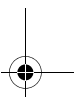
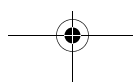
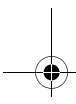
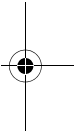
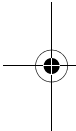


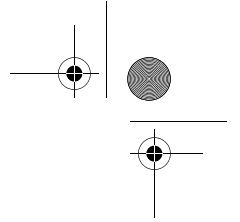
AVANT-PROPOS

Le présent ouvrage est le résultat d'un projet de recherche européen ESTER, «Social Regulation of European Transnational Companies» réalisé dans le cadre du 6^{ème} PCRDT et qui s'est terminé en 2007 par un colloque international «De l'irresponsabilité à la responsabilité juridique de l'entreprise transnationale dans la globalisation de l'économie» auquel ont participé la plupart des auteurs qui ont contribué au présent ouvrage. Cet ouvrage vient compléter la recherche ESTER et la prolonger sur deux points.

La recherche européenne était basée sur l'analyse des pratiques et des normes des entreprises transnationales de l'Union européennes, telles qu'elles se présentent dans les sièges sociaux. C'est donc une vision de la RSE d'en haut, du Nord. Or ces pratiques et ces normes ont vocation à s'appliquer sur le plan mondial, dans des pays d'autres régions du monde d'Afrique, d'Asie ou d'Amérique qui non seulement ne sont pas au même niveau de développement mais dont les populations, au regard des ressources dont elles disposent, de leurs coutumes, de leurs traditions ou de leur rapport au travail, ont des attentes vis-à-vis des entreprises transnationales du Nord bien différentes de celles imaginées au siège. Les collègues venant de ces différentes régions du monde qui ont contribué à cet ouvrage ont zoomé des réalités et des pratiques très contrastées de ces entreprises transnationales qui mettent en relief et en perspectives les promesses éthiques des entreprises, leurs pratiques souvent immorales et leurs esquives moins avouables quand elles sont soumises à la question du bilan. Ils décrivent des écarts entre promesses et réalités pour faire apparaître les multiples visages de la RSE et les jeux de masques de l'entreprise transnationale.

Par ailleurs, le projet de recherche avait pour objectif d'analyser la codification de l'éthique au travers des instruments juridiques en vigueur, en projet ou avortés des institutions internationales. Le projet n'abordait donc pas la question de l'implication des Etats dans l'établissement d'un droit de la responsabilité juridique des entreprises transnationales. Cet aspect est envisagé dans cet ouvrage du point de vue de la théorie du droit. Le propos de cet





VIII

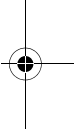
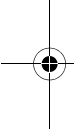
AVANT PROPOS

ouvrage n'est donc pas de s'interroger sur les sens et les définitions de la RSE mais sur la contribution de la RSE à l'émergence de nouvelles régulations des activités des entreprises transnationales.

Cet ouvrage est un aboutissement parmi tant d'autres du groupe de recherche européen ESTER dont la synthèse des résultats est à l'origine d'un rapport présenté à la Commission européenne présenté en fin de cet ouvrage (**Annexe 1**).

Publication ayant bénéficié du soutien financier du Conseil régional d'Aquitaine.

Isabelle DAUGAREILH



INTRODUCTION

PAR

ISABELLE DAUGAREILH

Imaginée par le théoricien Bowen dans les années 50 aux USA¹, la responsabilité sociale des entreprises (RSE ci-après), qui consiste à prendre en compte les attentes environnementales et sociales des parties prenantes des entreprises dans leurs décisions économiques, ne s'est répandue dans le monde entier qu'un demi-siècle plus tard. Néanmoins, dans les pays en développement, la plupart des entreprises échappent toujours à la RSE en raison de leur vulnérabilité économique², de la fragilité des rapports de travail et de leur environnement socioculturel³, ou tout simplement parce qu'elles ne sont pas directement associées au commerce international⁴. De la même manière, les attentes des parties prenantes vis-à-vis des entreprises sont très diverses et sont très largement déterminées par le niveau de développement économique⁵, le niveau de réalisation de l'Etat de droit⁶, mais aussi par des facteurs politiques, institutionnels et sociétaux⁷. Ainsi, les communautés locales dans des pays de grande pauvreté et dans lesquels les Etats sont exangues, au point de ne

¹H.R. BOWEN, *Social Responsibility of the Businessman*, New York, Harper & Brothers, 1953.

