreprise personne morale par l'immatriculation au RCS doit répondre de ses actes personnellement.

La réalité n'a de sens que dès lors que l'abstraction de la personne morale est compatible avec l'existence de ses droits ou ses devoirs. Or, la société est soumise à la loi ; elle a une forme d'autonomie. Si elle n'est pas porteuse d'une dignité comme l'être humain, elle n'en demeure pas moins soumise au principe d'égalité, d'obligations (nationalité, siège social...) et, en particulier, environnementales. Elle a souvent, notamment pour les multinationales, un rôle politique via le lobbying. Est-ce un intérêt social ?

Sous-section 1. Personne morale et réalité économique

L'entreprise prend corps avec la RSE mais reste un objet frontière par définition faute de borne juridique ou de concept gestionnaire suffisamment stable ou consensuel pour donner naissance à une vraie théorie. Les débats passionnés des juristes pour qualifier l'entreprise tantôt de « société- institution » tantôt de « société-contrat » lors de la réforme de 1966 sur les sociétés commerciales, débats renouvelés faute d'aboutir à une solution tranchée, lors de la loi sur les nouvelles régulations économiques de 2001, reflètent ces divergences fondamentales et expliquent en grande partie les faiblesses conceptuelles de la RSE. Si l'entreprise est une réalité économique, elle n'est curieusement pas encore reconnue par le droit (Paillusseau, 1997).

1. L'entreprise, réalité économique

Ce n'est donc pas un hasard si plus qu'un oxymore, l'entreprise citoyenne apparaît comme idée sans fondement. Associée à « l'horreur économique », elle choque. Pour les partisans de la valeur actionnariale, elle est perçue, à l'inverse, comme une idée subversive. Bory et Lochard en concluent « qu'elle demeure pour une part un échafaudage rhétorique, une intention, une promesse éthique – mais une fiction non dépourvue d'efficacité et notamment celle de donner à de nombreux acteurs de « bonnes raisons » de croire en elle et de la mettre en œuvre » (2009, p.49).

Nous avons démontré les liens structurels entre le politique et le droit, le pont tracé par l'univers des normes, dont l'origine peut être publique et privée dans l'intérêt général ou le Bien commun et la nécessité d'une colonne vertébrale éthique dans toute forme de responsabilité.

Si la RSE correspond à une fiction en tant qu'imaginaire politique, il n'est pas inutile de rappeler les idées émises pour lui donner corps même au-delà de ses fondements normatifs indéniables, quand bien même risque-t-elle de s'y dissoudre. Par définition, l'idée de fiction, peut revêtir plusieurs formes dont celle du contrat social ou de l'institution (Zarka, 2001a, Pesqueux, 2007a).

Lucas de Leyssac (1997) reconnaît, quant à lui, une citoyenneté économique d'entreprise afin de lui confier des devoirs en contrepartie des biens qu'elle prend à la collectivité. Dans les théories de la RSE, le mythe du contrat social revisité a ainsi apporté quelques pistes intéressantes. Nous avons montré les risques de cette théorie, notamment en s'appuyant sur le droit mais également et surtout sur la sociologie (Bory et Lochard, 2009). La théorie des nœuds de contrats, liée à la précédente, mais plus pragmatique, permet une meilleure compréhension de la sphère d'influence ou de ses limites mais ne permet pas de rompre avec les excès du libéralisme.

Moins philosophiques et davantage gestionnaires, les théories de l'agence, des ressources limitées, ou des parties prenantes ont permis au discours sur la RSE et aux bonnes intentions managériales de progresser, mais faute d'aboutir à une construction scientifique solide, déterminante et reconnue efficace par tous, ces théories ont conduit en définitive la RSE dans l'impasse. Une littérature critique a ainsi préconisé d'en finir avec la théorie de l'agence (Savall, 2012) et de « sortir du face-à-face des parties prenantes » (Bessire, 2006). Yvon Pesqueux a même, après avoir dénoncé l'ambiguïté du concept de RSE, évoqué la fin de l'histoire RSE (2009a).

Pour autant, les juristes jubilent-ils ? Ont-ils obtenu ce qu'ils voulaient à terme ? Rien n'est moins sûr. L'inflation normative publique ou privée oblige les juristes à plus de modestie. Eux-mêmes craignent ces débordements contreproductifs voire nuisibles.

La plus belle théorie ne peut donner que ce qu'elle a (Albouy, 2012) et on ne saurait demander à la RSE de suppléer les carences de l'Etat (Gendron, 2010). Plus globalement, ce sont les incantations au développement durable, sur fonds de discours de soutenabilité forte pour un changement de paradigme avec rupture politique économique qui contrastent avec le « tragique de l'action » (Hegel, 1978 - « L'esprit vrai, l'ordre éthique » - p. 14-49) plus proche des adeptes de la soutenabilité faible (Harribey, 1998) qui attendent avec patience ou impatience des relais hypothétiques ou spontanés pour combler le vide institutionnel.

Plus intéressante, la réflexion sur le droit, en tant qu'outil de gestion, pour savoir si la RSE, au-delà de ses faiblesses constitutionnelles, aurait ce potentiel régulateur propre aux nouveaux concepts auxquels on attache finalement une certaine force normative, voire aurait des vertus organisationnelles, susceptibles de construire un monde idéal, au-delà de la norme. Le plein déploiement de l'outil, susceptible de produire une organisation fonctionnelle, ne peut être prédit. C'est toute la faiblesse du droit. Toutefois, par anticipation et dans la mise en tension entre le passé et futur à réaliser, toute une palette de situations plausibles, possibles, voire prévisibles peuvent guider l'action a priori pour éviter de tomber dans le déterminisme. Le développement durable incite les juristes, à prévenir et prescrire par précaution. L'évolution du droit de la responsabilité et la consécration de la théorie des risques ont contraint à renforcer la fiction de la personnalité morale avec un volet pénal. Les effets escomptés ont justifié le choix de l'outil en fonction de ses performances.

Dans la lignée de cette construction légale fondée sur la fiction juridique, nous proposons, dans une vision postnormative (Desreumaux, 2008), de considérer l'entreprise citoyenne comme une fiction de la RSE.

Avec sa propre personnalité, l'entreprise peut avoir une conception de sa responsabilité sociale et des missions que la société au sens large lui confère. Ce n'est donc plus une simple coalition d'acteurs (actionnaires ou dirigeants) ayant leurs objectifs propres, selon l'approche behavioriste ou le rapprochement d'intérêts antagonistes ou communs (théorie du contrat social de Rousseau, patrimoine d'affectation de Champaud) qui ne représentent que la somme d'intérêts individuels sans faire naître l'expression d'une volonté générale transcendante.

2. **Entreprise et intérêt social**

L'intérêt social voire l'intérêt collectif selon la RSE implique une vision différente de l'entreprise, une volonté et des actes en conséquence personnels à l'entreprise dont elle doit répondre en tant que telle. Au nom de la RSE, la fermeture d'un établissement cause des licenciements ce qui est antisocial par définition. Le droit du travail en France est d'ordre public : il prévaut sur bien d'autres branches du droit. Le nombre d'incriminations en droit social n'a fait que croître ces dernières années. Ce sont les principales infractions que les chefs d'entreprises redoutent.

Mais la sensibilité est différente en France et aux Etats Unis sur cette notion de responsabilité sociale voire sociétale. L'équilibre est subtil : l'intérêt général (règlementation pénale) supplante les intérêts privés (législation civile ou liberté contractuelle). Parfois ils se confondent. La SOX est l'exemple topique de la difficulté de placer le curseur pour protéger les intérêts les plus fondamentaux au nom de la RSE. L'actionnariat retrouve ainsi sa place originelle de décideurs ou de pourfendeurs des illicéités dans les rapports de gestion parce que seuls les fonds de pension assurent aux Etats-Unis les retraites. Tricher avec l'actionnariat, c'est faire prendre le risque à toute la population qui n'est plus en activité de perdre toute source de revenus. Mais qui certifiera les comptes ? Qui acceptera d'être responsable de fautes commises par le client à l'insu du commissaire aux comptes ? Utopie ou réaction saine après les nombreux scandales financiers de grands groupes mondiaux ?

La loi sécurité financière en France soulève les mêmes problématiques. Toutefois le cœur de la RSE est différent : la SOX recherche une plus grande transparence, empreinte du réalisme de la *Common Law*, le droit français vise de recouvrer la confiance, préalable nécessaire, mais ô combien difficile à mettre en œuvre juridiquement.

De surcroît, par son lobbying, l'entreprise influence les lois, les instances donc les normes socioéconomiques, participant ainsi au jeu des institutions (Trébulle, 2006, p.41). Par les emplois créés, les richesses apportées, l'entreprise contribue au développement local : on ne peut nier que l'entreprise ne participe pas à la vie sociale ou ne répond pas à des objectifs d'intérêt social voire public.

En cas de corruption ou autres atteintes graves à l'intérêt public, les entreprises tombent sous le coup de la loi pénale et peuvent être dissoutes.

Sous-section 2. Personne morale et réalité de la peine

C'est l'esprit qui a présidé à la naissance de la personnalité morale et surtout à la responsabilité pénale des personnes morales dont le champ a été étendu à toutes les

infractions en mars 2004 par la loi Perben II, qui permet de comprendre cette tendance à l'accroissement des revendications sociales en matière de sanction. Les résistances ont été nombreuses car la personne morale ne peut subir ni interrogatoires ni peines d'emprisonnement. Le droit américain, plus pragmatique, préfère adopter une responsabilité de type civil avec un montant des amendes dissuasif pour la personne morale (*penalties*) et une responsabilité pénale individuelle pour le chef d'entreprise ; les dirigeants collectivement plient de ce fait. Les solutions procédurales sont souvent hybrides. Le justiciable français a en outre l'opportunité de porter plainte contre la personne morale et les dirigeants ou bien soit l'un, soit l'autre. Ses chances de succès sont plus importantes, selon la pérennité de l'entreprise ou le risque d'instabilité managériale. Mais l'assurance est admise pour les managers en matière pénale aux Etats-Unis : cette solution choque moralement en France.

Le développement des responsabilités pénales est manifeste dans le but de réhabiliter l'idée de châtement. L'unité de la faute civile et pénale laisse place à une dichotomie quant aux moyens et la fonction de la responsabilité. La punition a vocation à l'exemplarité : elle est en soi porteuse d'un message moralisateur. C'est ainsi que sont perçues les infractions environnementales et la notion de dommage écologique. A défaut de sujet personnifié (la nature n'étant pas, au regard du droit, une « personne » victime), le coupable est toutefois désigné. Dans l'affaire Erika récente, l'entreprise Total a s'est défendue sur le thème « je suis solvable, mais pas coupable » variante du tristement célèbre plaidoyer des politiques dans l'affaire du sang contaminé : « je suis responsable mais pas coupable »...

Il en est de même sur le plan civil lorsque le montant des dommages et intérêts fixé peut n'être supporté que par l'entreprise personne morale, compte tenu de ses ressources propres, la réparation par le responsable personne physique étant de fait illusoire dans bon nombre de circonstances. La société civile réclamait un payeur. La jurisprudence française est de ce fait très stricte dans les conditions d'admission de l'abus de fonction (droit privé) ou de la faute purement personnelle, dénuée de tout lien avec le service (droit administratif). La logique se comprend alors aisément. L'objectif est alors l'indemnisation des victimes par l'entreprise ou l'Etat (et ses démembrements) considérés comme plus solvables que le salarié ou le fonctionnaire responsable. L'efficacité de la réparation pour les parties victimes dépend de cette conception large de la responsabilité, sans faute de la personne morale.

Un florilège de textes a alors obligé les entreprises à s'assurer pour couvrir tout risque d'exploitation, même le plus improbable. Ce système assurantiel lié à une véritable idéologie de réparation, éloigne cependant de la RSE car il secrète plus de méthodes de compensation que de réelle prévention. Le calcul stratégique s'arrête parfois aux moyens d'éluder les frais

de procès, alors que le risque contentieux ne constitue pas l'essentiel de la RSE dans sa dimension positive, constructive pour les générations futures. Une véritable dérive s'est instaurée : le judiciaire a pris le pas sur le juridique, la légalité sur la légitimité, la précaution sur la prévention.

De plus, des limites certaines à ces nouvelles responsabilités apparaissent dès lors que le contour de la mission de l'entreprise est mal défini.

Section 2. Les nouvelles missions sociétales de l'entreprise génératrices de responsabilité limitée ou illimitée ?

Quelle que soit sa liberté, sa volonté de maîtrise ou sa soif d'enrichissement, l'être humain doit répondre de ses actions dans une société donnée : c'est le respect d'autrui. Les personnes morales à l'instar des personnes physiques ont une mission citoyenne (Trébulle, 2006). Mais la question reste ouverte de savoir si la RSE crée à proprement parler de nouvelles responsabilités d'ordre juridique et quel serait le périmètre de ces responsabilités ?

Sous-section 1. Le droit positif : responsabilité illimitée ou irresponsabilité de fait ?

La force contraignante des textes est posée ouvertement. Parfois l'entreprise personne morale dans le cadre de la RSE est soumise à de nouvelles obligations encore non assorties de sanctions. L'article 116 de la NRE fixe ainsi un cadre législatif pour des entreprises cotées sans prévoir les responsabilités en cas d'atteinte au développement durable ou tout simplement les moyens de vérifier les promesses faites par les entreprises en la matière. Les mesures du Grenelle I et II n'ont fait qu'approfondir les exigences du reporting : les données environnementales et sociales font aujourd'hui l'objet par l'entreprise d'un rapport de gestion intégré. Il ne s'agit que d'une obligation de transparence, non d'une obligation de faire. La reddition des comptes s'apparente davantage à un exercice de communication sociétale (Capron et Quairel-Lanoizelée, 2009). Aucun contrôle autre que formel n'est opéré. Les cabinets d'audit utilisent des référentiels adaptés de la comptabilité pour examiner ces rapports afin de pouvoir délivrer leur attestation. La conformité n'est pas vérifiée : on se contente d'un degré de précision moindre qui permet ou non de délivrer une attestation raisonnable ou modérée sur ce rapport.

La responsabilité est alors tout à fait limitée pour ne pas dire absente : ce sont encore les exigences actionnariales qui servent de baromètre. Une hypothétique sanction du marché est attendue.

Les agences de notation sociétale qui donnent, sur demande des investisseurs voire des émetteurs de valeurs mobilières, ou à leur propre initiative, une analyse « extra-financière » de l'entreprise prennent le relais sans relever expressément d'un système totalement indépendant ou, pour le moins, concurrentiel. La performance globale est mesurée dans une parfaite subjectivité. Soumises à l'obligation de rendre un rapport à l'AMF (Autorité des Marchés Financiers), leur responsabilité est loin d'être aussi lourde que celles des analystes financiers³⁹⁶ : la profession n'est pas réglementée et l'éthique propre à chaque agence de *rating* n'est pas toujours une garantie. Il est moins risqué, de nos jours, d'être déontologue que commissaire aux comptes... L'un ne relève que d'une responsabilité délictuelle classique, avec lien de causalité à démontrer, l'autre d'une responsabilité d'ordre public économique.

A l'inverse, les textes existent parfois avec des sanctions bien définies mais inapplicables dans les faits ou inappliquées. Les réglementations sur la protection de l'environnement ou la contrefaçon restent souvent lettres mortes faute de preuve ou de pouvoir dénoncer précisément le coupable dans un délai proche de la forclusion plus que de la prescription.

Sur quelles bases puisque les concepts de RSE divergent suivant les systèmes juridiques voire les régimes politiques ?

Les sanctions ne sont pas prononcées car jugées excessives ou non crédibles dans un monde où les valeurs identiques partagées n'existent pas. Conflit de valeurs ou absence d'un petit dénominateur commun de valeurs, le résultat est sensiblement le même.

Sont-ce les balbutiements d'un système en émergence à construire plus rigoureux ? Ou bien faut-il se contenter de mesures plus souples ? Les outils de la *soft law* créent en définitive une responsabilité élastique.

Sous-section 2. La citoyenneté d'entreprise accordée comme condition de sa responsabilité

L'Année européenne de la citoyenneté 2013 va-t-elle inclure un volet spécifique sur la citoyenneté des entreprises pour promouvoir le concept d'entreprise citoyenne comme le demande le Parlement européen ?

³⁹⁶ V. affaire LVMH c/ Morgan Stanley, commentaires par Nicolas Rontchevsky, « retour à l'orthodoxie juridique », RTDCom. 2006, p.875

1. Notion de citoyenneté d'entreprise

L'institutionnalisation de l'entreprise, sa propulsion dans la gouvernance mondiale, et l'interdépendance entre les Etats, les organisations et la société civile renvoient à l'idée d'entreprise citoyenne non pas dans la catégorie des oxymores, mais plutôt des fictions, autrement dit, des abstractions possibles. L'avantage de cette conception permet par la fiction juridique, utilisée comme outil à destination des entreprises comme moyen d'établir leur responsabilité en contrepartie de leurs pouvoirs de fait (ou encadrement de ses pouvoirs de droit). Car la fiction juridique est fondée sur un acte de volonté (Wicker, 1997), produit de la liberté, créateur de droits et de responsabilités.

La personne humaine étant en fait le substrat d'une personnalité juridique accordé à un individu, sujet de droit, on peut être tenté d'extrapoler pour donner à l'entreprise la même dimension dans l'objectif de sa conscience de sa propre responsabilité et la visibilité/lisibilité de sa présence. Par le truchement de la personnalité juridique, on quitte le monde des faits, de la possession, du pouvoir pour accéder au droit, à la propriété, et à la responsabilité. Jusqu'à présent, les entreprises se plaçaient hors du champ du droit en matière de RSE pour tenter d'échapper à leur responsabilité juridique. En leur conférant le droit d'être responsable, on leur accorde le pouvoir d'agir à l'instar des Etats ou des citoyens. C'est une compensation puisque l'entreprise personne morale, à l'image des personnes physiques, est titulaire de droits mais également de devoirs.

Il ne s'agit pas illégitimement de déposséder le citoyen ou l'Etat sources de droit, mais de donner les moyens d'encadrer l'entreprise pour que sa responsabilité devienne réalité et contrepartie de son pouvoir dans la gouvernance mondiale. Il s'agit de passer du pouvoir de l'ombre à la lumière des feux de la responsabilité. Les personnes morales ne sont que des fictions ; accepter la réalité de la personne morale revient à lui conférer des droits subjectifs comme les personnes physiques, excès que nous avons dénoncé (V. Partie 2). La personnalité morale ou l'entreprise citoyenne ne peuvent qu'une technique pour permettre un contrôle par les Etats pour admettre une « citoyenneté secondaire » (Trébulle, 2006, p.41).

Pour se relever de l'ornière normative, la RSE doit passer par le droit et cette nouvelle éthique de la responsabilité. C'est aussi une issue.

Concéder la personnalité morale à l'entreprise, c'est construire également le droit de l'entreprise : l'entreprise ne peut dépendre que de sociétés qui portent une responsabilité. Déconnectée de la propriété et de la responsabilité donc de la personnalité, les entreprises n'existent pas ou agissent en réseau en toute impunité avec tout pouvoir. Or, elles en peuvent être reconnues comme ayant un pouvoir normatif (acte de volonté) sans responsabilité

corrélative. Et il serait plus sain de leur accorder une personnalité morale que de leur conférer le droit d'utiliser ou de marchander les droits humains qui ne leur sont pas destinés.

Zarka (2001a) propose un cadre d'analyse où l'entreprise pourrait être caractérisée par une « éthique » conçue comme « une sorte de fiction garantissant la permanence de l'institution et constituant une ébauche de réponse aux pressions de l'environnement ». Et il s'inscrit dans un projet de philosophie morale et politique selon quatre registres. Formaliser l'éthique revient pour lui à offrir un outil de régulation à l'intention des autres que les parties prenantes. Il poursuit ainsi les travaux de Mercier sur l'éthique d'entreprise. Cette formalisation de l'éthique permettrait de parvenir par la fiction à « l'unité des rationalités divergentes », un « nous social » (Noël, « l'entreprise entre « nous collectif » et conflit de rationalités : l'éthique comme condition d'existence de l'entreprise »).

Nous proposons de lui adjoindre un cinquième registre en créant une responsabilité du 4^{ème} type par la construction d'une personne morale.

Registre	Fonction du pouvoir
Fiction comme dissimulation	Manipuler les sujets
Fiction comme support de l'institution	Permanence du pouvoir
Fiction comme mythe	Contrat social
Fiction de l'historiographie	Symboles historiques (personnages célèbres)
Fiction comme construction de la personne morale et de la citoyenneté	Une responsabilité juridique du 4^{ème} type (RSE)

Les organisations avaient déjà le support de l'institution pour obtenir une certaine permanence dans leur pouvoir. La fiction juridique permet d'aller plus loin en donnant des droits et des devoirs à l'entreprise personne morale ou aux groupes de sociétés qui sous-tendent les activités économiques de l'entreprise quel que soit le lieu.

2. L'entreprise dans la gouvernance mondiale : l'exercice de la responsabilité sociale

L'entreprise a bien un de gré de liberté défini comme « une capacité à effectuer des choix au milieu de différentes contraintes » (Pigé, 2008, p.237).

L'entreprise exerce déjà ses pouvoirs dans la gouvernance mondiale. En toute transparence, pour des questions d'éthique, il serait souhaitable qu'elle apparaisse à visage découvert. C'est dans cet espace de dialogue, où la coresponsabilité peut s'instaurer, parce qu'il est « ouvert »

et « discrétionnaire » (Pigé, 2008, p.235). Il faut pour cela non seulement une refondation des pouvoirs (Delmas-Marty, 2007) mais également une « recomposition des paysages juridiques », avec de nouvelles formes de gouvernance et « une éthique universelle de la responsabilité » (Eberhard, 2005, 2008).

L'expérience des commissions de normalisation, même institutionnalisées, montre que personnes physiques et personnes morales peuvent travailler en commun dans l'intérêt général, chaque personne physique représentant un acteur économique ou un groupe d'acteurs. L'espace n'est pas clos. Il n'est pas parfait. Mais pouvoirs et responsabilités s'équilibrent. Est-ce un hasard si le dirigeant de la Commission DDRS de l'AFNOR est délégué général du Pacte mondial ? Le dépassement des conflits d'intérêts possibles est le fruit d'un travail commun de différentes parties prenantes privées ou publiques intéressées au développement de la RSE.

Le contrat de société qui intégrerait l'intérêt général (proposition intéressante n°1 de Yann Queinnec et William Bourdon, 2010) est un premier pas, mais il n'est pas suffisant pour instituer la RSE et pose la question du rôle de l'Etat et de sa légitimité. Les entreprises ne sont pas à notre sens sur un pied d'égalité avec les Etats. Selon le rapport de forces en présence, il peut être défavorable à l'intérêt général.

En creusant l'idée d'entreprise institution, on ne fait que prendre acte d'un fait pour en tirer les conséquences juridiques et l'orienter pour que la RSE soit effective. On met ici le droit en capacité d'encadrer un rapport de force, sans porter atteinte au contrat. On dépasse le contrat, qui n'explique pas toujours dans la sphère d'influence les liens et les responsabilités.

La fiction l'encadre par le droit, mais ne rigidifie pas le cadre au point de le déshumaniser. Un certain cadre structure et protège. Il est même la base de toute forme de régulation.

La fiction juridique de l'entreprise (au-delà des sociétés) permet d'entrevoir les groupes de sociétés comme inhérents aux entreprises et donc indissolublement liés.

On rejoint ici l'idée que l'utopie n'est pas un lieu mais un voyage au pays imaginaire, un récit de fiction (Lamizet, p.149) pour une refondation des pouvoirs (Delmas-Marty, 2007).

Conclusion

Il en résulte le schéma suivant : plus les missions confiées à l'entreprise personne morale (ou non) sont nombreuses, énumérées de manière large et souple, avec un rappel universel des Droits de l'Homme en filigrane, plus les responsabilités qui vont en découler seront floues voire indéfinies, autrement dit limitées. La démarche est avant tout éthique.

En revanche, d'un point de vue juridique, la conception de la responsabilité pour autrui s'est considérablement étendue du fait du développement de la RSE. C'est la double fiction juridique qui permet d'institutionnaliser l'entreprise citoyenne. La notion de personnalité morale autorise en droit français cette construction ; en droit de la *Common Law*, seule l'idée de contrat – statuts de société - permet l'exercice de la RSE par le truchement des B-Corporations, dans certains Etats des Etats-Unis, qui ont modifié en conséquence leur code de commerce.

Conclusion générale

« L'utopie n'est-elle pas ce qui n'a pas encore été réalisé ? »
(Paul Valéry, *La réception critique des cahiers 1894 -1914*, Gallimard 2007)

La Responsabilité Sociale de l'Entreprise, en tant que thème de gestion n'est plus (Pesqueux, 2009b) : elle a vécu. La RSE est devenue normative et risque de s'enliser dans des normes de droit souple, voire de se confondre à la norme de droit. Par effet miroir, les normes juridiques ont elles-mêmes perdu vigueur et rigueur. Au droit souple s'est ainsi ajouté un droit flou qui sape les fondements même du droit.

Néanmoins l'institutionnalisation de la RSE ressemble à l'escargot qui fascinait tant Dali parce qu'il est mou, peut se tordre à l'infini sans tomber, en portant sa maison sur son dos et réussit le miracle de se déplacer. La coquille est parfois fragile comme certaines variétés au Royaume Uni mais l'esprit reste le même : c'est un corps mou qui fait un effort considérable pour tirer un corps plus dur et plus rigide mais il avance... **c'est l'utopie réalisée !**



Figure 31 L'escargot - Salvador DALI

L'utopie ou l'idéologie serait de penser revenir à un système normatif hiérarchisé où l'Etat serait seul producteur de normes, sans dialogue ni concertation. L'Etat Providence n'est plus. Lui aussi a vécu. Un autre monde est en marche.

Mais inverser les rôles et confier à l'entreprise le droit et/ou le devoir de suppléer les Etats dans leur rôle de définition de l'intérêt général est dangereux. L'entreprise prend le pouvoir que lui confère la *soft law* sans que celle-ci rétablisse l'équilibre en posant de réel contre-pouvoir. Car la *soft law* espère devenir effective, mais ne s'en donne pas les moyens. Pire, elle laisse place à une prolifération de normes issues des organisations (entreprises, autorités administratives indépendantes, etc.), qui prétendent relever de principes, de valeurs, de l'éthique normative : ces normes n'ont que les atours de normes de RSE. Les codes normatifs ont supplanté les codes véritablement déontologiques dans une logique de performance économique.

Or, l'entreprise participe au *bien-être* – secteur d'activité commerciale qui n'a jamais été aussi florissant – bien plus qu'au *bien commun*. Les biens communs mondiaux deviennent des marchandises comme les autres, des « biens », plus que des « choses communes » à partager : la *res publica* recule au profit de droits de propriété qui s'étendent, même aux droits de l'Homme (assimilation des personnes morales à des personnes physiques sans responsabilité corrélative, accès à l'eau potable) et, sans coup férir, à l'être humain (capital humain). Cette crise rappelle la démesure et le totalitarisme du scientisme.

Faute de réelle régulation structurante, il y a un risque majeur de confusion des pouvoirs, à travers le partage du processus normatif. Le droit sans les Etats (Cohen-Tanugi, 2003, p.285) ne peut plus jouer son rôle. Il n'est plus visible que dans sa gangue technique et procédurale qui lui fait perdre, sens, efficacité et efficience. Le droit n'est pas un bon instrument de gestion dès lors que la gestion risque de l'instrumentaliser par le mélange des genres, entre normes privées et publiques. Il faut que l'outil juridique soit utilisé à bon escient, **pour redresser ce qui est tordu**, et non que la technique juridique soit « asservie » (Bonneau, 2012, p.135).

La RSE est un concept de gestion qui a réveillé les consciences et permis de comprendre la nécessité de relier le droit et la gestion par l'éthique. Le droit souple de la RSE est un prélude à des mesures de droit dur. C'est la preuve de l'institutionnalisation de la RSE et des tentatives de dépassement. D'une affaire privée économique, la RSE est devenue une affaire publique, voire une affaire d'Etat (devoir de vigilance). Cette mutation normative est nécessaire, la réponse sociétale à la déviance étant insuffisante. La *hard law* est effectivement un passage obligé en amont ou en aval. Sans cadre, les distorsions de concurrence ou les

transgressions sont légions. La *soft law*, seule, ruine tout l'édifice par cristallisation d'une situation transitoire, « le moment libéral » (Pesqueux, 2007a, 2010b), sans remédier à la complexité des normes.

La tragédie des 3C (Cornu, 2006, p.119) est remplacée par l'hybridité, la flexibilité et la régulation de l'incertain (Le Goff, 2007). Timidement, ont été découverts des modes de gouvernance différents, tant au niveau de l'entreprise (*corporate governance*) qu'à l'échelle des instances internationales (gouvernance globale) : ces prémisses annoncent de nouveaux processus de décision de normes et y compris du droit. Le flou respecte le pluralisme. S'il perdure, c'est le désordre. Mais il ne représente pas la menace d'un droit trop souple qui avance bien trop lentement quand la « maison brûle »³⁹⁷.

L'utopie réalisable serait de lui donner des ailes pour qu'il aille plus vite. Mais dans quelle direction ? Il ne s'agit pas d'accélérer encore un processus normatif qui, prolifique et prométhéen, atteint la limite de l'explosion ou pire le mur de l'illusion. Il faut pour donner du sens, se donner « le temps de l'éthique ou l'éthique du temps », pour paraphraser Harribey (2000), afin de réduire l'inflation normative, ralentir le rythme effréné de la normalisation corrélatif et construire des formes de coresponsabilité, dans des zones d'inter-normativité, bien maîtrisées. Car il ne faut pas espérer aller bien loin avec quelques mesures de *hard law* protectrices des droits de l'Homme dans un océan de *soft law*. Les droits humains méritent mieux. On peut espérer des garanties au fur et à mesure que leur densité et leur volume augmentent.

Un ordre public s'instaure autour des droits fondamentaux, que les Etats doivent respecter : cette pression normative s'impose outre les Etats. *Ce jus cogens* émergent, flottant pourrait-on dire, n'est-il pas la preuve que la poussée d'Archimède à l'œuvre ?

Le pluralisme des normes est une condition, pour ne pas risquer à travers la RSE de nouvelles formes de totalitarisme en cherchant des normes à prétention universelle (Arnaud, 2004), sans respect de la diversité des cultures et des systèmes.

Le couplage droit et éthique est nécessaire si l'on ne veut pas risquer de considérer les droits humains comme de nouveaux biens que l'on peut s'échanger sur un marché. Le droit ne peut être un outil de gestion sans que l'humain soit celui qui décide de son usage. L'instrument n'est pas efficace en soi. **L'éthique individuelle ou le tiers garant sont symbolisés par cet aiguillon ou ange gardien sur l'escargot qui indique la marche à suivre**, la direction et

³⁹⁷ « Notre maison brûle et nous regardons ailleurs » phrase-choc, et devenue célèbre, prononcée par Jacques Chirac, président de la République française, en ouverture du discours qu'il fit devant l'assemblée plénière du IVe Sommet de la Terre le 2 septembre 2002 à Johannesburg, en Afrique du Sud.

donne la force de se battre pour la justice sociale. Il n'y a pas de stratégies inclusives qui vailent sans réelle intégration de tous : l'éthique ne peut être fragmentée ou réservée aux bien-portants. Le contrat social n'est jamais que la traduction de « la loi du plus fort » dès lors qu'un tiers garant, un contrôle, des organes de sanction extérieurs ne sont pas prévus dans le dispositif. L'autorégulation ou la régulation par les normes et les autorités indépendantes ne suffisent pas, la morale, seule, non plus. Le droit doit être contraignant et sanctionné pour être un instrument privilégié de l'action. Appliquée à la RSE, il convient de dépasser la fonction normative de « guide de l'agir » pour développer la fonction de « contrôle » (Jeammaud, 1993) aujourd'hui complètement délaissée par les pouvoirs publics qui se contentent d'exiger du *reporting* ou de donner des délégations de pouvoirs aux organismes de normalisation privés, voire bientôt aux commissaires aux comptes, sur des données pourtant sensibles, sociales, sociétales, ou environnementales pourtant difficilement quantifiables et mesurables, à l'aune d'instruments techniques et financiers.

L'Etat démocratique est le mieux placé pour remplir cette mission de contrôle, d'arbitrage et de sanction. Cette hiérarchie ne devrait pas être remise en cause par une régulation privée. Il convient de rechercher les compromis nécessaires, dans le cadre d'une gouvernance mondiale, dans de nouveaux espaces de dialogues inter ou intra entreprises et le respect des normes publiques qui doivent conserver leur suprématie sur les normes privées, pour faire cesser les compromissions qui anéantissent l'idée même de responsabilité sociale de l'entreprise.

L'illusion des contrôles, par la régulation souple, la multiplication des autorités indépendantes, **reviendrait à réduire cet ange à demeurer avec ses toutes petites ailes,** une mouche du coche. **L'escargot en cas de danger se replie dans sa maison.** Le « moment libéral » est un trou noir si aucune contrepartie n'est demandée aux acteurs socio-économiques pour exercer leur liberté donc leur responsabilité. Mais, il n'y a pas de créativité sans liberté, pas de responsabilité sans liberté. La liberté est un préalable pour penser de nouvelles responsabilités éthiques ou des responsabilités sociales élargies. Il faut étendre la liberté et la partager. Elle n'est pas un luxe, mais le préalable à toute forme d'éthique et de droit. La liberté est une condition de la responsabilité.

L'extension de la responsabilité du fait d'autrui est une nouvelle éthique de la responsabilité qui peut, par le jeu de la double fiction de la personnalité juridique et de la citoyenneté d'entreprise combinées, véritablement fonder l'entreprise. Elle est un moyen de remettre l'humain au cœur de l'économie. Telle est la conclusion de nos travaux.

En cherchant à définir la responsabilité sociale de l'entreprise, c'est finalement davantage les contours de l'entreprise que nous avons esquissés. Le droit de l'entreprise est-il en marche ?

Bibliographie générale

Ouvrages

ALDEEB ABU-SALELIEH S.A., *Introduction à la société musulmane, fondements, sources et principes*, Paris : Eyrolles, 2005, 467p.

AMANN B. et LETHIELLEUX L., *Le droit, outil de gestion*, France : Pearson Education, 2005, 244p.

AMIN S., L'eau, bien commun des peuples, in *Alternatives Sud* Vol. VIII, 2001.

AMOUGOU J.-P.T., L'eau, bien public, bien privé : l'Etat, les communautés locales et les multinationales, in *Alternatives Sud* Vol. VIII, 2001.

AMSELEK P., Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen, in *Etudes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg, Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Bruylant, 2000, p.33.

AMSELEK P., Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques, in : *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Dalloz, 2007

APOSTOLIDIS Ch., *Doctrines juridiques et droit international, critique de la connaissance juridique*, Paris : Eyrolles, 1991.

ARNAUD A.-J., *Entre modernité et mondialisation, Leçon d'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat*, 2^{ème} éd., Tome 20, 2004, 328p.

ARNAUD A.-J., *Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, Vol. 2 de la Critique de la raison juridique, LGDJ, 2003.

ARNAUD A.-J., Sociologie et droit : rapports savants, rapports politiques, in *Normes et régulation sociale juridique*, F. CHAZEL et J. COMMAILLE, LGDJ, 1991, p.85

ARNSPERGER Ch. et VAN PARIJS Ph., *Ethique économique et sociale*, Paris : La Découverte, Coll. Alternatives économiques, Repères, 2003.

ASCENSIO H., Rapport introductif, in *L'entreprise dans la société internationale*, (dir.) H. Gherari et Y. Kerbrat, Ed. Pedone, 2010, p.13-41

ATIAS C., *Philosophie du droit*, 3^{ème} mise à jour, Thémis droit, PUF, 2012

ATIAS C., *Droit civil, Les biens*, 7^{ème} éd., Litec, 2003.

ATIAS C., *Epistémologie juridique*, Coll. Droit fondamental- Droit politique et théorique, PUF 1985

ATTALI J., *La crise et après*, Paris : Fayard (édition réactualisée), 2009, 224p.

AUBY J. B., *La globalisation, le droit et l'État*, Montchrestien, 2003

AUCANTE V., PATRIGNANI M., NOWACK M., DE BAYSE X. (dir.), *L'économie peut-elle être solidaire ?* Paris : Parole et silence, 2006.

AUDRERIE D., SOUCHIER R., VILAR L., *Le patrimoine mondial*, Paris : PUF, Coll. Que sais-je ? 1998.

BACHELET M., *L'ingérence écologique*, Ed. Frison-Roche, 1995

BADDACHE F., *Le développement durable tout simplement*, Paris : Eyrolles, 2008, 321p.

BADINTER É., *Fausse route*, Paris : Odile Jacob, Coll. Livre de Poche, 2003, 224p.

BALIAN S., BAUDOIN J.-L., BOISDEFRE (de) M., CORNU L., et GRIMALDI M., L'art de définir dans le vocabulaire juridique, in *Hommage à Gérard Cornu, Droit et sagesse*, Ed. Dalloz-Sirey, 2009, p.59.

BALLET J., DE BRY F., CARIMENTRAND A., JOLIVET P., *L'entreprise et l'éthique*, Paris : Du Seuil, 2011 (nouvelle édition augmentée), 382p.

BALLET J. et MAHIEU F.-G, *Ethique économique*, Paris : Ellipses, Coll. Mise au point, 2003, 80p.

BARBIÉRI J.-F. et MONSERIE-BON M.-H, *Loi NRE et le droit des sociétés*, LGDJ, Montchrestien, 2003, 152p.

BARBIÉRI J.F., Responsabilité de la personne morale ou responsabilité des dirigeants ? in *La responsabilité personnelle à la dérive, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003.

BARDE J.-P., Le prix de l'eau, in *L'eau et la vie*, OCDE, 1999, n°93.

BARÈGE A., *L'éthique et le rapport au travail*, Bibliothèque de droit social, Tome 47, LGDJ, 2008

BARRAUD B., Globalisation, pluralisme juridique, multinationales, entreprises, Système des États, théorie de l'agence, analytique du pouvoir, constitutionnalisation, in *L'entreprise multinationale dans tous ses états, Archives de Philosophie du Droit*, Tome, 56, 2013, p.365-423

BATE R., La propriété comme préalable à la prévention de la pollution de l'eau, in *Droits de propriété et environnement*, Paris : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 1997.

BAUCHET P., *Concentration des multinationales et mutation des pouvoirs de l'Etat*, Institut de France, Paris : CNRS Editions, 2003, 105p.

BÉBÉAR P. (dir.), *La Société, une affaire d'entreprise? L'engagement sociétal des entreprises: enjeux, pratiques, perspectives*, Paris : Eyrolles, Coll. Entreprendre pour la Cité IMS, d'Organisation, 2006, 270p.

BÉCHILLON (de) D., *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?* Ed. Odile Jacob, 1997, réed. 2006

BECK U., *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris : Flammarion, 2008, 2ème éd., 521p.

BECKER G.S., *Human Capital*, University of Chicago Press, 1975.

BEHAR-TOUCHAIS M. (dir.), *La dénonciation en droit privé*, Ed. Economica, 2010

BEIGNIER B. Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs – Les principes généraux du droit et la procédure civile, in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Paris : Litec, 2001, p.153-170.

BELLET M., *La seconde humanité. De l'impasse majeure de ce que nous appelons l'économie*, Paris : Desclée Debrouwer, 1993.

BENNINI A., *Le voile de l'intérêt social*, LGDJ, 2013

BENOIT J., *Pédagogie de l'éthique*, EMS, coll. Questions de société, 2005, 440p.

BENYEKHFLEF K., *Une possible histoire de la norme : Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal : Thémis, 2008, 934p.

BENSEDDIK F., Démoraliser la responsabilité sociale, in BONNAFOUS-BOUCHER M. et PESQUEUX Y. (dir.) *Décider avec les parties prenantes, Approche d'une théorie nouvelle de la société civile*, Paris : La découverte, 2006, p.91-105

BENTHAM J., *Déontologie ou la science de la moralité* (1834), trad. Laroche B., Ed. François Dagognet, Encre marine, 2006

BERGEL J.-L., *Méthodologie juridique*, PUF 2001a

BERGEL J.-L., Paradoxes du droit immobilier français à la fin du XXème siècle, in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001b, p.641-652.

BERGERY L. (dir.), *Le management par les valeurs*, Lavoisier, Coll. Management, Société et Technologie, 2011.

BERNS T., DOCQUIR P.F., FRYDMAN B., HENNEBEL L., LEWKOWICZ, *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles : Bruylant, 2007.

BERTREL J.-P., Le débat sur la nature de la société, in *Droit et vie des affaires, Etudes offertes à la mémoire d'Alain Sayag*, 1997.

BESSIRE, D., Sortir du face-à-face entreprise et parties prenantes, In BONNAFOUS-BOUCHER, M. et PESQUEUX, Y., *Décider avec les parties prenantes, Approches d'une nouvelle théorie de la société civile*, Paris : La Découverte, 2006, p.54-65.

BOLTANSKI L. et CHIAPELLO E., *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris : Gallimard, 1999.

BONCORI A.-L., *La question du découplage des idéologies et techniques managériales : le cas de l'idéologie de la valeur actionnariale, une comparaison Etats-Unis/France (1995-2008)*, Thèse Paris 2, 2011.

BOISSON DE CHAZOURNES L. et MALJEAN-DUBOIS S., Normes « parajuridiques », système concurrent ou complémentaire : le rôle des ONG internationales et de la *soft law*, in FEUILLET-LE MINTIER B., *Normativité et biomédecine*, Economica, Etudes juridiques, t. 17, 2003, p.213-223.

BONNEAU Th., Le juriste et le droit des marchés financiers : la technique juridique « asservie » ? in *La place du juriste face à la norme*, Journées nationales, Thèmes & Commentaires de l'Association H. Capitant, Tome XVI, Dalloz, 2012, p.135-156.

BOUNFOUR A., *Capital immatériel, connaissance et performance*, L'Harmattan, 2006.

BOURGUINAT H., *Les intégrismes économiques, Essai sur la nouvelle donne planétaire*, Paris : Dalloz, 2006, 190p.

BOUTELET M. ET FRITZ J.-C. (dir.), *L'ordre public écologique, Towards an Ecological Public Order*, Bruxelles : Bruylant, 2005, 360p.

BOUTONNET M., *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Bibliothèque de droit privé, Tome 444, LGDJ, 2005

BOUYOUD F., *Le management stratégique de la responsabilité sociale des entreprises*, Thèse Lyon III, 2010

BOUYSSOU J., *Théorie générale du risque*, Paris : Economica, 1997, 146 p.

BOWEN H.R., *The Social Responsibilities of the Businessman*, New York : Harper and Row, 1953

BOY L., *L'intérêt collectif en droit français, réflexions sur la collectivisation du droit*, thèse Nice, 1979

BOY L., La valeur juridique de la normalisation, in CLAM J. et MARTIN G. (dir.), *Les nouvelles régulations juridiques*, Coll. Droit et société, LGDJ, Paris 1998, p.183.

BOY L., RACINE J.-B., SIIRIAINEN F. (coord.), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles : Larcier, 2009, 712p.

BOYER A., *L'impossible éthique des entreprises*, Paris : Ed. Organisation, 2002, 225p.

BRAMOULLÉ G., Droits de propriété et biens environnementaux, in FALQUE M. et MASSENET M., *Droits de propriété et environnement*, Dalloz, 1997.

BRÉGEON J., Développement durable versus responsabilité, in *Tous responsables*, IGALENS J. (dir.), Éditions d'Organisation, Paris, 2004, p.75-91

BRISSY Y. et GUIGOU D., *Gouvernance et communication financière*, Ed d'organisation, Eyrolles, 2008

BRUGÈRE F., *L'éthique du « care »*, Coll. Que sais-je ? PUF, 2011

BRUNET P. Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes, L'architecture du droit, *Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p.2.

CABALLERO F., *Essai sur la notion juridique de nuisance*, Paris : Coll. Bibliothèques de droit privé et de droit public, LGDJ, tome XI, 1981

CABANE P., *Manuel de gouvernance d'entreprise, Missions et fonctionnement des conseils, Meilleures pratiques de gouvernance, Rôle des administrateurs*, Ed. Eyrolles 2013

CABRILLAC R., *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, Bibliothèque de droit privé, Tome 213 : LGDJ, 1990.

CADET I., Les aspects juridiques de l'ISO 26000 : mise à jour 45, V-91 in *Management de la qualité*, PANNEKOUKE J.-Cl. (coord.), Mise à Jour 45, AFNOR Éditions, septembre 2011, Article V-91, p.1-20

CADET I., Les droits de l'homme dans l'Union européenne : un modèle de normes universelles? in *Normes : Origines et Conséquences des Crises*, (dir.) BESSIRE D., CAPPELLETTI L. et PIGÉ B., 2010c, Coll. Recherche en gestion, Economica, p.149-162.

CADET I., Discordance entre les droits de l'homme et le droit commercial : la globalisation ne rime pas avec universalisation des droits de l'homme, in SAVALL H., ZARDET, V. et BONNET M. (dir.), *Indicateurs d'évaluation de la responsabilité sociale et environnementale des entreprises ISEOR*, 2009a, Vol.1, p.377-388.

CADET I., Du besoin au changement dans l'optique du développement durable et responsabilité sociale de l'entreprise, la règle juridique comme passage obligé, Colloque international (ISEOR et Academy of Management), in SAVALL H., ZARDET, V., BONNET M. et PERON M. (dir.), Lyon, Ed. ISEOR, 2006, p.113-126.

CADET I., Aspects juridiques de la normalisation, Chapitre 10.7 in *Le nouveau guide juridique et fiscal*, Ed. Dalian/ Lamy, 2003.

CADIET L., Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation, in *Mélanges P.Drai*, Dalloz 1999.

CAÏS M.-F., DEL REY M.-J., RIBAUT J.-P., *L'eau et la vie, enjeux, perspectives et visions culturelles*, Charles Léopold Mayer, 1999.

CALLON M., LASCOUMES P. et BARTHE Y., *Agir dans un monde incertain – essai sur la démocratie technique*, Coll. « La couleur des idées », Paris : Seuil, 2002

CANTO-SPERBER M., *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, 2 vol., Paris : PUF, Quadrige Dico Poche, 2004.

CANTO-SPERBER M. et OGIEN R., *La philosophie morale*, Coll. Que sais-je ? PUF, 2010

CAPRON M., *Les normes comptables internationales, instrument du capitalisme financier*, Entreprise & Société, 2005.

CAPRON M. et QUAIREL-LANOIZELÉE F., *La responsabilité sociale d'entreprise*, Coll. repères, Paris : La Découverte, 2010, 2^{ème} éd. 122p.

CAPRON M. et QUAIREL-LANOIZELÉE F., *Mythes et réalités de l'entreprise responsable : Acteurs, enjeux, stratégies*, Paris : La Découverte, coll. Alternatives économiques, 2004, 192p.

CAPRON M., QUAIREL-LANOIZELÉE F. et TURCOTTE M.-F. (dir.), *ISO 26000 : Une Norme « hors norme » ? Vers une conception mondiale de la responsabilité sociétale*, Economica, Coll. Ressources en Gestion, 2010.

CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996

CARBONNIER J., *Droit civil, Les personnes, Personnalité, incapacités, personnes morales*, Tome 1, Coll. Thémis Droit, PUF, 1995.

CARBONNIER J., *Sociologie juridique*, Quadrige, Presses Universitaire de France, 1978, rééd. 1994

CARDOT F., *L'éthique d'entreprise*, Paris : PUF, Coll. Que sais-je ? 2006, 127p.

CATTANI A.D., Utopies, in *Dictionnaire de l'autre économie*, LAVILLE J.-L., CATTANI A. D. (dir.), Paris : Ed. Gallimard, Coll. Folio actuel, 2006, p.652

CAYOL C., *L'intelligence sensible : Picasso, Shakespeare, Hitchcock au secours de l'économie*, Village Mondial, 2003, 188p.

CHAMAK A. et FROMAGE C., *Le capital humain*, Paris : Liaisons, 2006.