²Voir la contribution de R. Filali MEKNASSI, «La réceptivité des entreprises à la RSE – Quelques considérations à la lumière de l'expérience marocaine».

³Voir les contributions d'A. ZHENG, «La Responsabilité sociale des entreprises en Chine. Analyse sous l'angle du droit du travail», d'H. SUZUKI «La RSE et les entreprises japonaises», d'O.O. SIDIBE, «La responsabilité sociale des entreprises multinationales en Afrique : le cas du secteur minier au Mali» et de D. DU TOIT, «L'auto-régulation de la responsabilité sociétale de l'entreprise. L'impact sur les relations professionnelles dans les entreprises européennes en Afrique Australe et en Afrique du Sud».

⁴Voir les contributions de F. MAUPAIN, «Renforcer l'engagement solidaire des États en mobilisant la responsabilité sociale des consommateurs hors frontières par un label 'travail décent'», de C. VARGHA, «Promouvoir le travail décent dans les chaînes de production mondiale. L'expérience de Better Factories Cambodia», et de R. Filali MEKNASSI, *op. cit.*

⁵Cf. O.O. SIDIBE et D. DU TOIT, *op. cit.*

⁶Cf. A. ZHENG, R.F. MEKNASSI et D. DU TOIT, *op. cit.*

⁷Voir les contributions de G. GIANIBELLI «Entreprises transnationales, mécanismes de régulation et exigibilité des droits. Analyse critique de la responsabilité sociale de l'entreprise : l'expérience argentine», et d'O.E. URIARTE, «La responsabilité sociétale de l'entreprise, et de D. DU TOIT, *op. cit.*

pas pourvoir aux services sociaux de base, ont des attentes orientées vers la satisfaction des besoins primaires (accès à l'eau potable, à l'école, à la santé, à l'emploi, à l'alimentation) et la lutte contre des fléaux (sécheresse, invasion acridienne, sida, paludisme, etc.), ce qui ne correspond en rien à la conception de la RSE dans les pays riches et industrialisés du Nord⁸. Rien d'étonnant alors à ce que la RSE se présente dans les entreprises comme un fourre-tout et résulte de «collages» de thèmes qui ne sont pas toujours ordonnés ou harmonieux dans des espaces et des temps très divers et qui affectent des populations très différentes dans leurs pratiques et leurs ressources⁹. La RSE ne se définit donc pas; elle reste définitivement floue comme le soutiennent plusieurs auteurs dans cet ouvrage¹⁰. Ce serait même tomber dans un écueil que de vouloir la présenter «comme un concept (et même un concept achevé) alors qu'il s'agit avant tout d'un ensemble de pratiques d'acteurs dont la diversité témoigne encore de celle des histoires sociales des différents territoires»¹¹.

La RSE est de toute évidence un phénomène en prise avec son temps en ce sens qu'elle témoigne «de la diversité des bouleversements sociétaux actuels et de la reconfiguration de la société» ainsi que d'une prise de conscience aigüe des enjeux actuels¹². Il n'existe pas d'autres notions qui mobilisent à la fois l'environnement, le social, la gouvernance et les droits de l'homme et qui mette à ce point en évidence leur interdépendance et leur indissociabilité, mais aussi leur possible conflictualité. Les analyses de terrain montrent toutefois qu'une approche holistique de la RSE dans les entreprises transnationales tarde à s'imposer¹³. Par ailleurs, l'extrême visibilité des risques environnementaux tend à les faire apparaître au devant de la scène tandis que les risques sociaux restent davantage dans l'ombre et sont sans doute le point aveugle de toutes les considérations, y compris de la part des institutions internationales comme l'ONU.

⁸ Cf. O.O. SIDIBÉ, *op. cit.*

⁹ Cf. M. BARANANO CID, *op. cit.*

¹⁰ *Ibid.* Voir les contributions de F. COCHOY et A. LACHÈZE, «Capture et contre-capture dans les politiques de Responsabilité Sociale de l'Entreprise» et de B. SAINCY, «La responsabilité sociale des entreprises : la position des acteurs sociaux».