CHAMPAUD C., Le contrat de société existe-t-il encore ? in *Droit contemporain des contrats*, Economica 1987

CHANLAT J.-F., Les dimensions oubliées de l'agir stratégique en situation : un regard anthropologique, in DERROY X. et DESREUMAUX A. (dir.), *Formes de l'agir stratégique*, Partie 2, Stratégie, norme, individu, De Boeck, 2007, p. 111

CHARREAUX G., *Le gouvernement des entreprises*, Paris : Economica, 1997

CHAUVEAU A. et ROSE J.-J., *L'entreprise responsable*, Paris : Editions d'Organisation, 2003, 362p.

CHAUVEAU A. et D'HUMIÈRES P., *Les pionniers de l'entreprise responsable*, Paris : Editions d'Organisation, 2001, 226p.

CHATELIN-ERTUR C. et ONNEE S., Des forces normatives des Codes de gouvernance des entreprises à la puissance normative du paradigme en économie organisationnelle, in THIBIERGE C. (dir.), *La force normative, Naissance d'un concept*, LGDJ, Bruylant, 2009, p.649-661

CHAZEL F. et COMMAILLE J., *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ Coll. Droit et Société, 1991

CHEVALIER B., *La mondialisation démythifiée : Un iphone à Bamako*, Paris : Ed. Autrement Frontières, 2008, 190p.

CHEVALLIER J., *L'Etat post-moderne*, Paris : LGDJ, coll. Droit et Société, 2^{ème} éd., 2004.

CHEVALLIER J., Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation, in MORAND CH.-A (dir.) *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles : Bruylant, p.37-61, 2001a

CHEVALLIER J., La mondialisation de l'Etat de droit, in *Mélanges Philippe Ardant, Droit et politique à la croisée des cultures*, LGDJ, 1999, p.325 à 391

CHEYNET DE BEAUPRE A. et DREIFUSS-NETTER F., Libres dialogues autour de l'éthique en droit de la santé, in THIBIERGE C. (dir.), *La force normative, Naissance d'un concept*, Ed. Bruylant, 2009, p.605-612

CITEAU J.-P. et BAREL Y., *Gestion des ressources humaines, Principes généraux et cas pratiques*, 5^{ème} éd., Armand Colin, 2008.

CLAM J. et MARTIN G., *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998

CLAUDE J.-F., *Le management par les valeurs, L'appartenance à l'entreprise a-t-elle encore un sens?* 2^{ème} éd. Liaisons, 2003.

COASE R., *La firme, le marché et le droit*, Diderot Editeur, Arts et Sciences, 1997

COMTE-SPONVILLE A., *Le capitalisme est-il moral ?* Paris : Editions Albin Michel, 2004, 237p.

COHEN-TANUGI L., Le droits sans les Etats, in *La mondialisation, entre illusion et utopie, Archives de Philosophie du Droit*, Tome 47, p.285-289

CONSTANTIN A., L'intérêt social : quel intérêt ? in *Etudes offertes à B. Mercadal, F. Lefebvre*, 2002, p.317

COPPENS P. et LENOBLE J. Les enjeux d'une question : théorie du droit et de l'Etat, théorie de la norme et procéduralisation contextuelle, in *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruxelles : Bruylant, 2000, p.1-23.

CORIAT B. et WEINSTEIN O., *Les nouvelles théories de l'entreprise*, Inédit Economie, Le Livre de Poche, 1995, 220p.

CORNU J.-M., Une régulation complète et cohérente dans un monde complexe, la tragédie des 3 C in MASSIT-FOLLÉA F. (coord.) *Gouvernance de l'Internet, Travaux Internet*, rapport 2005, MSH, 2006

CORNU G., *Droit civil, introduction, les personnes, les biens*, Ed. Montchrestien, Précis Domat/Droit privé, 12^{ème} éd, 2005

CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2002

COSTA J.-P., La normativité des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme, in THIBIERGE C. (dir.), *La force normative, Naissance d'un concept*, Paris : LDGJ, 2009, p.29-32

COURET A., Le désintérêt social, in *Mélanges Pierre Bézard* : Montchrestien, 2002, p.63

COUTURIER G., L'intérêt de l'entreprise, in *Ecrits en l'honneur de J. Savatier*, PUF, 1992, p.156

COZIAN M., DEBOISSY F. et VIANDIER A., *Droit des sociétés*, Manuel, LexisNexis, 25^{ème} éd., 2012

CUZACQ N., Le respect des droits fondamentaux par les sociétés transnationales, de l'ombre à la lumière, in TRÉBULLE F.-G et UZAN O. (dir.), *Responsabilité sociale des entreprises, Regards croisés Droit et Gestion*, Economica, 2011, p.191-211

DAUGAREILH I. (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, 2010.

DELALIEUX G., *Responsabilité Sociale des Entreprises et ONG : Une approche critique des dimensions politiques de la gestion des ONG*, Thèse Lille 1, 2007

DE MALAFOSSE J., *Le droit à la nature*, Montchrestien, 1973

DELMAS-MARTY M., *Trois défis pour un droit mondial*, Du Seuil, 1998.

DELMAS-MARTY M., *Critique de l'intégration normative*, Paris : PUF, 2004a, 320p.

DELMAS-MARTY M., *Le flou du droit*, Paris : PUF, Coll. Quadrige, Essais-débats, 2004b

DELMAS-MARTY M., *Le relatif et l'universel, Les forces imaginantes du droit*, Paris : Ed. Du Seuil, 2004c (I), 439p.

DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit : Le pluralisme ordonné*, Paris : Ed. Du Seuil, 2006 (II), 303p.

DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit : La refondation des pouvoirs*, Paris : Ed. Du Seuil, 2007 (III), 299p.

DELMAS-MARTY M., *Vers un droit commun de l'humanité*, Coll. Conversations pour demain, Paris : Ed. Textuel, (rééd.) 2005a, 144p.

DELMAS-MARTY M., La grande complexité juridique du monde, in *Mélanges Gérard Timsit*, Bruylant 2005b, p.189

DELMAS-MARTY M., LAMY P. et PELLET A., *La gouvernance du monde*, Gallimard, 2006, n°142.

DELSOL C., *La grande méprise : Justice internationale, gouvernement mondial, guerre juste...*, Paris : Ed. La Table Ronde, 2004, 176p.

DEMOGUE R., *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, LNDJ : Ed. Rousseau, 1911

DENOËL F., L'économie de la ressource humaine : lectures croisées de François Perroux et Samuel Pisar, in *François Perroux, Le centenaire d'un grand Economiste*, BARRE R., BLADORNE G., SAVALL H. (dir.), 2005, *Economica*, p.83-93.

DESCOLONGES M. et SAINCY B., *Les entreprises seront-elles un jour responsables ?* Paris : La Dispute, 2004, 164p.

DESJEUX D. (dir.), *L'eau, quels enjeux pour les sociétés rurales ? Amérique centrale, Afrique, France, Moyen-Orient*, Coll. Alternatives paysannes, L'Harmattan, 1985.

DESREUMAUX A., *Théorie des organisations*, Coll. Les essentiels de la gestion, Ems Management & Société, 2ème éd., 2005, 288p.

DEUMIER P., Nouvelles normes : règles spontanées et droit délibéré. Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, in *Rétrospective et perspectives à l'heure du bicentenaire du Code civil*, Dalloz, 2005, p.101.

DEUMIER P., Les sources de l'éthique des affaires, codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques, in *Libre droit, Hommage au Professeur Le Tourneau*, Paris : Dalloz, 2008, p.337.

DEUMIER P., Les codes de conduites des entreprises et l'effectivité des droits de l'Homme, in BOY L., RACINE J.-B., SIIRIAINEN F., (coord.), *Droit économique et droits de l'homme*, 2009a, Ed.Larcier, p.671-696.

DEUMIER P., La force normative optionnelle, in THIBIERGE C. (dir.), *La force normative, Naissance d'un concept*, Paris : LDGJ, 2009b, p.165-170

DIDIER C., L'alerte professionnelle en France, in POSTEL N., CAZAL D., CHAVY F. et SOBEL R., *La Responsabilité Sociale de l'Entreprise*, (dir.) Ed. Septentrion, 2011, p.209-220

DIDIER, P. Une définition de l'entreprise, in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p.849-857

DIEBOLT S., Le droit en mouvement, Thèse Paris X, 2000 <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/docs/thesesd.pdf>

DION M. (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise et déréglementation*, Canada : Guérin universitaire, 2001, 168 p

DOLLFUS O., *La mondialisation*, Paris : Ed. Les Presses de Sciences Po., 1997, 166p.

DONNIER J.-B., Les droits de l'Homme, renouveau de la loi naturelle ? in *Loi naturelle et loi civile*, (dir.) J.-B. d'Onorio, Ed. Tequi, 2006

DOUCET A., *Management à contresens... Combien coûte la démotivation ?* Eyrolles, Ed. d'Organisation, 2008.

DREXL J., Le droit de la concurrence internationale, menace ou gardien des droits de l'Homme, in BOY L., J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN (coord.), *Droit économique et droits de l'homme*, Ed. Larcier, 2009, p.335

DUBIN L., *La protection des normes sociales dans les échanges internationaux*, thèse Paris I, 2001.

DUBOUCHET P., *Droit et épistémologie*, l'Organon du droit, Coll. Ouverture philosophique, L'Harmattan, 2008.

DUCROUX A.-M., *Les nouveaux utopistes du développement durable*, Paris : Ed. Autrement, 2002, 342p.

DUHAMEL A. et MOUELHI N., *Ethique, histoire, politique et application*, Canada : Gaëtan Morin, 2001, 306p.

DUMEZ H., *Méthodes de la recherche qualitative, Les 10 questions clés de la démarche compréhensive*, Vuibert, 2013

DUPUY G., *L'urbanisme en réseaux. Théories et méthodes*, Paris : Ed. Armand Colin, 1991.

DUPUY P.-M., *Droit international public*, Précis Dalloz droit public science politique, 2008, 9^{ème} éd.

EBERHARD C. (dir.), *Cahiers d'Anthropologie du droit : Droit, gouvernance et développement durable*, Paris : Karthala, 2005, 376p.

EBERHARD C. (dir.), *Traduire nos responsabilités planétaires. Recomposer nos paysages juridiques*, Bruxelles : Bruylant, 2008, 764p.

ETCHEGOYEN A., *La valse des éthiques*, Paris : F. Bourin, 1991, 244p.

FALISE M. et REGNIER J., *Repères pour une éthique d'entreprise*, Lille : Editions Centre d'Éthique contemporaine, 1992, 113p.

FALQUE M. et MASSENET M. (dir.), *Droits de propriété et environnement, Les ressources en eau*, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 1999.

FALQUE M. ET MILLIÈRE G., *Ecologie et liberté, une autre approche de l'environnement*, Paris : Litec, 1992, 378p.

FARJAT G., Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés, in CLAM J. et MARTIN G. (dir.) *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 313.

FÉRONE G., DEBAS D., GENIN A.-S., *Ce que développement durable veut dire*, Paris : Ed. Organisation, 2004, 344p.

FERRY L., *Le nouvel ordre écologique : L'arbre, l'animal et l'homme*, Paris : Grasset & Fasquelle, 1992, 274p.

FERRY L., *L'Homme-Dieu ou le sens de la vie*, Paris : Grasset, Coll. Le Livre de Poche, 1996, 180p.

FERRY-MACCARIO N., KLEINHEISTERKAMP J., LENGART F., MEDJAD K. et STOLOWY N., *Gestion juridique de l'entreprise*, Pearson Education, 2006, 368p.

FLORY M., Le patrimoine commun dans le droit international de l'environnement, in *Droit et environnement*, PUAM, 1995 : 39.

FONTAINE L. Le pluralisme comme théorie des normes. In *Droit et pluralisme*, Bruylant, Coll. Droit et justice (n° 76) 2008, p.125.

FORTIN P., *La morale, l'éthique, l'éthicologie, Une triple façon d'aborder les questions d'ordre moral*, Presses de l'Université du Québec, 1995, 138p.

FOUREST C., *La dernière utopie, menaces sur l'universalisme*, Paris : Grasset, 2009.

FOURMY M., *Ressources humaines, stratégie et création de valeur*, Maxima, 2012.

FRANÇOIS Y., *Gouvernance éthique des entreprises ou miroir de la Morale ? Une rencontre philosophique*, Berlin : Editions Universitaires Européennes, 2011.

FREEMAN R.E., *Strategic Management: a Stakeholder Approach*, Marshall, M.A. Pitman, Boston, 1984.

FRIEDEL, G., A propos de la notion d'entreprise, in *Mélanges ROBLOT*, 1996.

FRIEDMAN M., *Capitalism and Freedom*. Chicago : University of Chicago Press, 1962; *Capitalisme et liberté*, trad. fr. par Charno, Paris : Ed. Robert Laffont, 1971, réed. Leduc. S, Collection A contre courant, mars 2010, 320p.

FRIEDMAN Y., *Utopies réalisables*, De l'Eclat, 2000

FRISON-ROCHE M.-A., (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Presses Sciences Po., 2004a

FRISON-ROCHE M.-A., et BONFILS S., *Les grandes questions du droit économique*, Paris, PUF, 2005.

FROMAN B., GEY J.-M., BONIFET F., *Qualité, sécurité, environnement, construire un système de management intégré*, Ed. Afnor, 2002

FRYDMAN B. et HAARSCHER G., *Philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 3^{ème} éd., Coll. Connaissance du droit, 2010, 140p.

GAILLARD E., *La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, thèse Lyon, 1932

GANDIN J-P. (dir.), *La conquête de l'eau, Du recueil à l'usage : comment les sociétés s'approprient l'eau et la partagent*, Ed. Fondation pour le progrès de l'Homme (FPH) Ciedel et Solagral, ECLM, 1995, n°44 96p.

GEIGER R., La responsabilité sociale et développement durable : le rôle des entreprises, in *L'entreprise dans la société internationale*, GHERARI H. et KERBRAT Y. (dir.), Ed. Pedone, 2010, p. 173-188.

GELINIER O., *L'éthique des affaires : halte à la dérive !* Ed. Du Seuil, 1991, 224p.

GÉNIAUT B., La force normative des standards juridiques. Eléments pour une approche pragmatique, in THIBIERGE C. (dir.), *La force normative, Naissance d'un concept*, Bruxelles : Ed. Bruylant, LGDJ, 2009, p.183.

GIDDENS A., *Les conséquences de la modernité*, Paris, France, L'Harmattan, 1994, 192p.

GIRAUD P.-N., *La mondialisation : émergences et fragmentations*, Auxerre : Ed. Sciences humaines, 2012, 165p.

GIROD-SÉVILLE M. & PERRET V., Fondements épistémologiques de la recherche in THIÉTART R.-A. (dir.) *Méthodes de recherche en management*, Dunod, 1999, p.13-33.

GIUDICELLI-DELAGE G., *Droit pénal des affaires*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2002

GODFRIN P., DEGOFF M., *Droit administratif des biens, domaine, travaux, expropriations*, 8^{ème} Ed. Sirey, 2007.

GOLUB Ph., MARÉCHAL J.-P. *Les biens publics mondiaux*, in *Dictionnaire de l'autre économie*, LAVILLE J.-L., CATTANI A. D. (dir.), Paris : Ed. Gallimard, Coll. Folio actuel, 2006, p.67.

GOMEZ P.-Y., Économie des conventions et sciences de gestion, in SIMON Y. et JOFFRE P. (dir.), *Encyclopédie de gestion*, Economica, Paris, 1997, p. 1060-1072.

GOMEZ P.-Y., *Le gouvernement de l'entreprise : modèles économiques et pratiques de gestion*, Paris : Interéd., 1996

GOND J.-P. et IGALENS J., *La Responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris : PUF, 2008.

GORZ A., *L'immatériel, connaissance, valeur et capital*, Ed. Gallilée, 2003.

GOYARD-FABRE S., *Critique de la raison juridique*, Paris, PUF, 2003

GRANET F., Perturbations dans la hiérarchie des normes juridiques, in *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 41-45

GRANOVETTER M., *Le marché autrement. Les réseaux dans l'économie*, trad. de l'américain par This-Sain Jean I. Paris : Desclée Debrouwer, sociologie économique, 2000

GUILLIEN R. et VINCENT J., (dir.), *Lexique de termes juridiques*, Paris : Dalloz, 1985.

GUINCHARD S., BANDRAC M., LAGARDE X. et DOUCHY M., *Droit processuel, droit commun du procès*, Précis Dalloz, Coll. Droit privé, 1ère éd., Dalloz, 2001

GUSDORF D., *La parole*, Paris : PUF, 1998

GUTMAN D., Les droits de l'Homme sont-ils l'avenir du droit ? in *Mélanges F. Terré*, Paris : Dalloz, 1999, p.329.

GUYON Y., *Traité des contrats*, in Ghestin J. (dir.) *Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, 3^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1997.

GYS F., *Essai sur la notion juridique d'équilibre entre la propriété privée et la protection de l'environnement*, Université de Lille II, Diffusion ANRT, 1997.

HABERMAS J., *Droit et Démocratie, Entre faits et normes*, Paris : Gallimard, 1997

HABERMAS J., *L'espace public*, Ed. Payot & Rivages, 1988

HABERMAS J., *De l'éthique de la discussion*, trad. fr. Paris : Flammarion, 1992.

HABERMAS J., *La théorie de l'agir communicationnel*, t.1, *Rationalité de l'agir et rationalisation de la société*, t.2, trad. JM Ferry et JL Schlegel, Paris, Fayard, 1987

HABERMAS J., *Raison et légitimité*, Payot, 1978.

HAGÈGE C., *Contre la pensée unique*, Ed. Odile Jacob, Poches essais, 2013.

HALPERIN J.-L., *Profils des mondialisations du droit*, Paris : Dalloz, 2009, 433p.

HANNOUN Ch., *Le droit et le groupe de sociétés*, Tome 216, Bibliothèque du droit privé, Ed. L.G.D.J., 1991.

HANQUEZ M., *Le processus de normalisation ISO 26000 : la formation d'un compromis international et multipartite sur la définition de la responsabilité sociétale*, Mémoire de maîtrise en administration des affaires, Montréal : Université du Québec, 2011
<http://www.archipel.uqam.ca/3901/1/M12024.pdf>

HARRIBEY J.-M., Temps de travail et travail du temps : comment passer d'une mesure de la valeur économique à la prise en compte des valeurs non économiques ? in *Les temps de l'environnement, paysage & environnement*, Presses Universitaires du Mirail, 2000.

HARRIBEY J.-M., *Le développement soutenable*, Paris Economica, 1998

HEGEL G. W., *Phénoménologie de l'esprit*, 1807, trad. Hyppolite J., Ed. Aubier, 1978

HELFRICH V., Les incertitudes d'une régulation normative de la RSE : le cas de la Norme ISO 26000 sur la RS, 7^{ème} Congrès de l'ADERSE, 24-25 mars, ESC, La Rochelle, 2010.

HELFRICH V., *Efficienc e et efficacit é d'une normalisation de sujets sociopolitiques, d écryptage du processus : le cas de la responsabilit é sociétale*, Th èse de Doctorat en Sciences Economiques, Universit é de Strasbourg, 2011, 481p. http://scd-theses.u-strasbg.fr/2165/01/HELFRICH_Vincent_2011.pdf

HILAIRE J., *La vie du droit, Coutumes et droit écrit*, PUF 1994

HIRIGOYEN G. et CABY J., *Cr éation de valeur et gouvernance de l'entreprise*, Economica, 2005.

HOARAU Ch. et TELLER R., *Cr éation de valeur et management de l'entreprise*, Vuibert, 2001.

HONORAT J., *L'id ée d'acceptation des risques dans la responsabilit é civile*, Pr éf. J.Flour, Th èse LGDJ, Paris : Biblioth èque de droit priv é, Tome 98, 1969, 255p.

HUDE H., *L'éthique des d écideurs*, Paris : Ed. Presses de la Renaissance, 2004, 453p.

HUGON P., *L'économie éthique publique : biens publics mondiaux et patrimoines communs*, UNESCO, Paris : Publication du programme interdisciplinaire, « Ethique de l'économie », 2003.

HUSSERL E., *Ideen I*, 1913, trad. fr. P. Ricoeur, *Id ées directrices pour une ph énoménologie*, Paris, Gallimard, 1950

HUSSON L., *Les transformations de la responsabilit é, Etude sur la pens ée juridique*, Archives de Philosophie du Droit, t.22, 1977.

IGALENS J. et PENAN H., *La normalisation*, Coll. Que sais-je ? n°1954, PUF 1994

IGALENS J. et POINT S., *Vers une nouvelle gouvernance des entreprises, L'entreprise face à ses parties prenantes*, Dunod, 2009

IMBS P., Les limites de la valeur actionnariale : comment valoriser le capital humain et immatériel, Introduction, in IMBS P. (dir.), *L'entreprise expos ée à des responsabilit é s élargies*, Ed. Management & Sociét é, 2005.

INTZESSILOGLOU N., Approche sociologique globale du ph énomène juridique, in CHAZEL F. et COMMAILLE J. (dir.), *Normes et r égulation sociale juridique*, LGDJ, 1991, p.395

ISAAC H. et MERCIER S., Ethique ou d éontologie : quelles diff érences pour quelles cons équences managériales ? L'analyse comparative de 30 codes d'éthique et de d éontologie, in *Perspectives en management strat égique*, Tome VII, DESRUMEAUX A., MARSCHENAY M. et PALPACUER F. (dir.) EMS, 2001.

ISSALYS P., *R épartir les normes, le choix entre les formes d'action étatique*, Rapport de recherche, Qu ébec SAAQ, 2002

JACQUES G., *Les droits de l'Homme et l'impunité des crises économiques*, Du Cerf, 2009.

JEAMMAUD A., Unification, uniformisation, harmonisation, de quoi s'agit-il ? in OSMAN F. (dir.), *Vers un code européen de la consommation*, Bruylant, 1998.

JESTAZ Ph., *Les sources du droit*, coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2005

JONAS H., *Principe de responsabilité : une éthique pour la civilisation technologique*, Paris : Editions du Cerf, 1990, 338p.

KANT, *Critique de la raison pure*, Paris : Folio Essais (trad. all.), 1992 (2000), 1024p.

KAPLAN R.S. et NORTON D. P., *The Balanced Scorecard : Translating Strategy into Action*, Boston: Harvard Business School Press, 1996.

KAROLEWICZ F., *Manager RH, Ecomanagement, Un management durable pour des entreprises vivantes*, de Boeck, 2010.

KAUL I, GRUNBERG I, STERN M., *Les biens publics à l'échelle mondiale – la coopération internationale au XXIème siècle*, Oxford : Oxford University Press, 1999.

KEHAYAN N. et KEHAYAN J., *Rue du prolétaire rouge*, Ed. Seuil 1978, rééd. L'aube Poche, 2007

KELSEN H., *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Paris : Dalloz, 1990, 496p.

KIEFFER B., *L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public*, Ed.Larcier, 2008.

KIRAT T. et SÉVERIN E., « Dialogue entre droit et économie à propos des relations entre les règles juridiques et l'action », in KIRAT T. et SÉVERIN E. (dir.), *Le droit dans l'action économique*, CNRS, Editions, Paris, 2000, p.5-22.

KIRAT T. (dir.), *Les mondes du droit de la responsabilité : regards sur le droit en action*, Paris : LGDJ, 2003, 271p.

KISS A.-C., L'ordre public écologique, in *l'ordre public écologique*, 2005, FRITZ J.-C. et BOUTELET M. (dir.), Bruxelles : Bruylant, p. 155-167.

KORTEN D.C., *Quand les multinationales gouvernent le monde*. Ed.DL. 2006.

KOUBI G., La notion de « charte » : fragilisation de la règle de droit, in *Les transformations de la régulation juridique*, J. CLAM et G. MARTIN (dir.), LGDJ, 1998, p. 165.

LA VOILLOTTE M.-P., La contribution de la technique contractuelle à l'émergence de l'ordre public écologique, in FRITZ J.-C. et BOUTELET M. (dir.), *L'ordre public écologique*, 2005, Bruxelles : Bruylant.

LAGET Ph., *Responsabilité d'entreprise et éthique sont-elles solubles dans la mondialisation?* De L'Aube, 2009.

- LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Quadrige Dico Poche, Paris : PUF, 2010.
- LAMIZET B., L'imaginaire politique, in DACHEUX E. (dir.), *Communiquer l'utopie, Economie solidaire et démocratie*, Coll. Communication et Civilisation, L'Harmattan, 2007, p139-158.
- LAMY P., *La démocratie-monde : Pour une autre gouvernance globale*, Paris : Ed. Seuil, 2004, coll. La République des Idées, 90p.
- LARROUMET Ch., Pour la responsabilité contractuelle in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Ed. Litec, 2001, p.543-554.
- LAVILLE E., *L'entreprise verte*, 3ème éd. (mise à jour et enrichie), Pearson, Village Mondial, 2009, 416p.
- LAVILLE J –L, CATTANI A. D. (dir.), *Dictionnaire de l'autre économie*, Paris : Gallimard, Coll. Folio actuel, 2006, 720p.
- LE BRETON D., *La sociologie du risque*, Paris : PUF, Coll. Que sais-je ? 1995, 128p.
- LE GOFF J., Le droit du travail terre d'élection de la complexité, in *Droit et complexité*, Coll. l'Univers des normes, DOAT M., LE GOFF J., PEDROT Ph. (dir.), *Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, PU Rennes 2007, p.103
- LE GOFF J.-P., *Le mythe de l'entreprise, critique de l'idéologie managériale* : Ed. La Découverte, 1992.
- LEPELTIER S., *Mondialisation : une chance pour l'environnement, rapport d'information n°233*, Sénat 2004.
- LE ROY F. et MARCHENAY M., *La responsabilité sociale de l'entreprise : mélanges en l'honneur du professeur Roland Pérez*, EMS Management & Société, 2005.
- LEBARBIER Ch., D'une légitimité implicite à la nécessité de se légitimer, un nouveau rapport Entreprise/Société, in POSTEL N., CAZAL D., CHAVY F. et SOBEL R. (dir.), *La Responsabilité Sociale de l'Entreprise Nouvelle régulation du capitalisme ?* Coll. Capitalismes – éthique – institutions, Ed. Presses Universitaires du Septentrion, 2011, p.349-366.
- LEFEBVRE-DUTILLEUL V., *Codes de bonne conduite, Chartes éthiques, Outils de gestion des risques*, Lamy Conformité, 2012.
- LEGOUX V., L'ordre public écologique en droit interne, in FRITZ J.-C. et BOUTELET M. (dir.), *L'ordre public écologique*, 2005, Bruxelles : Bruylant.

LE MOIGNE J.-L., L'expérience de la responsabilité appelle l'éthique, qui appelle l'épistémique, qui appelle la pragmatique..., in ROSÉ J.-J.(dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise, Pour un nouveau contrat social*, De Boeck et Larcier, 2006, p.375-388

LEPAGE C., GUÉRY F., *La politique de précaution*, Paris : PUF, Questions actuelles, 2001, 384p.

LÉPINEUX F., ROSÉ J.-J. BONANNI C., HUDSON S., *La RSE, La responsabilité sociale des entreprises, Théories et pratiques*, Coll. Stratégie, Paris : Dunod, 2010

LÉPINEUX F., *Dans quelle mesure une entreprise peut-elle être responsable à l'égard de la cohésion sociale ?* Thèse Doctorat, CNAM Paris, 2003.

LEPISSIER J.-C., *Manager, une responsabilité sociale*, Paris : Ed. Liaisons, 2001, 104p.

LE TOURNEAU Ph., GUIDICELLI A., GUETTIER Ch., KRAJESKI D., *Droit de la responsabilité et des contrats*, Collectif, Dalloz Sirey, 6ème éd. 2006

LE TOURNEAU Ph., *L'éthique des affaires et du management au XXIème siècle*, Dalloz Dunod, 2000.

LE TOURNEAU Ph., Des métamorphoses contemporaines et subreptices de la faute subjective, in 6èmes journées de René Savatier, 15 et 16 mai 1997, *Les métamorphoses de la responsabilité*, , Tome 32, PUF, 1997, p. 19.

LÉVEQUE F., *Economie de la réglementation*, Paris : Ed. La Découverte, 2004, 128p.

LEVESQUE B., BOURQUE G.L. et FORGUES E., *La nouvelle sociologie économique, Originalité et diversité des approches*. Paris : Desclée de Brouwer, Sociologie économique, 2001

LIBCHABER R., La recodification du droit des biens, in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004.

LIBCHABER R., La société : contrat spécial, in *Prospectives de droit économique, Dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz, 1999

LIPIETZ A., *Face à l'urgence écologiste*, Ed. Textuel, 2009

LIVET P., *Valeurs en philosophie*, Encyclopédie Universalis, 2006.

LOUTANT-LAPALUS Ch., L'incitation à la reconnaissance et au respect de l'ordre public écologique par les sanctions civiles, in FRITZ J.-C. et BOUTELET M. (dir.), *L'ordre public écologique*, Bruxelles : Bruylant, 2005.

LYON-CAEN A. et LOKIEC (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Paris, Dalloz, 2005

LYON-CAEN A. et G., La « doctrine » de l'entreprise in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec, 1978, p.600

MAALOUF A., *Les identités meurtrières*, Coll. Le Livre de Poche, Paris : Ed. Grasset, 1998, 189p.

MAATI J., *Le gouvernement d'entreprise*, Bruxelles : De Boeck Université, coll. Management, 1999.

MADIOT Y., *Droits de l'Homme*, Masson, 1991

MAGNIER V., *La gouvernance des sociétés cotées face à la crise, Pour une meilleure protection de l'intérêt social*, LGDJ, 2010

MAHMOUD MOHAMED SALAH M., *Les contradictions du droit mondialisé, Droit, éthique et société*, Paris : PUF, 2002, 272p.

MAILLARD (de) C. et J., *La responsabilité juridique*, Paris : Ed. Flammarion, 1999.

MAITRE G., *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, Coll. Droit & Economie, LGDJ, 2005.

MALAURIE P., AYNÈS L., et STOFFEL-MUNCK Ph., *Droit civil*, Ed. Defrénois, 2004

MALAURIE P., Les antinomies des règles et de leurs fondements, in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p.25-31.

MANNE H.G. et H.C. WALLICH, *The modern corporation and social responsibility*, Washington, DC : American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1972

MARECHAL J.-P., Ethique économique, in *Dictionnaire de l'autre économie* LAVILLE J.-L. et CATTANI A.-D. (dir.), Coll. Folio Actuel, Ed. Gallimard éd. Augmentée, 2006.

MARGUÉNAUD J.-P., RSE et droits fondamentaux, in TRÉBULLE F.-G et UZAN O. (dir.), *Responsabilité sociale des entreprises, Regards croisés Droit et Gestion*, Economica, 2011, p.157-162

MARGUÉNAUD J.-P., *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2008.

MARSILY (de) G., *L'eau*, Coll. Dominos, Flammarion, 2005.

MATHEY N., La responsabilité sociale et les droits de l'homme », in TRÉBULLE F.-G et UZAN O. (dir.), *Responsabilité sociale des entreprises, regards croisés Droit et Gestion*, Economica, 2011, p.163-189

MARTIN G. J., Responsabilité, risque et précaution, in MICHAUD Y. (dir.), *Université de tous les savoirs, La nature et les Risques*, Vol.6, Ed. Odile Jacob, 2002.

MARTIN G. J., *Le droit à l'environnement, de la responsabilité civile pour faits de pollution*, France : PPS, 1978, 292p.

MARTINAND C., *Environnement et développement durable, l'indispensable mobilisation des acteurs sociaux*, Rapport du Conseil économique et social, La Documentation française, 12 mars 2003.

MARTINET A.-Ch. et PESQUEUX Y., *Epistémologie des sciences de gestion*, Coll. FNEGE, Ed. Vuibert, 2013.

MARX K., *Le Capital*, Livre I, (1^{ère} éd. 1867), Paris : Garnier Flammarion, 1969.

MARX K., *Matériaux pour l'économie, Œuvres*, Gallimard (Pléiade), t. II, Paris, UGE, coll. 10/18, 1968.

MAUREL O., *Les études de la CNCDH volume II, Etat des lieux et perspectives d'action publique*, Ed. La Documentation française, Volume I (2008) Volume II (2009)

MAZEAUD P., « Le peuple et l'intérêt général » in MAZEAUD P. et PUIGELIER C., *Le peuple et l'idée de norme*, Rennes : PU de Rennes, 2005, 422p.

MAZÈRES J.-A., La théorie de l'institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué, in *Pouvoir et liberté : études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998.

MAZUYER E. (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Coll. Monde européen et international, La Documentation française, 2010

MAZUYER E., La force normative des instruments adoptés dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise, in THIBIERGE C. (dir.), *La force normative, Naissance d'un concept*, Bruxelles : Ed. Bruylant, LGDJ, 2009, p.577- 589.

McGUIRE J.W., *Business and society*, New York: McGraw-Hill, 1963

MÉDINA Y., *La déontologie, ce qui va changer dans l'entreprise*, Paris : éd. Organisation, 2003, 189p.

MÉDUS J.-L., Droit et gestion, SIMON Y. et JOFFRE P. (dir.), *Encyclopédie de gestion*, Economica, 1997, 2^{ème} éd., Art. 52, p.1017.

MERCADAL, B. La notion d'entreprise, in *Mélanges Derruppé*, G.L.N. Joly, 1991.

MERCIER S., *L'éthique dans les entreprises*, Paris : Ed. La découverte, Coll. repères, 2004, 120p.

MERMET L., Épilogue - Débattre sans savoir pourquoi : la polychrésie du débat public appelle le pluralisme théorique de la part des chercheurs, in REVEL M., BLATRIX C., BLONDIAUX L., FOURNIAU J.-M., HÉRIARD-DUBREUIL B. et LEFEBVRE R., *Le débat public : une expérience française de démocratie participative*, Paris : La Découverte, 2007, p.368-380.

MHAMDI M., La force normative du discours bioéthique, in THIBIERGE C. (dir.), *La force normative, Naissance d'un concept*, Ed. Bruylant, 2009, p. 623-631

MHEDHBI I, *Capital immatériel : interactions et création de valeur, cas d'entreprises tunisiennes*, Thèse en sciences de gestion, Lyon III, 2010.

MICHALET Ch.-A., *Le Capitalisme Mondial*, Paris : PUF, coll. Quadrige, 1976.

MILLET F., *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, LGDJ, 2001.

MINC A., *Le Nouveau Moyen Age*, Gallimard, 1993

MINC A., *L'argent fou*, Grasset, Coll. Le Livre de Poche, 1990.

MINCER J., *Schooling, Experience, and Earnings. England*, Gregg Revivals, réed., 1993.

MONSALLIER M.-C., *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, L.G.D.J., 1998.

MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, Ed. Garnier-Flammarion, Tome1, 1979

MONTIGNY P., *L'entreprise face à la corruption internationale*, Paris : Ed. Ellipses, 2006.

MOREAU DEFARGES P., *La gouvernance*, Coll. Que sais-je ? n°3676, Paris : 4^{ème} éd. PUF 2011

MOREAU DEFARGES P., *L'ordre mondial*, 3^{ème} éd., paris Armand Colin, 2003

MOREAU J.-P., L'évolution de la propriété foncière, in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, PUF, 1991.

MORIN E., DELMAS-MARTY M., VIVERET P., PETRELLA R. et PASSET R., *Pour un nouvel imaginaire politique*, Paris : Ed. Fayard, 2006, 156p.

MORIN E., *La méthode éthique*, Paris : Ed. Seuil Tome 6, 2004, 240p.

MOUCHOT Cl., *Les théories de la valeur*, Economica, Coll. Economie Poche, 1994.

MOUSSÉ J., *Ethique des affaires : liberté, responsabilité, le décideur face la question éthique*, Paris : Dunod, 2001, 174p.

MOUSSÉ J., *Ethique et entreprises*, Ed. Vuibert, 1993, 192p.

NAJAR J.-Cl., La responsabilité sociale de l'entreprise, in *L'entreprise multinationale dans tous ses états*, *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 56, 2013, p.295-319

NEAU-LEDUC C., RSE et Droit social –Présentation ? in TRÉBULLE F.-G et UZAN O., (dir.) *Responsabilité sociale des entreprises, Regards croisés Droit et Gestion*, Economica, 2011, p.113-127

NÉRAC-CROISIER R. (dir.), *Sauvegarde de l'environnement et Droit pénal*, Coll. Sciences criminelles Ed. L'Harmattan, 2006.

NOIVILLE C., *Du bon gouvernement des risques. Le droit, la question du « risque acceptable »*, Paris, France, Ed.PUF, 2003, 235p.

NOZICK R., *Justice distributive : la théorie de l'habilitation*, in Anarchie, Etat, 1988.

NOZICK R., *Utopie*, trad. d'E. d'Auzac de Lamartine, Paris : PUF, 1974,

O.R.S.E., *Développement durable et entreprises : un défi pour les managers*, AFNOR, 2004.

OGIEN R. *L'Ethique aujourd'hui, Maximalistes et minimalistes*, Paris : Ed. Gallimard, 2007, 252p.

OGIEN R., *Le rasoir de Kant*, Chapitre sur le normatif et l'évaluatif, 2003, p.95-120, Ed. de l'Eclat.

OLIVIER J., *L'Union Mondiale pour la Nature (UICN), Une organisation singulière au service du droit de l'environnement*, Université d'Aix-Marseille III : Ed. Bruylant, Coll.CERIC, 2005.

OPPETIT B., Les tendances régressives dans l'économie du droit contemporain, in *Mélanges à Dominique Holleaux*, Paris : Litec, 1990, p.317.

ORDONNEAU P., *Les Multinationales contre les Etats. Economie et humanisme*, Ed. Ouvrières, 1975.

OST F., *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Ed. La Découverte, 1995.

OST F. et Van de KERCHOVE M., La validité des normes juridiques : une qualité graduelle et conditionnelle, in *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002, p.307.

OUDOT C., *Le risque de développement*, Dijon : Univ. Dijon, 2005, 358p.

ÖZER A., L'Etat, in *Textes choisis*, Ed. Garnier Flammarion, 1998

PAILLUSSEAU J., Qu'est-ce que l'entreprise ? In *L'entreprise, nouveaux apports*, Economica, Paris, 1987, p. 11 à 88.

PAILLUSSEAU J., *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, Bibliothèque de Droit de Droit commercial, 1967.

PANSIER F.-J., *La prévention du risque pénal par le chef d'entreprise*, Ed. Ellipses, 2004.

PAONE V., *La responsabilité sociale de l'entreprise à l'épreuve des faits – Contribution à l'étude d'un système de contagion – de l'épiphiénomène à la contagion*, Thèse de doctorat en sciences de gestion, CNAM, Paris : 2009

PAQUEROT S. (dir.), *L'Etat aux orties ? Mondialisation de l'économie et rôle de l'Etat*, Collectif, 1996.

PAQUEROT S., *Eau douce : la nécessaire refondation du droit international*, Presses Universitaires du Québec, 2005.

PAQUEROT S., *Le statut des ressources vitales en droit internationales, Essai sur le concept de patrimoine commun de l'humanité*, Bruxelles : Bruylant, 2002.

PARQUET M. et LOMBOIS C. (dir.), *Introduction générale au droit*, Coll. Lexifac, Droit, Ed. Bréal, 2007.

PASQUERO J., La responsabilité sociale de l'entreprise comme objet des sciences de gestion, un regard historique, in *Responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise*, TURCOTTE M.-F B., et SALMON A. (dir.), Presses de l'Université du Québec, 2005, p.112-143

PASQUIER-DORTHE J. et PINTO de OLIVEIRA C.-J. (dir.), *La gestion, carrefour de l'économie et de l'éthique : identification et traitement des critères et problèmes éthiques dans la décision d'entreprise*. Coll. Cahiers de l'Institut des Sciences économiques et sociales de l'Université de Fribourg : ISES, 1990.

PASTRÉ O. et VIGIER M., *Le capitalisme déboussolé*, Paris : Ed. La découverte, 2004, 224p.

PELLET A., Mondialisation du droit international ? in CORDELIER S. (dir.), *La mondialisation au-delà des mythes*, Paris : La Découverte/Poche, 2000.

PELT JM., *Après nous, le déluge ?* Ed. Flammarion/Fayard, 2006.

PELTIER F., *La corporate governance au secours des conseils d'administration*, Paris : Dunod, 2004, 150p.

PEREZ R., Gouvernance, responsabilité sociétale et développement durable, in LE FLANCHEC A., UZAN O., DOUCIN M. (dir.) *Responsabilité Sociale de l'Entreprise et Gouvernance Mondiale*, Paris : Economica 2012, p.145-155

PEREZ R., *La gouvernance de l'entreprise*, Coll. Repères, Paris : La Découverte, 2009

PERROUX F., *La Valeur*, Paris : PUF, 1943.

PESQUEUX Y., Pour une approche essentialiste des valeurs dans l'organisation, in BERGERY L. (dir.) *Le management par les valeurs*, 2011a, Coll. Management, Société et Technologie, Ed. Hermès Science, Lavoisier, p.89-120.

PESQUEUX Y., Bazar des normes et souveraineté, Après-propos 2, in BESSIRE D., CAPPELLETTI L., PIGÉ B. (dir.), *Normes : Origines et Conséquences des Crises*, Economica, 2010a, p.217-226

PESQUEUX Y., La responsabilité sociale de l'entreprise ou l'épuisement d'un thème de gestion, in MEIER O., SCHIER G. (dir.), *Gouvernance, éthique et RSE, état des lieux et perspectives*, Ed. Lavoisier, 2009a, p.49 à 66

PESQUEUX Y., *Gouvernance et privatisation, La politique éclatée*, Paris : PUF, 2007a.

PESQUEUX Y., Pour une évaluation critique de la théorie des parties prenantes, in

BONNAFOUS-BOUCHER M. et PESQUEUX Y. (dir.), *Décider avec les parties prenantes, approches d'une nouvelle théorie de la société civile*, Ed. La Découverte, 2006, p.19-40

PESQUEUX Y., *Organisations : Modèles et Représentations*, PUF, 2002

PESQUEUX Y., *Le gouvernement de l'entreprise comme idéologie*, Paris : Ed. Ellipses, 2000.

PESQUEUX Y. et BIEFNOT Y., *L'éthique des affaires, Management par les valeurs et responsabilité sociale*, Paris : Ed. D'Organisation, coll. Les références, 2002.

PESQUEUX Y. et FERRARY M., *L'organisation en réseau : mythe ou réalité ?* Paris : PUF, Coll. La politique éclatée, 2004.

PESQUEUX Y., MÉRIC J. et SOLÉ A., *La société du risque : analyse et critique*, Paris : Ed. Economica, Coll. Gestion, 2009.

PETRELLA R., *Le manifeste de l'eau : pour un contrat mondial*. 1998, 150p.

PEYRELEVADE J., *Le capitalisme total*, Editions du Seuil, 2005.

PICHERAL C., *L'ordre public européen*, La Documentation française, 2001.

PIERRÉ-CAPS S., La constitution comme ordre de valeurs, in *La Constitution et les valeurs, Mélanges en l'honneur de Dimitri Georges Lavroff*, Dalloz, 2005, p.282-295

PIGNEROL B., Le crépuscule des Lumières : Excès de droit, abus du droit, in DOAT M., LE GOFF J. et PEDROT Ph. (dir.), *Droit et complexité, Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, PU Rennes, 2007, p.63-78

PLIHON D., *Le Nouveau Capitalisme*, Paris : Ed. La Découverte, 3e éd. 2009

PLOIX H., *Gouvernance d'entreprise*, Paris : Village Mondial, Education Pearson France, Coll. HEC Executive MBA 2ème éd., 2006.

POULLE J.-B., *Le principe "se conformer ou expliquer" en droit boursier*, Thèse de doctorat, Paris 1, 2011.

POURMARÈDE M., L'avènement de la responsabilité civile du fait d'autrui, in *Libre droit, Hommage au Professeur Le Tourneau*, Paris : Dalloz, 2008, p.839 à 874.

PRIEUR M., *Droit de l'environnement*, Paris : Dalloz, coll. Droit public, Science politique, 5ème éd., 2004.

PROUDHON P.-J., *Théorie de la propriété*, 1871, Coll. Les Introuvables, Ed. L'Harmattan, 1997.

PROVOST VANHECKE E. et SIBILLE F., *Osez manager ISO 26000 ! Pour manager humain*, AFNOR Editions, 2013

QUEINNEC Y., La RSE à l'épreuve des droits fondamentaux, in TRÉBULLE F.-G. et UZAN O. (dir.), *Responsabilité sociale des entreprises, Regards croisés Droit et Gestion*, Paris : Economica, Etudes juridiques, Tome 42, 2011, p.213-231

QUEINNEC Y., BOURDON W., *Réguler les entreprises transnationales, Cahier de 46 propositions*, Sherpa, 2010.

QUEINNEC Y., *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, Un statut juridique en mutation*, 2007, disponible sur : <http://www.business-humanrights.org>.

RAMONET I., *Géopolitique du chaos*, Paris : Gallimard, 1999, 267p.

RAWLS J., *Théorie de la Justice*, trad. C.Audard, Ed. Seuil, 1987, 666p.

RÉGLADE M., *Valeur sociale et concepts juridiques, norme et technique. Etude de philosophie du droit et de théorie générale du droit*. Recueil Sirey, 1950.

RÉMOND-GOUILLOUD M., L'autre humanité (remarques sur une homonymie), in *Mélanges A Kiss*, 1998.

RÉMOND-GOUILLOUD M., Les fonds d'indemnisation et le préjudice écologique, in *Le dommage écologique en droit interne, communautaire et comparé*, Economica, 1992.

RÉMOND-GOUILLOUD M., *Le droit de détruire*, Paris : PUF, 1989, 204p.

REVEL J., *Jeux d'échelles. Micro-analyse à l'expérience*, Paris : Gallimard/ Le Seuil, 1996

REYNAUD J.-D., *Les règles du jeu. L'action collective et la régulation sociale*, Paris, Armand Colin, 3^{ème} éd., 1997

RIALS S., Les standards, notions critiques du droit, in PERELMAN C. et VANDER ELST R. (dir.), *Les notions à contenu variable*, Bruylant, 1984

RICARDO D., *Des principes de l'économie politique et de l'impôt*, Flammarion, 1971.

RICCARDI A., *Vivre ensemble*, trad. italien, A. Faller, Ed.DDB, 2007.

RICCARDO P., *Le manifeste de l'eau, pour un contrat mondial*, Bruxelles : Labor, 1998.

RICOEUR P. *L'idéologie et l'utopie : La couleur des Idées*, Paris : Ed. Seuil, 1997.

RICOEUR P., *Soi-même comme un autre*, Paris : Ed. Seuil, 1991.

RICOEUR P., *Le Juste*, Paris : Esprit, 1995

RIPERT G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris : Ed. LGDJ, 1951, 355p.

RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} éd. LGDJ, 1949, 417p.

RIVERO J. et WALINE J., *Droit administratif*, Coll.Droit public, science politique, Précis Dalloz, 18^{ème} éd., 2000.

ROBBINS S. et DECENZO D., *Management : L'essentiel des concepts et des pratiques*, 4^{ème} éd., Paris : Pearson Education, 2004.

ROBÉ J.-P., L'entreprise et la constitutionnalisation du système-monde de pouvoir, in *L'entreprise, formes de propriété et responsabilités sociales*, Collège des Bernardins, Département Economie Homme, Société, 2011, p.1-47.

ROBERT-CADET I., *Les nullités en droit des sociétés*, Thèse dactylographiée, Lyon III, 2000.

ROBERT-DEMONTROND Ph., *Images et imaginaire de la bonne gouvernance*, in La gestion des Droits de l'Homme, Ed. Apogée, 2006.

ROBIN-OLIVIER S., La norme ISO 26000 et le droit applicable aux relations de travail dans l'entreprise : vices et vertus de la combinaison normative, *In Les lignes directrices ISO 26000: quelle normativité ?* Nanterre, 22 mars 2011, <http://primal.u-paris10.fr/blog/>

ROCHE J.-J., *Relations internationales*, LGDJ, 2009, 4e éd.

ROJOT J., *Théorie des organisations*, Ed. Eska, 2ème éd., 2005, 541p.

ROSÉ J.-J., L'intérêt général au risque de la RSE, Une approche multiculturelle limitée pour une CSR discursive in TRÉBULLE F.-G. et UZAN O. (dir.), *Responsabilité sociale des entreprises, Regards croisés Droit et Gestion*, Economica, 2011, p.501-518

ROSÉ J.-J. (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise : Pour un nouveau contrat social*, 1ère Ed. De Boeck, 2006.

ROUJOU DE BOUBÉE G., *L'essai sur l'acte juridique collectif*, Bibliothèque de droit privé, Tome XXVII : L.G.D.J. 1961

ROULAND N., *Aux confins du droit*, Ed. O.Jacob, 1991

ROUSSEAU S. et TCHOTOURIAN I, Normativité et responsabilité sociale des entreprises, L'illustration d'une construction polysémique du droit de part et d'autre de l'Atlantique, in TRÉBULLE F.-G. et UZAN O. (dir.), *Responsabilité sociale des entreprises, Regards croisés Droit et Gestion*, Paris : Economica, Etudes juridiques, Tome 42, 2011, p.43-90

RUSS J., *La pensée éthique contemporaine*, Paris : PUF, Coll. Que sais-je ? n° 2834, PUF, 1994, rééd., 1995.

RUZIÉ D., *Droit international public*, Paris : Dalloz, 17ème éd., 2004, 299p.

SABEG Y., CHARLOTIN Ch., *La diversité dans l'entreprise : Comment la réaliser ?* Paris : Ed. d'Organisation, Institut Manpower, 2006.

SACQUET A.-M., *Atlas mondial du développement durable*, Paris : Ed. Autrement, 2003, 80p.

SADELEER (de) N., *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution, essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruxelles : Bruylant, 1999

SAINSAULIEU R. (dir.), *L'entreprise : une affaire de société*, Paris : Les Presses de Sciences Po, 1992.

- SALMON A., *Les nouveaux empires, fin de la démocratie ?* Paris : CNRS Sociologie, 2011, 164p.
- SALMON A., Responsabilité sociale de l'entreprise, in *Dictionnaire de l'autre économie*, LAVILLE J -L, CATTANI A. D. (dir.), Paris : Ed. Gallimard, Coll. Folio actuel, 2006, p.523-532.
- SALMON A., *La tentation éthique du capitalisme*, Paris : Ed. La Découverte, Coll. Entreprise & Société, 2007, 190p.
- SALMON A., *Ethique et ordre économique, Une entreprise de séduction*, CNRS Sociologie, 2002
- SALOMON J-J., *Une civilisation à hauts risques*. Ed. Charles Léopold Mayer, 2007.
- SAVALL H., Petite lecture épistémologique de la responsabilité sociale de l'entreprise in LE FLANCHEC A., UZAN O., DOUCIN M. (dir.) *Responsabilité Sociale de l'Entreprise et Gouvernance Mondiale*, Paris : Economica, 2012, p.15-31
- SAVALL H., *Enrichir le travail humain : l'évaluation économique*, Economica, 4^{ème} éd. Augmentée, 1989.
- SAVALL H. et ZARDET V., *Maîtriser les coûts et performances cachés : le contrat d'activité périodiquement négociable*, Paris : Economica, 1987, 2010
- SAVALL H. et ZARDET V., *Tétranormalisation, défis et dynamiques*, Paris : Economica, 2005.
- SAVALL H. et ZARDET V., Approche endogène : vers une responsabilité sociale durable, supportable par l'entreprise ? in *Mélanges en l'honneur de Roland Perez*, Paris : L'Harmattan, 2003
- SCARWELL H.-J., FRANCHOMME M., *Contraintes environnementales et gouvernance des territoires*, L'Aube nord, 2004.
- SCARWELL H.-J., ROUSSEL I., *Les démarches locales de développement durable à travers les territoires de l'eau et de l'air*, Ed. Septentrion, Coll. Environnement et société, 2006.
- SCHILLER S., *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, LGDJ, 2002
- SCHOPENHAUER A., *Le Monde comme volonté et comme représentation*, trad. fr. Burdeau A., Paris, PUF, 1966
- SCHULTZ T., *Investment in Human Capital*, AER, 1961.
- SEGHERS V. et ALLEMAND S., *L'audace des entrepreneurs sociaux : concilier efficacité économique et innovation sociale*. Ed. Autrement, 2006.

SEMLER R., *A contre-courant, Vivre l'entreprise la plus extraordinaire au monde*, Dunod (trad. américain : M.-F. Pavillet), 1993.

SEN A., *L'économie est une science morale*, Ed. La Découverte, Poche, 2003.

SÉRIAUX A., La notion de choses communes, in *Droit et Environnement, (Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction)*, PUAM, 1995.

SERRES M., *Le contrat naturel*, Paris : François Bourin, 1992.

SERRES M., *Le Mal propre : Polluer pour s'approprier*, Le Pommier, 2008.

SILVA F. et DUVERGÉ F., Le sens du management, la valeur des valeurs, in *Tous vertueux, pour une performance durable des organisations*, PERETTI J.-M. (dir.), Eyrolles, Ed. d'Organisation, 2010, p. 77-89.

SILVA F. et VERCOUSTRE D., Valeurs et vertus dans le management, in *Tous vertueux, pour une performance durable des organisations*, PERETTI J.-M. (dir.), Eyrolles, Ed. d'Organisation, 2010, p.33-37;

SIZOO E. (coord.), *Responsabilité et cultures du monde, Dialogue autour d'un défi collectif*, Ed. Charles Lépolod Mayer, 2008.

SMITH F.-L., La protection de l'environnement par la privatisation écologique : un paradigme pour la réforme environnementale, in *Droits de propriété et environnement*, 1997.

STASI J.-P., *L'Ere du risque. De la prévention au principe de précaution*, Bourin Editeur 2005.

STILGLITZ J., *La grande désillusion*, Paris : Ed. Fayard., 2002, 407p.

STILGLITZ J., *Quand le capitalisme perd la tête*, Paris : Ed. Fayard, 2003, 571p.

STILGLITZ J., *Un autre monde*, Paris : Ed. Fayard, 2006, 452p.

STILGLITZ J. et alii, *Principes d'économie moderne*, Broché, 2007.

SUAREZ F., *Des lois et du Dieu législateur*, Paris : Dalloz, 2003, 688p.

SUEUR J.-J., Droit constitutionnel économique et droits de l'Homme, in BOY L., RACINE J.-B., SIIRIAINEN F. (coord.), *Droit économique et droits de l'homme*, Ed. Larcier, 2009, p.103

SUPIOT A., *Critique du droit du travail*, Coll. Quadrige, Essais Débats, PUF, 2007.

SUPIOT A., *Homo Juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, 2005.

SUPIOT A., Du nouveau au Self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises, in *Mélanges J. Pélissier*, Dalloz, 2004.

SWATON S., *Une entreprise peut-elle être « sociale » dans une économie de marché ?* Charmey, Ed. de l'Hèbe, 2011.

TABOURNEL J.-S., *32 défis géopolitiques du XXIème siècle, Prométhée contesté*, Coll., Comprendre la société, Chronique sociale, 2010

TABOURNEL J.-S., *Sociologie politique*, Ed. L'Hermès, 1ère éd., 2003.

TERRÉ F., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 7ème éd., 1999

TERRÉ F., *L'humanité, un patrimoine sans personne*, in Mélanges Ardant, 1999.

TERRÉ F., SIMLER Ph., *Droit civil, Les biens*, paris : Dalloz, Coll. Droit privé, Précis Dalloz, 6ème éd., 2002.

TERSAC (de) G., *La théorie de la régulation sociale de Jean-Daniel Reynaud, Débats et prolongements*, Paris, La Découverte, 2003

TEUBNER G., *Le droit : un système autopoïétique*, Paris : PUF, Les voies de droit, (trad. allemand), 1989, 296p.

THÉVENET M., La RSE : les cinq tentations de la DRH, in IGALENS J. (dir.), *La Responsabilité Sociale des Entreprises : défis, risques et nouvelles pratiques*, Eyrolles 2012

THÉVENET M., *Culture d'entreprise*, Paris : PUF, *Que sais-je?*, 2011.

THIBIERGE C. (coord.), *La force normative, Naissance d'un concept*, Bruxelles : Ed. Bruylant, LGDJ, 2009, 891p.

TIMSIT G., *Thèmes et systèmes de droit*, PUF, 2^{ème} éd., 1997

TRÉBULLE F.-G., Libres propos sur l'entreprise et la gouvernance mondiale, in LE FLANCHEC A., UZAN O., DOUCIN M. (dir.) *Responsabilité Sociale de l'Entreprise et Gouvernance Mondiale*, Paris : Economica, 2012, p.137-142.

TRÉBULLE F.-G. et UZAN O. (dir.), *Responsabilité sociale des entreprises, Regards croisés Droit et Gestion*, Paris : Economica, Etudes juridiques, Tome 42, 2011, 544p.

TRINQUECOSTE J.-F. (dir.), *Responsabilité éthique et logique marchande*, Paris : Ed. EMS, Management & Société, 2008, 202p.

TROMPENAARS F. et HAMPDEN-TURNER C., *L'entreprise multiculturelle*, Ed. augmentée, Maxima Laurent du Mesnil, trad. Fr. (américain), 2004.

TROTABAS L., *La fonction sociale de la propriété : le point de vue technique, le régime administratif de la propriété privée*, Sirey, 1930.

TURCOTTE M.-F., SALMON A., *Responsabilité sociale et environnement de l'entreprise*, Montréal : PU Québec Coll. Pratiques et politiques, Soc. et Eco., 2005.

TURPIN D., *Mondialisation et normes juridiques (Pour un nouveau contrat social global) Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, l'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, 2003, p.437.

VALLAEYS F., *Les fondements éthiques de la Responsabilité Sociale*, Thèse Paris XII Créteil, 2011, <http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/70/45/33/PDF/th2011PEST0038.pdf>

VERMESCH D., *L'éthique en friche*, Ed. Quae, 2007

VAN LANG A., *Droit de l'environnement*, Paris : PUF, Coll. Thémis Droit public, 2002.

VILLEY M., La théologie chrétienne et le droit, *Archives de philosophie du droit*, Tome V, 1960

VINCENT G., *Responsabilité professionnelle et déontologie : Les limites éthiques de l'efficacité*, Paris : L'Harmattan, 2002, 264p.

VINEY G., *Introduction à la responsabilité*, LGDJ 2ème éd. 1995

VIOLET F., *Articulation entre la norme technique et la règle de droit*, PUAM, 2003

VIRALLY M., *La pensée juridique*, Paris : LGDJ, 1960

VIVANT M., Considérations au fil de la plume sur la norme subtile. Libre droit *Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Ed. Dalloz, 2008, p.1059.

VOGEL D., *Le marché de la vertu, Possibilités et limites de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris : Ed. Economica, 2008, 247p.

VOIDEY N., *Le risque en droit civil*, préf. G. Wiederkehr, Marseille : PU Aix-marseille, 2005, 380p.

WEBER M. *L'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Paris : Gallimard, 2004

WEBER M., *Le savant et le politique*, préf. R. Aron, Ed. Plon, coll. 10/18, 1959, rééd. 1982.

WICKER G., *Les fictions juridiques : Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris : LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 253, 1997, 458p.

WIEDEMANN-GOIRAN T., PERIER F., LÉPINEUX F., *Développement durable et gouvernement d'entreprise : un dialogue prometteur*, Paris : Ed. D'Organisation, 2003, 295p.

WIRTZ P., *Les meilleures pratiques de gouvernance d'entreprise*, Paris : La Découverte, Coll. Repères, 2008a, 121p.

WIRTZ P., « Meilleures pratiques » de gouvernance et création de valeur : une appréciation critique des codes de bonne conduite, in *Gouvernance des Entreprises : Nouvelles perspectives*, CHARREAUX G. et P. WIRTZ P., Economica, 2006.

WUNENBURGER J.-J., *Questions d'éthique*, Paris : PUF, 1993.

YACOB J., *Les droits de l'homme sont-ils exportables ? Géopolitique d'un universalisme*, Paris : Ellipses, Coll. Mondes Réels, 2005, 223p.

YSATI J., *Beurs, blacks et entreprise*, Paris : Ed.Eyrolles, 2005, 230p.

YUNUS M., *Vers un nouveau capitalisme*, Ed. Lattès, 2008, 381p.

WEINSTEIN O., *Pouvoir, finance et connaissance : les transformations de l'entreprise capitaliste entre le XXe et le XXIe siècle*, Ed. La Découverte, série « Économie », 2010.

WIJKSTRÖM E., « ISO 26000, pour avancer ensemble autrement ! », 2nds Etats généraux de la Responsabilité Sociétale 7 décembre 2010, Université Paris Descartes, Actes du colloque, p.93, <http://www.iso26000-forum.com/actes.html>.

ZARKA Y.-Ch., *Figures du pouvoir, Etudes de philosophie politique de Machiavel à Foucault*, Paris : PUF, Coll. Fondements de la politique, 2001.

ZARKA Y.-Ch (dir.), *L'idéologie de l'évaluation, La grande imposture, « l'évaluation : un pouvoir supposé savoir »*, Paris : PUF, Coll. Cités, Philosophie, Politique et Histoire, n°37, 2009.

Articles

ACQUIER A., GOND J.-P. et IGALENS J., Des fondements religieux de la responsabilité sociale de l'entreprise à la responsabilité sociale de l'entreprise comme religion, 2010 http://www.seminar.hec.ulg.ac.be/docs/Sem06.03.10_jpgond-paper.pdf

ADLER E., La puissance publique, garante ou destructrice de l'environnement ? *Environnement & Technique*, 2004, n°242.

ALBERT M., Capitalisme contre capitalisme, *Futuribles*, 2003, n°287.

ALBOUY M., La plus belle théorie financière ne peut donner que ce qu'elle a, *Revue Française de Gestion*, vol. 38, n° 228-229, 2012, p. 107-126.

ALBOUY M., Autorité de gestion et avaries communes : une note de lecture, *Finance, Contrôle Stratégie*, vol. 14, n° 4, 2011, p. 7-19.

AMSELEK P., L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales, *Revue de droit public, de la science politique en France et à l'étranger*, 1982, p. 287-294.

AMSELEK P., Le droit, technique de direction publique des conduites humaines, *Droits, Revue française de théorie juridique*, 1989-10, p. 7-10.

AMSELEK P., L'étrangeté ontologique du droit, *Droits, Revue française de théorie juridique* 1990-11, p. 85-92.

APIED V., L'apport de la normalisation aux politiques de développement durable, *Revue Responsabilité & Environnement*, 2012, p.54-56

ARCOT S., BRUNO V. et FAURE-GRIMAUD A., Corporate governance in the UK: Is the comply or explain approach working? *International Review of Law and Economics*, Vol. 30, n° 2, 2010, p. 193-201.

AUTIER F., Ce que révèle la crise des limites des approches économiques de la GRH. Capital humain : un concept économique dans l'impasse ? *Management & Avenir*, 2010, Vol.1, n°31, p. 118-136.

AUTIER F., Vous avez dit : « capital humain » ? *Gérer et comprendre*, 2006, n°86, p.63-72.

AUTISSIER D., GAILLARD A. et MOUTOT J.-M., La capacité de transformation comme composante du capital humain : une étude exploratoire dans un groupe coté, *Management & Avenir*, 2010, vol. 1, n°31, p.95-117.

BABEAU O. et CHANLAT J.-F. La transgression, une dimension oubliée de l'organisation, *Revue Française de Gestion*, n°183, 2008, p. 201-219.

BALLET J. La soutenabilité sociale du développement durable : de l'omission à l'émergence, *Mondes en développement*, 2011/4 n° 156, p. 89-110.

BARDELLI P., Nouveau Monde, Nouvelle régulation sociale : Démystifier la Responsabilité Sociale des Entreprises, *Management & Avenir*, octobre 2005, n°6, p.111.

BARON C., La gouvernance : débats autour d'un concept polysémique, *Droit et société*, n°54, 2003/2, p.329-349

BAZZOLI L. et COASE T., La relation entre le droit et l'économie dans les traditions institutionnaliste et post-coasienne : enjeux pour l'analyse de l'évolution, *Economies et Sociétés*, Hors série, 1999, Vol. 1, n°35, p.69-90.

BECKER G.S., Investment in Human Capital: A Theoretical Analysis, *Journal of Political Economy*, 1962, 70 (5), p. 9-49.

BÉNEZECH, D., La norme : une convention structurant les interrelations technologiques et industrielles, *Revue économie industrielle*, 1996, n°75, p.27.

BENZONI L. et ROGY M. La réglementation des réseaux en Europe Une doctrine à la recherche de ses fondements économiques, *Revue d'économie industrielle*, n° 63, 1er trimestre 1993, p. 261-271.

BÉRENI L., Faire de la diversité une richesse pour l'entreprise, la transformation d'une contrainte juridique en catégorie managériale, *Presses de Sciences Po., Raisons politiques*, 2009, n°35, p.87-105.

BERG O., La notion de risque de développement en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, *Juris Classeur Périodique*, I, n°3945, 1996, p.271

BERGEL J.-L., Le processus de transformation des décisions de justice en normes juridiques, *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, PUAM, 1993, p.1055.

BERGER-DOUCE S., La diversité en PME : une philosophie managériale au service de la performance? *Management & Avenir*, 2009, Vol. 9, n°29, p.258-274.

BERTELLA-GEFFROY M.O., L'inefficacité du droit pénal dans les domaines de la sécurité sanitaire et des atteintes à l'environnement, le point de vue d'un praticien, *Environnement*, 2002, chronique : 8.

BERTREL J.P., FIELD B., NEUVILLE C., VEZINET I., et BEZARD P., L'intérêt social, *Droit et Patrimoine*, 1997, p.42.

BESSE G., A qui profite la RSE ? La responsabilité sociétale des entreprises peut-elle réguler les effets sociaux de la mondialisation, in *Droit social*, novembre 2005, n°11, p. 991-1000.

BESSEYRE DES HORTS, Ch., Management par les valeurs ou la performance ? Une étude comparative de la perception des systèmes de promotion dans les banques de 6 pays européens, *Revue de Gestion des Ressources Humaines*, novembre 2000, n°38, p.98-114.

BESSIEUX-OLLIER C. et WALLISER E., Le capital immatériel, *Revue Française de Gestion*, 2010, Vol. 8, n°207, p. 85-92.

BIERSTEKER J. T et HALL R. B., La gouvernance privée dans le système international, *Alternatives économiques, l'économie politique*, n°12, 2001/4, p.5 -18

BIGOT J., Assurances de responsabilité. Les limites du risque assurable, *Revue Générale des Assurances Terrestres*, 1978, p.169

BILLAUDOT B. La diversité des représentations de la RSE : quelle origine ? *L'Economie politique*, 2010/1 n°45, p.99-112.

BISSARA Ph., L'intérêt social, *Revue des sociétés*, 1999, p.5.

BLIN-FRANCHOMME M.-P., Prendre la RSE au sérieux ? L'obligation légale d'information sociale, environnementale et sur le développement durable en droit des sociétés, *Revue des sociétés, Journal des sociétés*, 2012, n°100, p.44-54

BLIN-FRANCHOMME M.-P., De quelques éléments de régulation des démarches volontaires en matière de RSE... *Revue Lamy droit des affaires*, 2009a, n° 40, p.71-74.

BLIN-FRANCHOMME M.-P., M.-P. Repères droits des affaires et développement durable, *Revue Lamy Droit des affaires*, 2009b, p.6-10

BLONDIAUX L. et FOURNIAU J-M, Un bilan des recherches sur la participation du public en démocratie : beaucoup de bruit pour rien ? *Participations*, 2011/1 n°1, p. 8-35.

BON V., L'ISO 26000 : quel apport pour le manager ? *Revue des Sciences de Gestion*, 2010, n°84, p.49-63.

BORY A. et LOCHARD Y., La responsabilité sociale des entreprises : un cheval de Troie politique ? *Sociologies pratiques* n°18, 2009/1, p.39-50

BOULIN Ph., Normalisation : la contrainte et l'outil, *Revue Française de Gestion*, n°81, numéro spécial « Le droit : un nouvel outil de gestion », nov.-déc.1990, p.97-102

BOURDIEU P., La force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique, *Actes de la recherche en Sciences sociales*, 1986, n°64, p.3 à 16.

BOY L., Normes techniques et normes juridiques, *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°21, Dossier : La normativité, Janvier 2007

BOY L., Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile, *Revue Internationale de Droit Economique*, 2003, n° 3/4, p.471-493.

BRÉCHET J.-P., MONIN Ph. et SAIVES, A.-L., Légitimité, déviance et délit : Des défis pour le management stratégique, *Revue Française de Gestion*, 34, n°183, 2008, p.15-34.

BROUILLON G.-A., Vers une certification de la diversité dans les entreprises en France, *Management & Avenir*, 2007, Vol. 4, n°14, p.137-149.

BRUNET P., Alf Ross et la conception référentielle de la signification en droit, *Droit et société*, 2002, n°50, p.19.

BRUNET A. et PÉRALDI-LENEUF F., Les recours juridictionnels des utilisateurs en cas de normes défectueuses, *Les Petites Affiches*, 1998, p.39-47

BRODHAG C., Le développement soutenable, *Annales des Mines*, juillet-août 1992, p.22-31.

BRYDEN A., Métrologie et normalisation : des chronologies imbriquées, *Responsabilité & Environnement*, n°67, juillet 2012, p.12

CADET I., L'intérêt social, concept à risques pour une nouvelle forme de gouvernance, *Management et Sciences Sociales*, juillet-septembre 2012, p. 14-26

CADET I., La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux, *Revue Internationale de Droit Economique*, 2010a, n°4/4, p.401-439.

CADET I., Certification ISO 26000 : entre mythes et réalités, *Revue Qualitique*, 2010b, octobre, n°219, p. 28-35.

CADET I., Les nouveaux risques liés à la bonne gouvernance ou « l'effet papillon », *Revue Droit de l'environnement*, n°174/10, 2009b, p.20-22

CADET I., Le temps, la règle de droit et le développement durable, *Revue Sciences de Gestion*, 2005b, n°49, p.39-59

CADET I., Le droit de la responsabilité en entreprise : entre la prévention des risques et l'idéologie de réparation, *Revue des Sciences de Gestion*, 2005a, n°211-212, p.71-83.

CADET I., L'importance du cadre juridique dans le cadre de la RSE, *Economie et Humanisme*, 2004, n°370.

CAILLEBA P. et CUEVAS F., Retour d'expériences sur le management de la diversité dans 250 entreprises françaises, *Management & Avenir*, 2009, Vol. 8, n°2.

CALLENS S., La mesure du risque : une histoire récente, *Revue Française des Affaires Sociales*, 1996, p.78

CAPPELLETTI L. et KHOUATRA D., Concepts et mesure de la création de valeur organisationnelle, *Comptabilité, Contrôle, Audit*, 2004, 1-10, p.127-146.

CAPPELLETTI L., Vers un modèle socio-économique de mesure du capital humain ? *Revue Française de Gestion*, 2010, p. 139-152.

CAPRON M., Immatériel et humain : les tribulations d'un actif fantôme, *Congrès IFSAM*, Paris, 1996

CAPRON M. et QUAIREL-LANOIZELÉE F., Le couplage « responsabilité sociale des entreprises » et « développement durable » : mise en perspective, enjeux et limites, *Revue Française de Socio-Economie*, 2013/1, n°11, p.125-144

CAPRON M. et QUAIREL-LANOIZELÉE F., Le rapportage « Développement durable » entre reddition et communication, entre volontariat et obligation, *Revue de l'Organisation Responsable*, 2009/2 Vol.4, p.19-29.

CARBONNIER J., Il y a plus d'une définition dans la maison du droit, *Droits, Revue française de théorie juridique*, Vol.11, Définir le droit, tome 2, 1990, p.5-9

CARROLL A.B., A three dimensional conceptual model of corporate social performance, *Academy of Management Review*, 4, 1979, p. 497-505

CAUVIN E. et NEUNREUTHER B., La contribution du contrôle de gestion au management de la valeur, *Revue Française de Gestion*, 2009, Vol. 6, n°196, p.177 -190.

CENTI J.-P., Le prix de l'environnement, *Revue Française des Affaires Sociales*, 1996, p.156.

CERVEAU B., Le risque juridique : affaire de spécialistes ou de gestionnaires de risques ? *Gazette du Palais*, Doctrine, 23 et 24 février 2001, p.2.