¹¹ Cf. B. SAINCY, *ibid.*

¹² Cf. M. BARANANO CID, *op. cit.*

¹³ *Ibid.* et cf. F. COCHOY et A. LACHÈZE, *op. cit.*

C'est donc grâce à un contexte favorable sur le plan économique, social et juridique (I) que la RSE s'est imposée à la fin du XX^{ème} siècle comme une réponse à une situation créée par la globalisation de l'économie. En se saisissant de la RSE, les entreprises transnationales ont affiché des valeurs qui ont servi de fondement à des pratiques et à une normativité déployée à l'échelle mondiale sur des objets et des espaces non régulés juridiquement (II). Nonobstant, l'affichage de pratiques et de normes, les engagements de RSE coexistent avec des violations de la loi locale et le non respect des standards internationaux en matière de droits de l'homme par les entreprises transnationales ou par leurs cocontractants. Ces contrastes créés et assumés par les entreprises transnationales montrent les limites inhérentes à toute forme d'autorégulation ainsi qu'aux nouvelles formes de régulation juridique de type *soft law*. Propulsée par l'absence de régulation des activités des entreprises en matière sociale et environnementale dans l'espace transnational, la RSE, dont il est toujours à craindre qu'elle ne substitue sinon définitivement du moins temporairement à la règle de droit, a aussi révélé avec force la nécessité d'un droit de la mondialisation de l'économie, ne serait-ce que parce que la RSE elle-même a besoin d'être encadrée juridiquement et parce qu'elle ne peut trouver son sens que dans un rapport de subordination au droit (III).

I. – L'EXPANSION DE LA RSE DANS UN CONTEXTE DE GLOBALISATION DE L'ÉCONOMIE

Sur le plan économique, la chute du mur de Berlin a ouvert le début d'une période de diffusion à l'échelle mondiale du seul modèle occidental de développement économique. La globalisation de l'économie a fait voler en éclat les frontières des Etats nations et a imposé une exploitation sans limite et à l'échelle mondiale des ressources naturelles et humaines nécessaires à l'expansion économique¹⁴. Les très grandes entreprises sont les principales bénéficiaires de ce mouvement et connaissent dans ce cadre une apogée sans précédent. Elles assurent une domination mondiale sur le plan

¹⁴ Voir les contributions de B. BURGENMEIER «La responsabilité de l'entreprise face au développement durable».

économique mais aussi culturel¹⁵; elles s'imposent dans toutes les instances de régulation et de décision politique à quelque niveau que ce soit et elles se sont également emparées des questions sociétales.

Sur le plan juridique, après la tentative avortée en 1996 d'insérer une clause sociale dans le «système OMC»¹⁶, nonobstant la réaffirmation du mandat de l'OIT au plus haut niveau et l'extraordinaire déploiement de la Déclaration sur les principes et droits fondamentaux au travail de 1998¹⁷, on a assisté à un isolement de la question sociale sur le plan institutionnel et à son affaiblissement, voire sa marginalisation, sur le plan normatif. Cette éviction du social et de l'environnemental des instances de décision et de régulation de l'économie mondiale a été une véritable aubaine pour les entreprises transnationales. Ainsi ont-elles pu imposer via leur Etat d'origine l'adoption de normes dans les traités bilatéraux d'investissement visant à protéger les investissements, la propriété intellectuelle, la levée des barrières commerciales ainsi qu'à interdire d'établir des distinctions entre entreprises nationales et étrangères. Ces normes certes conventionnelles protégeant les intérêts des entreprises sont en réalité imposées aux Etats d'accueil qui peuvent être passibles de sanctions plus ou moins graves s'ils ne s'y conforment pas. Les entreprises transnationales cherchent en effet des pays suffisamment faibles économiquement et juridiquement pour obtenir en contrepartie de leur installation le droit de voir protégés leurs biens et leurs investissements avec la faculté pour elles d'ignorer les lois de protection des personnes et de l'environnement.

La globalisation de l'économie s'appuie sur un droit international économique pensé dans l'intérêt exclusif des entreprises. Ainsi, la Charte de l'Organisation mondiale du commerce (OMC ci-après) ne dit mot des droits des travailleurs ou de l'environnement et reste pour l'instant fermée à toute expression d'intérêt autre qu'économique dans la procédure de règlement des différends. L'asymétrie

¹⁵ Voir la contribution de G. FARJAT, «De la globalisation de l'économie à une 'Économie de droit'».

¹⁶ Selon l'expression utilisée par D. CARREAU, P. JULLIARD, *Droit international économique*, éd. Dalloz, Paris, 4^{ème} éd. 2010, p.