CHAGNOLLAUD D., Le principe de précaution est-il soluble dans la loi ? A propos de l'article 5 de la charte de l'environnement, *Doctrine environnement*, *Recueil Dalloz*, n°16, 2004, p. 1103

CHAMBERS S., Rhétorique et espace public : la démocratie délibérative a-t-elle abandonné la démocratie de masse à son sort ? in SINTOMER Y., TALPIN J. (dir.) *Démocratie délibérative*, *Raisons politiques*, 42, 2011, p.15-45

CHAMPAUD C. et DANET D., Chroniques 1 à 4, *Revue trimestrielle de droit commercial*, 2008, p.563

CHANTEAU J.-P., La « responsabilité sociale de l'entreprise », quelques enjeux d'économie politique internationale, 2009, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00385365/document>

CHARREIRE PETIT S. et SURPLY J., Du *whistleblowing* à l'américaine à l'alerte éthique à la française : enjeux et perspectives pour le gouvernement d'entreprise, *M@n@gement*, 2008/2 vol. 11, p.113-135

CHARREAUX G., La valeur partenariale : vers une mesure opérationnelle..., *Comptabilité, Contrôle, Audit*, 2007/1 Tome 13, p.7- 45.

CHARREAUX G. et DESBRIERES Ph., Gouvernance des entreprises: valeur partenariale contre valeur actionnariale, *Finance-Contrôle-Stratégie*, I, n° 2, juin, 1998, p. 57-88.

CHEVALLIER J., La régulation juridique en question, *Droit et société*, 49-2001b, p.827-846

CLARKSON M.B.E., A stakeholder Framework for analysing and evaluating corporate social performance, *Academy of Management Review*, 20 (1), 1995, p.92-117

CLIFFORD G., La conquête de l'eau, du recueil à l'usage, comment les sociétés s'approprient l'eau et la partagent, *fph*, 1995, p.24.

COCHOY F., La responsabilité sociale de l'entreprise comme « représentation » de l'économie et du droit, *Droit et société*, 2007/1, n°65, p.91-101

COMBES M., Quel avenir pour la responsabilité Sociale des Entreprises (RSE) ? La RSE : l'émergence d'un nouveau paradigme organisationnel, *Management & avenir*, 2005, p.131-145.

CORNU G. Le visible et l'invisible, *Revue Droits*, Vol.10, 1989, p.27-29

COURET A. Première traduction législative de la *corporate governance* : la loi sur les fonds de pension (libres propos autour de la loi n°97-277 du 25 mars 1997), *Dalloz* 1997, I, 241.

COURET A., L'intérêt social, *Juris Classeur Périodique Editions Entreprise*, 1996

COURTOIS S., Droit et démocratie chez John Rawls et Jürgen Habermas : fondationnalisme des droits ou démocratie délibérative ? *Politique et Sociétés*, 2003, vol. 22, n° 2, p. 103-124.

COURVILLE S., Problèmes mondiaux, solutions mondiales, vers une meilleure gouvernance mondiale, Partie II, L'univers des normes : protection légitime, protectionnisme subtil ou possibilité de développement ? 28 sept. 2009
http://www.wto.org/french/res_f/booksp_f/public_forum09_f.pdf

CRÉMIEU L., Responsabilité et risque, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1910, p.543

CROS P., ISO 26000, Une norme internationale pour les entreprises responsables, *Journal social*, extrait du *Journal Développement durable*, 29 août 2007, p.1-2
<http://www.developpementdurablejournal.com>

DAIGRE J.-J., Le gouvernement d'entreprise : feu de paille ou mouvement de fond? *Droit et patrimoine*, juillet-août 1996.

DANET D., Misère de la corporate governance, *Revue Internationale de Droit Economique*, t. XXII, 4, 2008, p.407-433

DEGDEG S., L'acte anormal de gestion et l'abus de bien social, Mémoire, 2008, http://www.memoireonline.com/10/10/4034/m_lacte-anormal-de-gestion-et-labus-de-bien-social4.html

DAUDIGEOS T., VALIORGUE B., Les limites du traitement marchand de la responsabilité sociale de l'entreprise, *Revue Française de Socio-Économie*, 2010/2 n°6, p.65-86.

DAUGAREIHL I., La responsabilité sociale des entreprises, un projet européen en panne, *Sociologie du travail*, n° spécial « L'Europe sociale », 2009, n°4, vol.51, p.3

DAVID P., La responsabilité sociale des entreprises dans la maîtrise des risques : une nouvelle utopie ? Le management chez Bata, *Responsabilité & Environnement*, juillet 2009, n°55, p.42-47.

DAVIS K., Can business afford to ignore social responsibilities ? *California Management Review*, 2 (3), 1960, p.70-76

DE CANNARD D'HAMALE E., La responsabilité sociale des entreprises, *soft law* ou *hard law* ? *Le Journal des Tribunaux*, 26 mai 2007, n°6269, p.413-420.

DECAUX E., La responsabilité des sociétés transnationales en matière de droits de l'Homme, *Revue des Sciences Criminelles*, 2005, p.789.

DE CORDT Y., La responsabilité sociétale des entreprises. Les enjeux et les outils du droit des sociétés, *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2009/4, Tome XLVIII, p. 11-21.

DEFÉLIX Ch., Optimiser la place du facteur humain dans l'innovation, *Entreprise & Carrières*, 2009, 9-15 juin.

DELGA J., De l'éthique d'entreprise et de son cynisme, Chronique 3126, *Dalloz* 2004

DESREUMAUX, Refaire de la stratégie ? *Finance, Contrôle, Stratégie*, 2008, n°11 spécial, p.41-70

DESBARATS I., La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable, *JurisClasseur Périodique Ed. Entreprise*, 2006, p.1214

DESBARATS I., De la normalisation en matière sociale, *Les Petites Affiches*, n°140, (15 juillet) 2003a, p.4-14

DESBARATS I., Codes de conduite et chartes des entreprises privées – Regard une pratique en expansion, *Jurisclasseur Périodique*, 2003b, I, p.112

DEUMIER P., La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux, *Recueil Dalloz*, 2013a, p.1564-1586

DEUMIER P., Le principe « appliquer ou expliquer », appliquer la norme autrement ? *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2013b, p.79-84

DEUMIER P., Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2009c, p.77.

DIDIER, P., Le consentement sans l'échange : contrat de société, n° spécial, *Revue jurisprudence commerciale*, nov. 1995, p.73.

DIENER P., Ethique et droit des affaires, *Dalloz* 1993, chron.17, p.19

DIONNE-PROULX J. et LAROCHELLE G., Ethique et gouvernance d'entreprise, *Management & Avenir*, n°32, 2010, p. 36-53

DONALDSON T. et PRESTON L.E., The stakeholder theory of the corporation : Concepts, evidence and implications, *Academy of Management Review*, 20 (1), 1995, p.65-91

DOUCIN M., Droits de l'Homme et Entreprises : du concept de due diligence vers celui de « sphère d'influence », *Juriste d'Entreprise Magazine*, n°14, juillet 2012, p.28-29

DRAGO G., Principes directeurs d'une charte constitutionnelle de l'environnement, *Actualité Juridique de Droit Administratif*, 26 janvier 2004, n°3, p.133-137.

DUFOUR D.-R. La gouvernance comme nouvelle forme de contrôle social, *Connexions*, 2009/1, p.41-54

DUMÉZ H., De l'obligation de rendre des comptes ou *accountability*, *Gérer et comprendre*, n°91, mars 2008, p.4-8

DUPLESSIS I., La Déclaration de l'OIT relative aux droits fondamentaux : une nouvelle forme de régulation efficace, *Relations industrielles*, vol. 59, 2004, p. 52.

DUPUY R.-J., Réflexions sur le patrimoine commun de l'humanité, *Droits*, 1985, n°1, p.63.

EL ABBOUBI M. et CORNET A., L'implication des parties prenantes comme un processus de construction sociale. Analyse à partir de la théorie de l'acteur-réseau, *Management & Avenir*, 2010, n°33, p.275-297

ELKINGTON J., *Cannibals with Forks: the Triple Bottom Line of 21st Century Business* New Society Publishers, 1998.

FABRE-MAGNAN M., Propriété, patrimoine et lien social, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1997 : 583.

FARJAT G., Le droit, l'économie et le fondamental, *Revue internationale de droit économique*, n°4, vol.19, 2005, p.431- 455

FASTERLING B. et DUHAMEL J.-C., *Le comply or explain* : la transparence conformiste en droit des sociétés, *Revue Internationale de Droit Economique*, 2009, n°2, p. 129-158

FLAUSS J.-P., La tierce intervention des opérateurs économiques devant la CEDH, *Revue de jurisprudence commerciale*, 2005, p.485

FLAUSS J.F., Le droit international des droits de l'Homme face à la globalisation économique, *Les Petites Affiches*, 24 mars 2002, n°104.

FONTBAUSTIER L., Environnement et pacte écologique, Remarques sur la philosophie d'un nouveau « droit à », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°15, 2004, p. 1-9.

FOUCAULT M., Dits et écrits 1984, Des espaces autres (conférence au Cercle d'études architecturales, 14 mars 1967), in *Architecture, Mouvement, Continuité*, n°5, octobre 1984, pp. 46-49

FRIEDMAN M., « The responsibility of business is to increase its profits ». *New York Times Magazine*, 1970, 33, p. 122-126

FRISON-ROCHE, M.-A., Définition du droit de la régulation économique, *Doctrine Concurrence-Distribution*, *Recueil Dalloz*, 2004b, n°2, p. 126-129

FRISON-ROCHE, M.-A., L'idée de gouvernance appliquée aux risques, *Droit et patrimoine*, mars 2004c, p. 85

FRISON-ROCHE, M.-A., Le besoin conjoint d'une régulation analogue des relations sociales et des marchés globalisés, *Revue internationale de droit économique*, 2002, n°1, p.67-82.

FRISON-ROCHE M.-A., Le marquage CE, propos introductif, in « Nouvelle approche-évaluation de la conformité des produits industriels et marquage CE », *Revue Qualité-Sécurité*, n°123, sept.-oct. 2001, p.27-49

FRISON-ROCHE, M.-A., Le contrat de responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1998, p.43-44.

FROGER G., Introduction, *Revue Mondes en développement*, 2006, Vol. 4, n°136, p.7 à 9.

GABAS J.-J. et HUGON Ph., les biens publics mondiaux et la coopération internationale, *L'Économie politique*, n°12, 2001/4, p.19-31

GABRIEL P. et GABRIEL P., Diffusion du développement durable dans le monde des affaires, Un schéma conventionnel, *Revue Française de Gestion*, sept.-oct. 2004, n°152, p.199-213.

GAMBELLI F., Définitions et typologies des normes techniques, *Les Petites Affiches*, 1998, n°18, p.5-11

GARNIER R., Fonds d'indemnisation – Les fonds publics de socialisation des risques, *Juris Classeur Périodique*, 2003, I, n°143, p.1133.

GATES S. et LANGEVIN P., Usage des indicateurs de capital humain et pilotage de la performance, *Revue Française de Gestion*, 2010, Vol. 8, n°207, p. 125-138.

GENDRON C., La responsabilité sociale comme symptôme d'une modernisation de l'entreprise, *Alternatives économiques, L'économie politique*, 2010, Vol.1, n°45, p.70-82.

GENDRON C., Codes de conduite et nouveaux mouvements socioéconomiques : la constitution d'un nouvel ordre de régulation à l'ère de la mondialisation, *Gestion*, HEC Montréal, 2006, vol. 31, n° 2, p. 55-64.

GENDRON, C., A. LAPOINTE ET M.-F. TURCOTTE, Equité, efficience, éthique ? Responsabilité sociale et régulation de l'entreprise mondialisée, *Relations Industrielles*, vol. 59, n°1, hiver 2004, p. 73-100.

GENDRON C. et TURCOTTE M.-F., Environnement, concertation et déréglementation : la modernisation réglementaire à l'heure des méta-enjeux, *Sociologies pratiques*, n°7, 2003, p.139-156

GIBLIN B., Les pouvoirs locaux, l'eau, les territoires, L'eau : une question géopolitique, en France aussi ! *HERODOTE, revue de géographie et de géopolitique*, 2003, n°110, 3ème trimestre, p. 3-9.

GIORDANO-SPRING S. et LACROIX M., Juste valeur et reporting de la performance : débats conceptuels et théoriques, *Comptabilité, Contrôle, Audit*, 2007, 3-13, p.77-95.

GIRARD B., A quoi bon, l'éthique d'entreprise ? *Revue Internationale de Psychologie et de Gestion des comportements organisationnels*, 2008, n°33, Vol. XIV, p.157-174.

GIRARD C., TALPIN J. et TOPÇU S., Vers un système délibératif mondial ? Entretien avec John Dryzek, *Participations*, 2012/1 n°2, p. 167-180.

GIRE P., La question de la responsabilité, expérience et analyse, *Revue Souffles*, n°163, septembre 2001, p.21-25

GOBIN C., Le discours programmatique de l'Union européenne, D'une privatisation de l'économie à une privatisation du politique, *Sciences de la société*, n°55, fév. 2002, p.157-169.

GODELIER E., Les « valeurs culturelles » en gestion : objet d'analyse à construire ou levier de manipulation idéologique ? *Revue Sciences de Gestion*, 2008, n°64, p.107-126.

GOMEZ P.Y., La gouvernance actionnariale et financière, une méprise théorique, *Revue Française de Gestion*, vol. 35, n°198-199, 2009, p. 369-391

GOND P. et MERCIER S., La théorie des parties prenantes : une synthèse critique de la littérature, *Encyclopédie de gestion des ressources humaines*, 2006

GOND P. et MULLENBACH A., Les fondements théoriques de la responsabilité sociale de l'entreprise, *Revue des sciences de gestion*, 2004, n°205, p.93-116

GRIFFON M., La démocratie face à la complexité, *Revue Projet*, 2009 /6 n°313, p.70-77

GROUDEL H., L'appréciation de l'aléa et de la faute intentionnelle dans le contrat d'assurance, *Responsabilité Civile et Assurances*, 2000, p.4

GUETTIER C., L'Etat face aux contaminations liées à l'amiante, *Actualité Juridique du Droit Administratif*, 2001, p.529.

GUILLARD A. et ROUSSEL J., Le capital humain en gestion des ressources humaines : éclairages sur le succès d'un concept, *Management & Avenir*, 2010, vol. 1, n°31, p.160-181.

HELFRICH V., La régulation des pratiques de RSE par les normes : les cas de la norme ISO 26000 sur la responsabilité sociale, 5^{ème} Congrès de l'ADERSE, 2008, p.3, <http://www.aderse.org>

HENRY J.-P., Vers la fin de l'Etat de droit ? *Revue de droit public*, 1977, n°6, p.1207

HOLLANDTS X., VALIORGUE B., TITREN J. ET ROCH B. (2012), Nos valeurs ont une valeur ! Retour sur dix années d'innovation en matière de responsabilité sociale et environnementale des entreprises françaises, étude du groupe ADECCO France et de la chaire Alter-Gouvernance, <http://www.groupe-adecco-france.fr/SiteCollectionDocuments/Etude-Groupe-Adecco-Nos-valeurs-ont-une-valeur.pdf>.

HOSTIOU R., La non-indemnisation des servitudes d'urbanisme; droit de l'urbanisme, bilan et perspectives, *Actualité Juridique du Droit Administratif*, 20 mai 1993, n° spécial, p. 27.

HURSTEL D., Intérêt général et gestion privée : partenaires incompatibles ? *Revue Politiques et Management public*, 1995, Vol. 13, n°2, cahier 1.

HUSTED B.W., A contingency theory of corporate social performance, *Business et Society*, 39 (1), 2000, p.24-28

IGALENS J., Norme de responsabilité et responsabilité des normes : le cas d'ISO 26000, *Management & Avenir*, 2009, p.91-104.

IGALENS J. et JONQUIERES M., ISO 26000 : une norme de quatrième type ? *Revue Qualitative*, 2009, mai, p. 1-3.

JEAMMAUD A., Les règles juridiques et l'action, *Recueil Sirey Dalloz*, chronique, 1993, p.207-212.

JEAMMAUD A., La règle de droit comme modèle, *Dalloz, chronique*, 1990, p. 199-210

JEGOUZO Y. LOLUM F., La portée juridique de la Charte de l'environnement, *Droit administratif*, n°3, mars 2004, p. 5.

JEGOUZO Y., Les autorisations administratives vont-elles devenir des biens meubles ? *Actualité Juridique de Droit Administratif*, 2004, chron. p. 945.

JENSEN M., MECKLING W., Theory of the firm: managerial behavior, agency cost and ownership structure, *Journal of Financial Economics*, 3, 1976, p. 305-360.

JOURDAIN P., Existe-t-il un principe général de responsabilité du fait d'autrui ? *Responsabilité civile et assurances*, Hors-série, n°11bis, 2000, p.5

KAYSER P., Essai de contribution au droit naturel à l'approche du troisième millénaire, *Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif*, 1998-2, p.387

KOUDE R.K., Les droits de l'Homme : de l'intuition universaliste à l'universalité récusée ? *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, octobre 2006, p.909-938

KOUDE R.K., La pertinence opératoire de la justice pénale internationale : vers un universalisme juridique toujours inachevé, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2005, p.955s.

LAMARCHE T. Les nouvelles institutions de la « mesure » de la RSE entre communication et évaluation, *Revue de l'Organisation Responsable*, 2009/2 Vol. 4, p. 4-18.

LAMBERT-FAIVRE Y., L'éthique de la responsabilité, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1998, p.6.

LAMBERT-FAIVRE Y., Le fondement et le régime de l'obligation de sécurité, *Dalloz*, chronique, 1994, p.81.

LANORD M., La norme technique et le droit : à la recherche de critères objectifs, *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 2004, p. 192-234, *Revue de droit prospectif, RJJ*, n°2005-2, 2005a, p.619-649

LANORD M., La norme technique : une source de droit légitime, *Revue Française de Droit Administratif*, 2005b, p.738

LAPEYRE C., La nature de la société depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques, *Bulletin Joly Sociétés*, janvier 2004, p.21-36.

LAUFER R., Quand diriger, c'est légitimer, *Revue Française de Gestion*, novembre-décembre 1996, n°111, p.12-37

LE BARS B., La nature juridique des quotas d'émission de gaz à effet de serre après l'ordonnance du 15 avril 2004 – réflexions sur l'adaptabilité du droit des biens, *JCP G, I*, 2004, 148.

LECLERE C., Réflexions sur l'incidence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme sur le droit des affaires, *Droit et Patrimoine*, sept. 1999, p.67.

LE TEXIER T., Foucault, le pouvoir et l'entreprise : pour une théorie de la gouvernamentalité managériale, *Revue de Philosophie économique*, vol.12, 2011 /2, p.53-85

LEYSSAC (de) L., Vers une citoyenneté d'entreprise, *Gazette du Palais*, 13 fév. 1997, p.265

LOEVE B. et DOUCIN M., *Due diligence* et sphère d'influence dans le contexte du respect des droits de l'Homme par les entreprises, enjeux de la définition dans le champ d'application

des standards en matière de RSE, Dossier entreprise et développement durable n°16, *Cahiers du droit de l'entreprise*, 2010, n°3, mai-juin, p.48-57.

MAGNIER V., Le principe « se conformer ou s'expliquer », une consécration en trompe l'œil ? *La Semaine Juridique, Edition Entreprise et Affaires*, n°23, 5 juin 2008, p.3-5

MALECKI C., Informations sociales et environnementales : de nouvelles responsabilités pour les sociétés cotées, *Dalloz*, 2003, p.818

MALLERET V., Peut-on gérer le couple coûts-valeur ? *Revue Comptabilité Contrôle Audit*, 2009, 1, p.7-34.

MARTIN G.J. Le risque, concept méconnu du droit économique, *Revue Internationale de Droit Economique*, 1990-2, p. 173.

MARTINET A.-Ch., Responsabilité sociale de l'entreprise, *Revue Française de Gestion*, 2007/11 – n°180, p.105-107

MARTINET A.-Ch. et REYNAUD E., Entreprise durable, finance et stratégie, *Revue Française de Gestion*, 2004, n°152, p.121-149

MAYAUX L., Réflexions sur le principe de précaution et le droit des assurances, *Revue Générale du Droit des Assurances*, 2003.

MAZEAUD A., SA VILAS BOAS M.-H., BERTHOMÉ, Penser les effets de la participation sur l'action publique à partir de ses impensés, *Participations*, 2012/1, p.5-29

MAZEAU P., La responsabilité sociétale : une nouvelle frontière pour la normalisation, *Revue Responsabilité & Environnement*, Ed. Eska, (juillet) 2012, p.70-76

MÉREAUX J.-P., FEIGE J. et MBENGUE A., Evaluation comptable du capital humain : enjeux, pratiques et moralités, *Humanisme et Entreprise*, 2012, Vol. 5, n°310, p. 41-56.

MERTZ F., Normalisation de l'environnement, droit et capitalisme, *Environnement et Société*, n°26, 2001, p. 95-102.

MEYER F., La responsabilité sociale de l'entreprise : un concept juridique ? *Droit ouvrier*, 2005, p.185.

MEYRAT I., Les chartes éthiques sous contrôle du juge, *Semaine sociale Lamy*, n°1433, (15 février), 2010.

MIONE A., Les normes comme démarche collective, *Revue Française de Gestion*, 2006, p.105-122

MITCHELL R.K., AGLE B.R. et WOOD D.J., Toward a theory of stakeholder identification and salience : Defining the principle of who and what really counts, *Academy of Management Review*, 22 (4), 1997, p. 853-886

MOCKLE D., Gouverner sans le droit ? Mutations des normes et nouveaux modes de régulation, *Cahiers de droit*, 2002, (43), p. 143

MOUSSÉ J., Le chemin de l'éthique, *Revue Française de Gestion*, (mars-avril-mai), 1992, p.60-66.

MOUSSERON P., Introduction terminologique : des comportements aux « bonnes pratiques », Dossier les usages, *Journal des sociétés*, 2011, n°92, p.12-47

MUKA TSHIBENDE L.-D., QUEINNEC Y., et TCHOTOURIAN I., Articles 224 et s. de la loi Grenelle II : Vers un droit de la gouvernance d'entreprise (enfin ?) responsable, *Revue de droit international et de droit comparé*, 2011, 1-50.

NAHAPÉTIAN N. et DUVAL G., Qu'est-ce que la RSE ? *Alternatives Economiques, Poche* n° 020, septembre 2005

NANCEY J.-G., La théorie juridique de la croisade de Michel Villey, *Droit & Economie, Revue de l'Association Française des Docteurs en Droit*, n°12, nov. 2004, p. 34

NANTEUIL (de) M., Ethique de la responsabilité...contre la RSE, *Sociologies pratiques* 2009/1, n°18, p.65-77

NEAU-LEDUC C., La responsabilité sociale de l'entreprise : quels enjeux juridiques ? *Droit Social*, 2006, novembre, p.952.

NORDMAN Ch., Diffusion du capital humain et effets d'entreprise, Approches par frontières de gains sur données appariées marocaines et tunisiennes, *Revue économique*, 2002, n°3, p.647-658.

OSMAN F., Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. réflexion sur la dégradation des sources privées du droit, *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1995, p.509.

PADIOLEAU J.-G., L'éthique est-elle un outil de gestion ? *Revue Française de Gestion*, 1989, n°74, p.82-91

PAILLUSSEAU J., Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit, *Recueil Dalloz, Chronique*, 1997, p. 97

PAILLUSSEAU J., L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir, *Les Petites Affiches* (19 juin) 1996, n° 74, p. 17

PAILLUSSEAU J., Le droit est aussi une science d'organisation (et les juristes sont parfois des organisateurs juridiques), *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1989, p. 1 à 57

PAILOT P., La normativité dans la responsabilité sociale de l'entreprise : une lecture néo-institutionnaliste, *Management International*, vol.10 2006, N° 3, p. 81-98.

PARAIN-VIAL J., Note sur l'épistémologie des concepts juridiques, *Daloz périodique (APD)*, n°4, 1959, p.131

PARIENTE-BUTTERLIN I., La dimension implicite de la norme, *Multitudes*, 2008/3, n°34, p.171-181

PASCHE A., Prévenir l'imposture écologique, mode d'emploi, *Décisions Durables*, n°2, mars-avril 2010, 72-75

PASQUERO J., Éthique des affaires, responsabilité sociale et gouvernance sociétale : démêler l'écheveau, *Gestion*, Vol. 32, n°1, printemps 2007, p.112-116

PENNEAU A., Les nouveaux aspects des limites de la normalisation, *La Semaine Juridique, Edition Entreprise*, 1996, études et chroniques, n°599, p.450-454

PENNEAU, Respect de la norme et responsabilité civile et pénale de l'homme de l'art, *Les Petites Affiches*, 11 février 1998, n°18, p.28-34

PENNEAU A., Cette (relative) Inconnue Super Offensive, *Recueil Dalloz* 2006, p.521

PENNEAU A., La réforme de la normalisation : quel « système » pour quel intérêt public ? (A propos du décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation), *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, JCP E*, 2009, I, Chronique 2038, p.35-41.

PEREZ R., Quelques réflexions sur le management responsable, le développement durable et la responsabilité sociale de l'entreprise, *Revue des Sciences de Gestion*, n°211-212, janv.-avril 2005, p.29-46

PEREZ R., L'actionnaire socialement responsable : mythe d'hier ou réalité de demain ? *Revue Française de Gestion*, novembre-décembre 2002, n°141, p.131-151

PERRETI-WATTEL P., Pourquoi un risque est-il acceptable ? Représentations du risque et inégalités sociales, *Cahiers de la sécurité intérieure*, n°38, 4^{ème} trimestre 1999, p.9-35.

PERSAIS E., La RSE est-elle une question de convention ? *Revue Française de Gestion*, n°172/2007, spéc. p. 84.

PESQUEUX Y., La comptabilité peut-elle être éthique ? *RIMHE – Revue interdisciplinaire management homme(s) et entreprise*, n° 1, mars/avril, 2012, p. 97-110

PESQUEUX Y., La responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) comme discours ambigu, *Innovations*, 2011b /1, n°34, p. 37-55.

PESQUEUX Y., Organisation innovatrice et responsabilité sociale et environnementale, 8^{ème} Congrès de l'ADERSE, La Rochelle, 2010b <https://hal.archives-ouvertes.fr/file/index/docid/479792/filename/Innovationetresponsabilitesocialeetenvironnementale.pdf>

<https://halshs.archives-ouvertes.fr/file/index/docid/481174/filename/RSEADERSE2009.pdf>

PESQUEUX Y., La notion de territoire, Colloque Propedia - Observatoire économique des banlieues, décembre 2009b, Paris <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00479794/document>

PESQUEUX Y., De la *Corporate Governance* à la gouvernance organisationnelle, 2008, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/file/index/docid/480092/filename/delaCorpGalaGovorgaJLRossignol.pdf>

PESQUEUX Y. La responsabilité sociale de l'entreprise comme thème de gestion ? *Revue Sciences de Gestion*, n° 64, décembre 2008, p. 209 à 223

PESQUEUX Y., De la conception restreinte à la conception large de la gouvernance, 2007b http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/51/08/71/PDF/GouvdeLaconcrestA_laconc_974.pdf

PESQUEUX Y., Normes et principes, 2007c <https://halshs.archives-ouvertes.fr/hal-00510879/document>

PESTRE D., Des sciences, des techniques et de l'ordre démocratique et participatif, *Participations*, 2011/1, n°1, p.210-238

PICARD J., Les pieuses intentions de l'ISO 26000, *Usine nouvelle*, 2008, 27 novembre, www.usinenouvelle.com/article/les-pieuses-intentions-de-l-iso-26000.N63961.

PIGÉ B., Ontologie, théorie et gouvernance des organisations ou la question de l'être aux fondements des enjeux de l'organisation, *La Revue des Sciences de gestion*, 2011/5, n°251, p.37-49

PIGÉ B., Éthique, marché et gouvernance : espace discrétionnaire et responsabilité sociale des grandes entreprises, *Revue Sciences de Gestion*, n°64, 2008, p.225-247

PIROVANO A., La "boussole" de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise? *Dalloz*, 1997, p.193.

PLUCHART J.-J., Vers une approche constructionniste de la valorisation de l'entreprise, *Cahiers de recherche PRISM-Sorbonne*, 2010, <http://prism.univ-paris1.fr>.

POINT S., La Charte de la Diversité, regards sur le discours des entreprises signataires, *Management & Avenir*, 2006, Vol. 2, n°8, p.61-85.

PONTIER J.-M., La certification, outil de modernité normative, *Recueil Dalloz*, 1996, Chronique, p.355-360

POST J.E. & MELLIS M., Corporate Responsivness and Organizationnal Learning, *California Management Review*, vol. 26 (3), 1978, p.57-63

POULAIN E., Le capital humain, d'une conception substantielle à un modèle représentationnel, *Revue économique*, 2001, vol. 52, n°1, p.91-116.

PRAHALAD C.K. & HAMMOND A., Serving the World's Poor, Profitably, *Harvard Business Review*, 2002, p.48-57.

PRIEUR M., Droit de l'homme à l'environnement et développement durable, *Actualité Juridique de Droit Administratif*, n°8, mars 2003.

PUIG P., Hiérarchie des normes : du système au principe, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2001.

QUEINNEC Y. et BOURDON W., Entreprises transnationales et droits de l'homme, A la recherche des combinaisons normatives adaptées, *Journal européen des droits de l'homme*, 26 avril 2013, p.1-18

QUEINNEC Y., La notion de sphère d'influence au cœur de la RSE, Lecture juridique d'un phénomène normatif, Dossier entreprise et développement durable, *Journal des sociétés*, n°100, juillet 2012, p.66-71

RABU G., La mondialisation et le droit : éléments macro-juridiques de convergence des régimes juridiques, *Revue Internationale de Droit Economique*, 2008 /3, p. 335-356

RADÉ C., Le principe de précaution, une nouvelle éthique de la responsabilité, n° spécial colloque de Dijon, 27-28 avril 2000, *Revue Juridique de l'Environnement*, 2000, p.75

RADÉ C., L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile, chronique *Dalloz* 1998, p.301

RADÉ C., Le renouveau de la responsabilité du fait d'autrui (apologie de l'arrêt Bertrand), chronique, *Dalloz* 1997, p.284.

RAYNAL S., Gouvernance et pouvoir, *La Revue des Sciences de Gestion*, n°239-240, 2009/5, p.37- 48.

RAYNAUD P., De la responsabilité civile à la sécurité sociale – A propos de la nouvelle législation sur les accidents du travail, Chronique, *Dalloz*, 1948, p.93.

RÉMOND-GOUILLOUD M., La précaution, art de la décision, un univers incertain, in colloque Risque et Société, 18-20 nov. 1998, *Nucléon*, juillet 1999, p.301

RENET Th., Le Code civil et le régime des biens, questions pour un bicentenaire, *Droit & Patrimoine*, mars 2004, n°124.

RENET Th., Les quotas d'émission de gaz à effet de serre (ou l'atmosphère à la corbeille ?), *Dalloz*, 2005 : 2632.

REYNAUD E., La création de valeur en stratégie, *Revue Française de Gestion*, 2009, Vol. 6, n°196, p.107-11.

RICHEZ-BATTESTI N. et VALLADE D., Innovation sociale, normalisation et régulation, *Innovations*, n°38, 2012/2, p.5-13

ROBERT-DEMONTROND Ph., Diversité anthropologique des imaginaires de la régulation et problème d'internationalisation des normes sociale, *Management & Avenir*, fév.2008, p.79-97.

ROLLAND B., Informations environnementales : condamnation pour publicité mensongère, commentaire de l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon, 29 octobre 2008, *Journal des Accidents et des catastrophes*, n°95.

ROLLAND S., Un bilan de 20 ans de certification des systèmes de management de la qualité: les apports perçus de la certification ISO 9000 par les managers, *Management & Avenir*, n°49, 2010, p.41-51

ROMI R., Quelques réflexions sur l' « affrontement économie-écologie » et son influence sur le droit, *Droit et Société*, 1998, 38, p. 131-140.

ROQUILLY Ch., Analyse des codes éthiques des sociétés du CAC 40, *Cahier Droit de l'Entreprise*, 09-10/2011, 2011

ROQUILLY Ch. et COLLARD Ch., De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique, *Centre de recherche LegalEDHEC*, Septembre, 2009.

ROSINE M., Certification : réelle avancée ou effet de mode ? *Droit et Patrimoine*, 2003, n°118, p.16-17

ROULAND M., *La normalisation technique, instrument de concurrence à la loi*, 2004, <http://www.glose.org/CEDCACE7.pdf>

ROUSSEAU S. et TCHOTOURIAN I., L'« intérêt social » en droit des sociétés: regards canadiens, *Revue des Sociétés*, 2008, p. 735

ROWLEY T.J., Moving Beyond Dyadic Ties. A Network Theory of Stakeholder Influences, *Academy of Management Review*, vol.22 (4), 1997, p.887-910

ROYER G., La convention européenne des droits de l'homme et le droit des sociétés, Eléments pour une lecture humaniste du droit économique, *JurisClasseurPériodique éd. Générale*, 2008, I, 185

RUWET C., Faut-il supprimer le « E » de RSE ? *Enjeux politiques d'un débat terminologique, reflets et perspectives de la vie économique*, Tome XL-VIII, (4) 2009, p.109-118

RUWET C., Que représentent les *Stakeholders* ? Le cas d'élaboration d'ISO 26000, *Revue Française de Science Politique*, vol. 60, n°6, 2010, p. 1115-1135

SACHET-MILLIAT A., L'ambivalence des organisations face aux enjeux éthiques, *Management & Avenir*, n°33, 2010 p.317-324.

SAÏSSET C., ISO 26000, une révolution silencieuse ? *Actu-environnement*, 8 octobre 2008, www.actu-environnement.com/ae/news/ISO_26000_5908.php4.

SAINT-PAU J.-C., La responsabilité du fait d'autrui est-elle devenue une responsabilité personnelle et directe ? *Responsabilité civile et assurances*, 1998, chron. 22

SALMON A., Les démarches éthiques des entreprises. Inculquer des normes pour responsabiliser individuellement les salariés ? *Sociologies pratiques*, n°18, 2009/1, p.51-63

SAVAUX E., La fin de la responsabilité contractuelle ? *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1999, p.1

SCHMIDT D., De l'intérêt social, *Jurisclasseur périodique*, Ed. Entreprise, I, n°488, août 1995

SCHMIDT D., De l'intérêt commun des associés, *Jurisclasseur Périodique*, Ed. Entreprise, I, 3793, n°1, 1994, p.535.

SCHÖMANN I., ISO 26000: The new face of Corporate Social Responsibility, ETUI Policy Brief, *European Economic Employment and Social Policy*, n°1-2/2012, p.1-6 <http://www.etui.org/fr/Publications2/Policy-Briefs/European-Economic-Employment-and-Social-Policy/ISO-26000-The-new-face-of-corporate-social-responsibility>

SÉRIAUX A., Jalons pour la récupération d'une conception métaphysique du droit, in *Droits, Revue française de théorie juridique*, Vol10, 1989, p. 7-10.

SÈVE B., Hans Jonas et l'éthique de la responsabilité, *Esprit*, oct.1990, n°165, p.72

SÈVE R., Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau, *Archives de philosophie du droit*, Paris, 1979, Sirey, t.24, p.247.

SINTOMER Y., Délibération et participation : affinité élective ou concepts en tension ? *Participations*, 2011/1 n°1, p.239-276

SMETS H., Une Charte des droits fondamentaux sans droit à l'environnement, *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, 2001, n°4 : 381.

SOBEL R., ROUSSEAU S. et POSTEL N. La RSE : une nouvelle forme de démarchandisation ? *L'Economie politique*, 2010/1 n°45, p. 83-98

SOBCZAK A., La responsabilité sociale de l'entreprise, Menace ou opportunité pour le droit du travail ? *Relations industrielles*, 2004, p.26 à 51

SOW M., L'accès à l'eau au Sahel à l'ère de la privatisation, in *Alternatives Sud* Vol. VIII, 2001, 4.

STAMATIS C., La concrétisation pragmatique des normes juridiques, *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*. Ed. PUAM, 1993, p. 1091. Ed. Bruylant, 2000, p.33.

STERN B., La mondialisation du droit, *Revue Projet*, 2000, n°262 : 99-110.

SULTAN-TAËB *et al.* H., Capital humain et coûts de friction, Quels critères de choix pour l'évaluation des pertes de production ? *Revue économique*, 2009, n°2, p.293-306.

SUR S., Actes, normes, doit : dix mille signes, *Droits, Revue française de théorie juridique*, 1990, n°11, Définir le droit (tome 2), p.59.

SWANSON D.L., Addressing a theoretical problem by reorienting the corporate social performance, *Academy of Management Review*, 20 (1), 1995, p.43-94

TCHOTOURIAN I., Le droit au secours du risque de mauvaise gouvernance : regard d'un juriste français sur les réformes récentes du Code belge des sociétés en matière de Corporate Governance, *Management & Avenir*, n° 41, 2011/1, p.140-155.

TCHOTOURIAN I., Aspects environnementaux et sociaux de la R.S.E. et management des entreprises : une éthique au centre et autour de l'entreprise, *Management & Avenir*, 2006/4 n° 10, p. 57-77

THERON S., Les catégories en droit administratif, *Revue de Droit Prospectif, RJJ*, 2005, p.2418

THIBIERGE C., Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit, in *Archives de Philosophie du droit*, 2008, t.51, p.251.

THIBIERGE C., Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2003, p.599.

THOREUX M. et BASLE M., Le principe de précaution et ses procédures d'évaluation et de gestion des risques : la gouvernance participative, *Sociétal*, 2005, n°50, p.41.

TIMSIT G., Normativité et régulation, *Cahiers du Conseil constitutionnel n°21* (dossier : la normativité) janvier 2007

TRÉBUCQ S., Capital humain et comptabilité sociétale : le cas de l'information volontaire des entreprises françaises du SBF120, *Comptabilité, Contrôle, Audit*, 2006, Vo. 1, Tome 12, p. 103 -124.

TRÉBUCQ S., De l'idéologie et de la philosophie en gouvernance d'entreprise, *Revue Française de Gestion*, 2005, n°5, p. 49-67.

TRÉBULLE F.-G., *Stakeholders Theory* et droit des sociétés, *Bulletin Joly Sociétés*, déc. 2006 (première partie), chron. §282, p. 1337 ; janv. 2007 (deuxième partie), chron. §1, p. 7

TRÉBULLE F.-G., Personnalité morale et citoyenneté, considérations sur l'entreprise citoyenne, *Revue des Sociétés*, n°1, 2006, p.41

TRÉBULLE F.-G., *L'environnement et le droit des biens*, 2005,
http://www.henricapitant.org/IMG/pdf/L_environnement_et_le_droit_des_biens.pdf

TRUCHET M., Les transformations de la notion de responsabilité civile et pénale depuis 40 ans, Libres propos, *Gazette du Palais*, 5-6 juillet 2002, p.2.

URBAN S., Valeur « qui a un prix » vs valeur « qui n'a pas de prix », un débat de société, *Revue Sciences de Gestion*, n° 64, 2008, p. 153 à 168

VÉRON M., Délits non intentionnels : deux pas en avant, un pas en arrière...? *Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur Droit pénal*, 4 avril 2006, p.4.

VIGNIAL A. et MAIDON-BLANCHE C., « *Comply or Explain* » ou légiférer ? *Lettre de l'Administrateur*, n°11, IFA, octobre, 2006.

WARTICK S.L et COCHRAN P.L., The evolution of the corporate social performance model, *Academy of Management Review*, 10 (4), 1985, p. 758-769.

WIBAUX G., Le statut juridique de la norme, *Revue Concurrence et Consommation*, n°99, septembre-octobre 1997, p.33-41

WIRTZ P., L'attrait psychologique des codes de « meilleures pratiques » en France, *Revue Française de Gestion*, n° 183, avril, 2008b, p. 51-71.

WOOD D.J., Social issues in management : Theory and research in corporate social performance, *Journal of Management*, 17, p. 338-406

WORMS F., Peut-on encore être humaniste ? Hors-Série n°17, *Le Point*, avril-mai 2008, p.14

ZARKA Y.- Ch., Le moralisme contre la morale, *Revue Cités*, Editorial, 2001/1, n°5, p.1 à 3

ZÉNATI F., Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1993, p.305.

Annexe 1 :

Analyse du 2ème rapport d'enquête sur l'utilisation de la Norme ISO 26000

Où en sont les organisations qui ont tenté de mettre en place une démarche de RS grâce aux lignes directrices de l'ISO 26000 ?

Introduction

Cette analyse s'appuie sur les résultats mis en exergue dans le retour sur la seconde enquête menée par l'Observatoire du déploiement de l'ISO 26000 du 14 septembre 2012 au 12 octobre 2012³⁹⁸ : elle vient en complément.

La Norme ISO 26000 publiée depuis novembre 2010 ne laisse pas les organisations indifférentes. Fin 2012, 2500 exemplaires de la norme ISO 26000 étaient déjà achetés (source AFNOR).

Il semblerait que ce ne soit pas l'unique moyen pour se procurer la Norme qui se diffuse très largement et fait l'objet de modes d'appropriation via les réseaux NTIC et les formations organisées, à une bien plus grande échelle.

La référence est, en tout état de cause connue, pour avoir, parmi trois référentiels, été citée et recommandée par la Commission européenne dans sa Stratégie RSE 2011-2014, au même niveau que les Principes directeurs de l'OCDE ou le Pacte Mondial des Nations unies³⁹⁹.

A travers les interrogations suscitées par le déploiement de l'ISO 26000 par des utilisateurs qui ont choisi de rester ou non dans l'anonymat, l'Observatoire tente ici de mettre en lumière les difficultés rencontrées, dresser la liste des questions pour y répondre, et, à travers également les pistes d'amélioration proposées, réfléchir sur une éventuelle révision de la Norme ISO 26000.

³⁹⁸ Quels retours des utilisateurs deux ans après la publication de l'ISO 26000 ? (questionnaire d'enquête disponible sur le site de l'Observatoire, réalisé par le comité d'orientation de l'Observatoire français du déploiement de l'ISO 26000 à l'AFNOR)

³⁹⁹ COM (2011) 681 final : Encadré p.16

Premières remarques générales :

Sur les 250 connexions pour la seconde enquête, lancée par l'Observatoire du déploiement de l'ISO 26000, près de 70 réponses, dont 30 concernant une utilisation directe de la norme comprenant :

- 15 demandes de clarification ou simplification de la norme (soit le ¼ des réponses ou ½ si l'on ne considère que les réponses directes)
- dont 9 demandes pour un outil plus pragmatique (chiffre cohérent pour un guide laissé à l'appréciation de l'utilisateur direct)
- et 1 sur l'éthique (première norme sociétale qui suscite cette interrogation) + 1 sur les 7 principes d'action

Nous pouvons en déduire que l'utilisation de la Norme ISO 26000 n'est pas à la portée de tous car **plus de la ½ des entreprises répondantes ont eu recours à un tiers**. A cet égard, 8 difficultés évoquées portent soit sur :

- le vocabulaire (« holistique », « gouvernance », « sphère d'influence », « pertinence »),
- la forme (redondances, ambiguïtés notamment sur la question centrale des Droits de l'Homme),
- la méthodologie (matrice, approche systémique, trop peu adaptée par secteur ou taille d'entreprise, manque de concret, d'illustrations)
- la **finalité (contrainte ? bénéfiques ? évaluation/certification ? pertinence ? management ?)**

Nous notons également que l'ISO 26000 subit la concurrence de bien d'autres outils :

- certains classiques avec certification à l'appui,
- d'autres nouveaux relatifs à la RS ou au DD
- manque de transparence ou de lisibilité :
 - liens avec la GRI ou le Pacte Mondial ?
 - comment choisir ?

Les lignes directrices de l'ISO 26000 sur la responsabilité sociétale suscitent des interrogations sur le positionnement de cette norme frontière entre le management (mise en œuvre) et la gouvernance (pilotage des systèmes d'organisation) :

=> QUESTIONS SOUS-JACENTES
<ul style="list-style-type: none">○ qu'est-ce qu'une norme de gouvernance ?○ quelle articulation avec les normes de management ? (principales incompréhensions sur l'absence de références aux pratiques managériales)○ qu'est-ce qu'une norme de gouvernance apporte de plus ? pourquoi choisir l'ISO 26000 ?○ et préalablement : qu'est-ce que la gouvernance ? (question récurrente).

Partie 1 : Analyse des réponses générales et des initiatives

- 1) les réponses indiquent que les organisations en sont soit à la phase de diagnostic (20% p.12), recherche des valeurs de l'entreprise, de sensibilisation, soit au mieux, d'engagement (1^{ère} étape) d'où :
 - des questions de compréhension (traduction des termes clefs)
 - une recherche des points de repères (pratiques, management)
 - un regret de ne pas trouver des éléments sur la performance économique de la RS (permettrait de surmonter les résistances au changement et les appréhensions de certains à faire l'investissement financier)
 - des demandes d'adaptations par secteurs d'activités
 - des attentes de logiques différenciées en fonction de la taille de l'entreprise (PME)
 - un besoin exprimé pour l'outil XP X30-029 afin d'aider à la structuration de la démarche

=> DONNER DES CLEFS D'ENTREE DANS CETTE NORME D'UN GENRE NOUVEAU

- 2) Les plus engagées ont répondu sur le premier axe du DD : « l'environnement » (V. QP, p. 11)
 - d'où des difficultés à considérer une démarche globale sur 7 questions centrales simultanément
 - demandes de précisions, d'exemples et de développements sur la partie environnement, la plus avancée
 - lien avec la norme ISO 20121 certifiable...
 - habitués à des normes avec certification à l'appui
 - demandes de méthodologie de mise en œuvre et de processus d'évaluation

⇒ CREER DES GUIDES SECTORIELS/FONCTIONNELS OU
⇒ ENVISAGER LA CERTIFICATION/MODALITES D'EVALUATION

- 3) Déploiement PP : avec les salariés et les entreprises partenaires
 - la notion de gouvernance a encore peu de sens, celle des droits de l'Homme encore moins (par rapport aux relations ou conditions de travail souvent confondues) surtout en France (évidence donc question délaissée)
 - déploiement multi parties prenantes uniquement sous l'influence des consultants
 - des réticences à s'intéresser au « social »
 - aucune utilisation de XP 30-027 sur la crédibilité ou presque car prématuré (pas de recherche de légitimité mais de modalités pratiques) : pas de visibilité à long terme (même si entreprises intéressées par l'idée)

=> DEVELOPPER DES OUTILS METHODOLOGIQUES DE LA GOUVERNANCE

- 4) Communication de la démarche RS
- Peu à ce stade (ce n'est pas la préoccupation n°1, priorité respectée)
 - souhait d'un plan marketing de promotion de l'ISO 26000 (création d'une communauté)
 - Un témoignage fort : outil jugé fédérateur dans le secteur de la communication

=> PARTAGER LES BONNES PRATIQUES ET INDICATEURS DE DEVELOPPEMENT R.S.

Partie 2 : 2 axes de recherche

- 1) Questions au comité d'orientation
- 2) Liste des points d'amélioration souhaités

AXE 1 de réflexion : les questions posées au comité d'orientation pourraient-elles être ajoutées à la liste des FAQ existantes ?

Il convient de répondre à chaque question ou de faire des réponses à plusieurs questions qui pourraient être regroupées. Ainsi, un certain nombre de thèmes reviennent de manière récurrente parfois concernant :

1) La nature de l'ISO 26000 ?

a. norme de gouvernance/ norme de management

- définir ces termes et l'orientation de cette nouvelle norme
- articulation entre les normes de management et normes de gouvernance : pas de substitution avec les normes existantes, pas de fongibilité avec les normes de certification

NDR :

- un outil bientôt à disposition des entreprises XP 30-029 (NDR une version simplifiée est en cours d'expérimentation) et
- un guide sur la gouvernance responsable est en cours d'élaboration

b. une éthique de la norme

- explication de la matrice 7 X 7 (l'imbrication)
- méthodologie de lecture de la norme (architecture)

- des exigences formulées sous forme de recommandations pour aller au-delà de la loi mais pas de contrainte légale
- l'axiologie des droits humains
- une norme « holistique » (la nécessité de travailler les 7 questions centrales simultanément/ transversalité à conserver)
- une norme de « comportement éthique »

2) Le rôle de l'Observatoire ?

- a. pour étudier le déploiement de l'ISO 26000 sous toutes ses formes
- b. pour tout type d'organisation (de la plus petite entreprise à la plus importante, des collectivités, des ONG, des associations, etc.)
- c. informer des différents outils de déploiement de l'ISO 26000
 - des guides sectoriels issus de l'ISO dont elle assure la promotion
 - des outils de diagnostic ou d'évaluation RS dont l'ISO ne souhaite, ni dresser l'inventaire exhaustif, ni se recommander (**le dire explicitement**)
- d. tisser des liens entre l'ISO 26000 et autres normes publiques (nationales ou internationales) ou standard de *reporting* (GRI et Pacte Mondial)

3) Pourquoi l'ISO 26000 n'est pas une contrainte ?

- a. dans l'univers des normes, où se situe l'ISO 26000 ?
- b. la philosophie de ces lignes directrices ?
- c. le vocabulaire spécifique des lignes directrices

4) La question du périmètre de l'ISO 26000

5) En quoi l'ISO 26000 représente une opportunité pour les organisations ?

- a. développer l'encadré sur les bénéfices escomptés de l'ISO 26000
- b. plus-value par rapport aux autres outils ?

AXE 2 : Les points d'amélioration à étudier pourraient-ils servir de base de réflexion pour la future révision de la Norme ISO 26000 ?

- 1) inclure un volet économique
- 2) simplifier, clarifier, rendre opérationnelle, faire des schémas, tableaux de bord, etc.
- 3) résumer
- 4) décliner de façon plus pragmatique les normes publiques fondamentales
- 5) développer le chapitre sur « l'environnement »
- 6) forum des bonnes pratiques : montrer un modèle d'application de l'ISO 26000 par les grandes entreprises
- 7) processus d'évaluation (grille)

Conclusion :

Pour les premiers pas dans la RSE :

L'ISO 26000 est un outil accessible à toute entreprise qui s'engage pour la première fois dans une démarche RS ou DD. Ce retour d'expériences montre peu d'entreprises au stade avancé dans le cadre de l'utilisation de l'ISO 26000. Compte tenu de la date de publication récente de cette norme, c'est logique. Les attentes portent donc sur la compréhension de la Norme et des guides d'utilisation ou des exemples pour mieux se projeter.

Pour les initiés aux premières normes du système de management ou à la RSE :

Les entreprises avancées dans une démarche RSE depuis plusieurs années n'ont donc pas eu à témoigner nécessairement d'un retour d'expérience propre à la mise en œuvre de l'ISO 26000 dans leur organisation : leurs besoins s'expriment en termes d'approfondissement de la Norme, en particulier dans le domaine de l'environnement, souvent après une première initiative en la matière. Ces entreprises connaissent le contenu de la Norme, s'y sont intéressées mais ont été déroutées par l'originalité de cette norme, structurée et conçue sous un tout autre modèle que les normes classiques, avec une certification à l'appui. Ces entreprises ont donc demandé des éclaircissements et à se rapprocher des normes du système de management existantes pour trouver des repères, par elles-mêmes : c'est également parfaitement cohérent.

Mais quelles réponses apporter ?

Si la norme était de nature purement technique, il aurait été simple d'établir une liste de questions récurrentes auxquelles il était immédiatement possible de répondre. Chaque jour davantage cette norme se révèle dans sa complexité, sa complétude, ses subtilités. L'outil est solide, robuste et riche.

- 1) Commenter les principes, c'est déjà interpréter la Norme et un observatoire n'a pas ce rôle.
- 2) Répéter le contenu de la norme n'apporterait pas de plus-value pour les utilisateurs en quête de réponses concrètes.
- 3) Montrer des exemples de « bonnes » pratiques, c'est ériger l'Observateur du déploiement de l'ISO 260000 en rôle de censeur, ce qui peut paraître risqué ou illégitime.

Les utilisateurs de l'ISO 26000 ont fait leurs premiers pas. Dans une démarche d'amélioration continue, ce que compte ce n'est pas le résultat, c'est de prendre un chemin pour avancer.

L'Observatoire du déploiement de l'ISO 26000 doit avoir un rôle d'information et se fixer la transparence comme principe d'action et donc répondre à ces questions parfois simples du fait des premières initiatives, parfois techniques ou fondamentales. Les réponses pourront être globales ou ponctuelles. Répondre, c'est aussi rendre des comptes, pour avancer ensemble dans l'esprit de la norme.

Annexe 2 :

Les opportunités liées à l'implication des chercheurs universitaires dans la normalisation française

Contribution au rapport du Collectif des Universitaires pour la Normalisation Française, avec le support du Ministère du redressement productif

Isabelle Cadet, INSEEC Business School
Enseignant-Chercheur Ethique, Droit et RSE
Docteur en droit des affaires
Département Management et Stratégie

Rattachements scientifiques

- Laboratoire INSEEC Research
- CNAM Paris, Lipsor (Laboratoire d'Investigation en Stratégie et Organisation)
- ADERSE (Association pour le Développement de l'Enseignement et de la Recherche sur la Responsabilité Sociale de l'Entreprise)
- GRT TÉTRANORMALISATION (ISEOR, AGRH, IAS, AFFI)
- TEE (Trans Europe Experts) Réseau européen d'experts en droit

Le rapport de Claude Revel remis à Nicole Bricq, Ministre du commerce extérieur, le 31 janvier 2013, démontre l'importance et la nécessité de développer une influence internationale stratégique pour la France⁴⁰⁰. Le rôle de la normalisation étant aujourd'hui comparable et complémentaire à celui des normes publiques, depuis le décret de 2009⁴⁰¹ qui dispose, dans son article 1^{er}, que « *La normalisation est une activité d'intérêt général... Elle vise à encourager le développement économique et l'innovation tout en prenant en compte des objectifs de développement durable* », toute personne participant à des commissions de normalisation apporte sa contribution à la fois comme expert en son domaine et dans un but d'utilité sociétale affiché. Cette double mission, renforcée par la dimension de politique internationale, explique à la fois l'intérêt et la passion qui en résultent, notamment pour tout enseignant-chercheur (EC), conscient de ces enjeux et souvent complètement détaché par rapport aux intérêts économiques défendus dans ces enceintes.

La neutralité, l'impartialité et les compétences tant techniques que pédagogiques des EC sont en effet très prisées par les organismes de normalisation privée. Leur participation au sein de ces instances ne pourra que s'accroître à l'avenir. C'est un phénomène structurel.

⁴⁰⁰ <http://www.commerce-exterieur.gouv.fr/renforcer-influence-france-sur-normes-internationales-rapport-revel>

⁴⁰¹ Décret n° 2009-697 relatif à la normalisation, *JORF* n° 0138 du 17 juin 2009, p. 9860, texte n° 6.

Pour les EC, le partage de connaissances, les échanges constructifs sur le mode consensuel, la confrontation de l'univers de la recherche avec le monde de l'entreprise confèrent toutes ses lettres de noblesse à la recherche dite appliquée. Le cadre est privilégié.

Chaque partie prenante, dans cette coconstruction de normes et de réseaux d'experts privés-publics, y puise donc les matériaux nécessaires à la poursuite de son activité, dans une logique de partenariat gagnant. La reconnaissance intellectuelle pour les uns, économique pour les autres, naît de ces travaux communs et de la réflexion mise en commun.

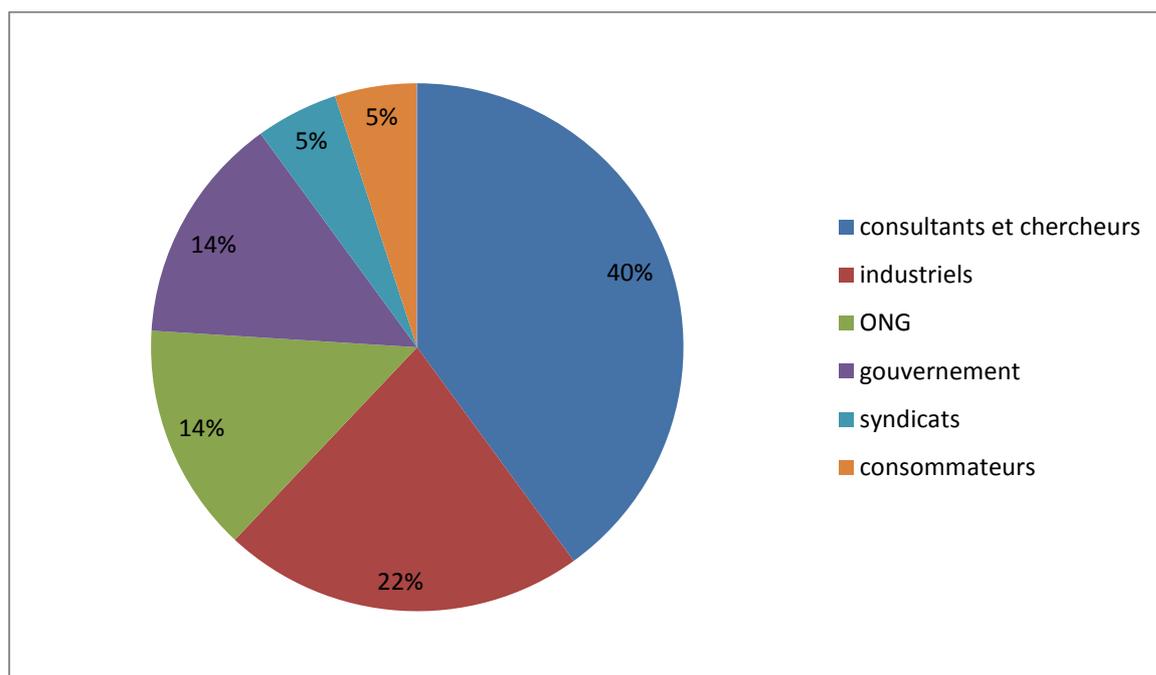
Le mode de fonctionnement dans les commissions de normalisation est également très stimulant : il crée des obligations de résultat alors que la recherche publique fonctionne encore sur le principe de l'obligation de moyens. A l'AFNOR (Association Française de Normalisation), non seulement l'assiduité est obligatoire mais également la production. Cette forme de démocratie participative, volontairement contraignante, ne peut laisser indifférent, quand, dans nos démocraties représentatives, les élections connaissent si peu de succès (taux d'abstention record parfois...).

De surcroît, le suffrage censitaire n'a pas cours puisque un certain nombre de parties prenantes, les TPE/TPI, les ONG, les associations et les établissements publics de recherche sont exonérés de droits à l'entrée de ces commissions de travail ; ainsi le vote des EC compte tout autant que celui des industriels ou d'autres entreprises exerçant une forme de lobbying à travers la normalisation. Un véritable équilibre des pouvoirs, une forme d'équité, un respect mutuel s'instaurent dans le travail de normalisation. La diversité de représentation s'oppose à un mode de fonctionnement clanique, tel que l'on retrouve dans les partis politiques et nos assemblées parlementaires. La légitimité de la normalisation privée se construit ainsi progressivement.

A cet égard, l'ISO devrait être davantage soutenue dans le cadre de la gouvernance mondiale. La première Commissaire générale au développement durable, avait salué, le 7 décembre 2010, la sagesse de l'ISO et de ses différents comités-miroirs qui avaient su travailler de concert dans l'intérêt commun pour élaborer la norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale des organisations, validée, qui plus est, par un consensus à 93%, alors qu'au même moment les Etats souverains, dont certains représentants des citoyens, élus démocratiquement, ne parvenaient pas à un accord sur le protocole de Kyoto malgré l'urgence climatique...⁴⁰²

⁴⁰² Pappalardo M., 2nds Etats généraux de la Responsabilité Sociétale, « ISO 26000 pour avancer ensemble autrement », 7 décembre 2010, Université Paris Descartes, Actes du colloque, <http://www.iso26000-forum.com/actes.html> p.94

Composition de la Commission AFNOR DDRS en 2010



Mieux ! Michel Doucin, l'ambassadeur chargé de la bioéthique et de la responsabilité sociale des entreprises au sein du Ministère des affaires étrangères et européennes, notait à juste titre, lors de l'une de nos réunions plénières le 31 janvier 2013, que l'AFNOR avait su conserver bien au-delà de la publication de la norme internationale ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale des organisations, l'esprit du Grenelle : toutes les parties prenantes se réunissent à intervalles réguliers, se parlent et apprennent à travailler ensemble et acceptent de participer à cette plate-forme pourtant sous le haut patronage du MEDEF...

Dans un processus d'amélioration continue propre à l'application de la roue de Deming (*Plan Do Check Act*), les EC ont déjà obtenu, le 21 janvier 2011, dans le comité de pilotage de l'Observatoire du déploiement de l'ISO 26000 d'être dissociés de la catégorie SSRO (*Services, Supports, Research and Others*), trop hétérogène. De même qu'à la demande de nombreux pays récalcitrants à voter cette norme, tels les Etats-Unis ou la Turquie, les industriels sont aujourd'hui scindés en deux pôles : grande entreprise d'une part et PMI, PME d'autre part, afin de trouver des lignes directrices plus adaptées en fonction de la taille de l'entreprise. L'équilibre recherché par la représentativité et le mode de gouvernance assurent la légitimité du compromis réalisé.

A titre personnel, en tant qu'EC dans des écoles privées de management (ESDES/Université Catholique de Lyon puis ECE Lyon Groupe INSEEC), ma participation à la Commission française DDRS (Développement Durable et Responsabilité Sociétale), depuis septembre 2009, suite à un recrutement en ligne de l'AFNOR, m'a beaucoup apporté dans mon travail de chercheur sur les fondements normatifs de la RSE, tant en données brutes à exploiter, qu'en satisfactions intellectuelles par des publications (dont une classée CNRS 37 rang 3), ou encore de notoriété par des appels à conférences multiples.

L'ouverture d'esprit et l'accueil des dirigeants des commissions de l'AFNOR dans lesquelles je travaille, la richesse des échanges et des données nationales ou internationales transmises avec périodicité ainsi que cette façon de collaborer en puisant en chacun de nous le meilleur

pour aller plus loin dans un domaine d'expertise spécifique (en l'espèce, la Responsabilité Sociétale des Organisations) m'ont permis de progresser de manière exponentielle dans mes recherches. Plus qu'une opportunité, mon implication en tant qu'EC dans la normalisation française a conduit à une véritable symbiose. En voici, extraits de mon curriculum vitae d'EC, quelques preuves tangibles.

Fonctions à l'AFNOR

- Membre du Groupe de travail sur la Gouvernance Responsable (2012)
- Participation aux travaux de l'élaboration d'un référentiel français sur la vérification des données extrafinancières des organisations, avec le Commissariat Général au développement durable, au Ministère de l'Ecologie, du Développement Durable, des Transports et du Logement (2011),
- Représentante titulaire des Enseignants-Chercheurs au Comité d'orientation de l'Observatoire français du déploiement de l'ISO 26000 (2010), <http://www.afnor.org/metiers/normalisation/iso-26000/observatoire-francais-de-l-iso-26000>
- Partie prenante Enseignant-Chercheur de la Commission Développement Durable et Responsabilité Sociétale (2009) : élaboration des lignes directrices de l'ISO 26000 relatives à la responsabilité sociétale

Articles parus dans des revues nationales et internationales à comité de lecture

- « L'intérêt social, concept à risques pour une nouvelle forme de gouvernance », *Revue Management et Sciences Sociales* n°13 (juillet- septembre 2012), p.14-26
- « Les aspects juridiques de l'ISO 26000 » : mise à jour 45, V-91 in *Management de la qualité* (coord.) J.-C. Pannekouke, AFNOR Éditions (septembre 2011)
- « La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux », *Revue internationale de droit économique* (2010/4), p.401-439
- « Certification ISO 26000: entre mythes et réalités », *Revue Qualitique* (oct. 2010), n°219 p.28-35

Congrès internationaux et colloques francophones

- « L'intérêt social, concept à risques pour une nouvelle forme de gouvernance » (*IUT Bayonne, ORIANE, sept. 2012*)
- « Le risque d'ISO 26000 washing » (*IUT Bayonne, ORIANE, oct. 2011*)
- « Développement durable et responsabilité sociétale : la stratégie de l'ISO » (*Université Mundiapolis, Casablanca & Université Cadi Ayyad, Marrakech, Maroc, avril 2011*)
- « L'ISO 26000 ou la première norme de gouvernance mondiale d'origine privée » (*Université Paris Descartes, ADERSE, 2011*),
- « ISO 26000 : innovation ? » (*Groupe Sup de Co. La Rochelle, ADERSE, 2010*)

Conférences nationales et internationales

- « RSE et performance globale », Université de l'entreprise, 3^{ème} éd. (*ESC Bretagne-Brest, 8 mars 2012*)
- « L'universelle opposabilité des normes fondamentales de responsabilité sociale et leurs conséquences en termes de risques juridiques, Formation interne des auditeurs de l'agence de notation sociétale (*Vigéo Paris, 5 mai 2011*)
- « Les enjeux de l'ISO 26000, première norme internationale de gouvernance pour les entreprises : comment l'ISO 26000 guide les dirigeants pour choisir leurs valeurs et stratégies pour atteindre l'objectif de responsabilité sociétale de leur organisation? » Salon Prourable (*CNIT, Paris-La Défense, 23 mars 2011*)
- « Quels bénéfices opérationnels de l'ISO 26000 pour les organisations et quelles limites? Analyse des implications pour les collectivités locales », Rendez-vous n°1 de la RSE du Comité 21 (*Paris, ESCP Europe, 30 mars 2011*)

Cahiers de recherche

- Contribution au Cahier du droit de l'entreprise, LexisNexis, Jurisclasseur n°3 (mai-juin 2010) : « Due diligence et sphère d'influence dans le contexte du respect des droits de l'Homme par les entreprises, enjeux de la définition du champ d'application des standards en matière de RSE », Dossier entreprise et développement durable, rédigé par B. Loewe, (dir.) Michel Doucin, p.48-57
- Participation au groupe de réflexion (2010) sur l'obligation de respect pesant sur les entreprises en matière de droits de l'Homme, (dir.) M. Doucin
http://www.rse-et-ped.info/IMG/pdf/Due_diligence_Etude_22mars_MAE.pdf

Formation initiale ou continue sur les fondamentaux de la RSE et la norme ISO 26000

- HEC (sept. 2011),
- ISARA (déc. 2011),
- CNAM et INSA de Lyon (fév. 2010)
- Educatis management (Global University, Suisse) depuis 2009
- LYON III depuis 2006.

Points d'amélioration souhaités outre ceux déjà évoqués dans le rapport collectif :

- Financement en tout ou partie des déplacements notamment à l'étranger :
 - o qui peut être proportionné aux résultats obtenus ou attendus
 - o à accorder
 - aux institutions qui emploient les EC
 - ou aux laboratoires,
 - voire individuellement au chercheur impliqué
 - o Sources différentes selon la stratégie recherchée (subventions AFNOR, ministères concernés par l'implication des chercheurs, universités ou écoles elles-mêmes)
 - o Exonérations à prévoir pour la participation à la normalisation, également des EC provenant des écoles et universités privées : développer les partenariats privés-publics dans l'intérêt général

- Organisation du temps :
 - o Créer des possibilités de détachement ou mise en disponibilité d'un chercheur pour les missions de normalisation ou
 - o Accorder une décharge d'enseignements, ou encore
 - o Donner des équivalences d'heures de direction administrative

- Valorisation des acteurs de la normalisation privée :
 - o Faire connaître les écoles, universités et laboratoires participant à la normalisation française :
 - En nombre de chercheurs
 - En termes de publications
 - o Augmenter la notoriété de l'école, institut ou l'université et le laboratoire concernés par les instances publiques (ministères concernés)
 - Classement
 - Labellisation
 - o Récompenser les participants (individuellement et collectivement) :
 - dotations financières,
 - postes supplémentaires,
 - primes ou gratifications

- Mise en cohérence des actions ministérielles en matière de normalisation (comme pour les procédures d'enquête et d'information mises en place pour le lancement d'un projet de norme)

- Appels à projets relayés sur le site du ministère de la recherche voire dans les différentes écoles et universités concernées selon les thèmes scientifiques.

Conclusion

« La forme de pensée unique qui, au lieu que l'on s'inspire de ces étoiles en ascension, alourdit provisoirement le cheminement vers la lumière, est celle d'un consensus mou, sur des avantages matériels pleins de promesses illusoires et sur des schémas intellectuels tout prêts, qui donnent congé à l'esprit critique, au recueillement lucide et à la méditation créative »

(Claude Hagège, Contre la pensée unique, Ed. Odile Jacob 2012, p.9)

Pour compléter sur la gouvernance normative, il convient de poursuivre le soutien à la francophonie : la normalisation française doit beaucoup à ce positionnement fort. La norme, qu'elle soit privée ou publique, est marquée par une culture et par conséquent une langue.

Dans le cadre de la mondialisation et face aux enjeux globaux du développement durable, le consensus mou n'a pas sa place. Il faut privilégier la langue vernaculaire. Notre force normative dépend du déploiement de la langue française et de notre résistance à ne pas penser dans une langue unique : une langue véhiculaire est un coefficient scientifique réducteur et non multiplicateur d'innovations. L'enjeu est scientifique et politique. Bon nombre de normes nous sont imposées exclusivement parce qu'elles sont issues du système anglo-saxon.

On peut imaginer traduire les travaux de recherches en langue anglaise, aider les chercheurs à parler mieux l'anglais pour échanger, mais nous perdrons du pouvoir à renoncer au français dans les instances européennes et internationales de normalisation.

La norme internationale ISO 26000 a été au départ rédigée en 5 langues : un succès sans précédent ; elle est aujourd'hui traduite en 17 langues. L'adoption d'une terminologie commune n'exclut pas la diversité de langage. Bien au contraire !

A travers la normalisation française, continuons de défendre nos valeurs, notre mode de pensée, nos capacités d'innovation.

Le 12 mars 2013

Isabelle CADET

**Responsabilité Sociale de l'Entreprise (RSE),
Responsabilités éthiques et utopies**

Les fondements normatifs de la RSE

Etude de la place du droit dans les organisations

Résumé

Cette thèse sur travaux porte sur la recherche des fondements normatifs possibles de la Responsabilité Sociale de l'Entreprise (RSE). C'est une analyse approfondie de la notion de norme, de ses fonctions en tant qu'outil de gestion, de ses limites en dehors de toute éthique. Le sujet est traité de manière transdisciplinaire : l'apport théorique des sciences de gestion s'appuie sur l'étude empirique du droit, comme révélateur des utopies, réalisables ou non, en matière de RSE. L'étude de la place du droit au sein de la RSE est un moyen de revisiter de nombreuses théories des organisations, notamment sur la gouvernance, les parties prenantes, la démocratie, le développement durable, le risque, la responsabilité. C'est une réflexion critique sur la flexibilité de la règle de droit et la régulation par les normes, devenues de plus en plus souples et floues, causes d'une privatisation du système économique global.

Prenant la mesure des mutations normatives dans la gouvernance mondiale, cette thèse propose de surmonter le défi de l'internormativité, par une nouvelle éthique de la responsabilité. L'idée, en France, serait de concevoir la responsabilité sociale des entreprises comme la fiction juridique de l'entreprise citoyenne. Une véritable extension de responsabilité préventive serait à la charge des sociétés personnes morales dans le cadre de leur sphère d'influence.

Mots-clefs : Normes – Normalisation - Ethique – Gouvernance – ISO 26000 - Responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) – Risque – droit souple – droit flou – Tétranormalisation – Régulation – Organisation – ISO

Abstract

This dissertation focuses on the search for the possible normative foundations of corporate social responsibility (CSR). This is an in-depth analysis of the notion of a standard, its function as a management tool, and its limits outside any ethics. The subject is treated in a transdisciplinary manner : the theoretical contribution of management sciences is based on the empirical study of law revealing utopias, feasible or not, under CSR. The study of the place of law in the CSR is a way to revisit many theories of organizations, including on governance, stakeholders, democracy, sustainable development, risk and responsibility. This study concludes with the need for prior compliance with the law, in the creation of the standard and use of management tools. It allows a critical reflection on the flexibility of the rule of law and regulation by standards which have become more and more soft and fuzzy, causing the privatization of the global economic system.

Taking the measure of the normative changes in global governance, this dissertation proposes to overcome the challenge of conflicts of norms, by introducing a new ethic of responsibility. In France, the idea would be to design the corporate social responsibility like the legal fiction of corporate citizenship. A true extension of preventive responsibility would be born by the legal entities under their sphere of influence.

Key-words : Norm – Normalization - Ethics - Governance – ISO 26000 – Corporate Social Responsibility (CSR)- risk – soft law- fuzzy law – Tetranormilization – Regulation – Organization - ISO