¹⁷ F. MAUPAIN, «La valeur ajoutée de la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail pour la cohérence et l'efficacité de l'action normative de l'OIT», in I. DAUGAREILH (dir.) *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, éd. Bruylant-LGDJ, 2005. M.A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, éd. Dalloz, 2005. C. LA HOVARY, *Les droits fondamentaux au travail*, éd. Puf, 2009.

est claire : pour l'économie, des accords multilatéraux sur le commerce international, des accords bilatéraux sur l'investissement direct étranger, un organe de règlement des différends international à l'OMC et un système d'arbitrage international très efficace; pour le social ou l'environnement, aucune juridiction sociale (ou environnementale) internationale, aucune clause sociale conventionnelle et des normes de *soft law* ou procédurales¹⁸.

Les multinationales jouissent en outre de la capacité d'imposer aux Etats hôtes la loi de leur choix en matière commerciale et économique, et d'échapper ainsi pour ce qui les intéresse à des systèmes juridiques nationaux corrompus ou qui ne fonctionnent pas¹⁹. Une compagnie pétrolière concluant un partenariat avec le gouvernement de Birmanie peut ainsi lui imposer que les différends soient réglés par le système judiciaire anglais et en vertu de la loi anglaise. Dans le même temps, les victimes birmanes de violations des droits humains perpétrées par les forces de sécurité de la même compagnie pétrolière sont laissées sans recours dans le cadre du régime judiciaire national, tant il serait inutile, voire dangereux, d'en référer à un gouvernement militaire lui-même responsable d'abus similaires. L'internationalisation des processus productifs a, par conséquent, pour revers du côté des travailleurs la persistance de réglementations de type national, l'absence de convention collective ou de loi sociale mondiale et l'absence d'un juge social international. «La mondialisation a produit un 'désaccouplement' entre la dimension mondiale des mouvements économiques et financiers, et la nature étatique dominante des normes juridiques. Elle a provoqué la fin d'un mythe autour de l'Etat et de sa capacité à délimiter le cadre juridique et les formes définies de la production du droit, ce qui a été élégamment défini comme le 'désordre des normes' »²⁰.

A cette asymétrie s'ajoute une anomalie juridique : l'entreprise transnationale jouit d'un double avantage offert par le droit des sociétés et par le droit international. Le droit des sociétés basé sur

¹⁸ Voir les contributions de G. GIANIBELLI, «Entreprises transnationales, mécanismes de régulation et exigibilité des droits. Analyse critique de la responsabilité sociale de l'entreprise : l'expérience argentine»; de P. VAN GRIETHUYSEN, «La RSE : nouvelle régulation du capitalisme ou interprétation capitaliste de la régulation?» et de O. DE SCHUTTER, «La responsabilité des États dans le contrôle des sociétés transnationales : vers une convention internationale sur la lutte contre les atteintes aux droits de l'homme commises par les sociétés transnationales».

¹⁹ Cf. O. DE SCHUTTER, *ibidem*.

²⁰ Voir la contribution d'A. BAYLOS GRAU, «Nouveaux espaces de réglementation dans la mondialisation : entreprises transnationales et accords cadres internationaux».

la reconnaissance de l'autonomie juridique de chaque société protège l'entreprise transnationale constituée et fonctionnant en réseau d'une mise en cause de sa responsabilité juridique. En outre, l'entreprise transnationale n'est pas un sujet de droit international. En mesure de se mettre juridiquement à distance et de fonctionner selon un jeu de masques, l'entreprise transnationale est insaisissable sur le plan juridique²¹. Aucun texte de droit international ne permet de la sanctionner directement pour les dommages extraterritoriaux dans lesquels elle serait impliquée directement ou indirectement. Seule la loi nationale et, en premier chef, celle, sur le territoire duquel s'est produit le dommage est en principe, applicable. Nombreux sont donc les dommages restés impunis en vertu de la loi locale et rares sont ceux qui ont pu donner lieu à réparation en vertu de la loi du siège de l'entreprise transnationale. C'est pourquoi, la complexité des montages juridiques, la multi localisation des établissements, leur mobilité, leur volatilité, leur invisibilité et leur insaisissabilité conduisent toujours à des scénarios relativement complexes de reconstitution dans des opérations de recherche en responsabilité des dommages causés²². Ainsi par exemple, dans l'affaire Unocal présentée devant le juge américain en vertu de l'*Alien Tort Act*, la multinationale affirmait que même si les plaignants prouvent la complicité de l'entreprise dans les actes délictueux, la responsabilité incombe seulement à la Myanmar Gas Transportation Corporation (MGTC), une société des Bermudes créée par Unocal et ses partenaires pour la construction du gazoduc en Birmanie, sachant qu'en outre les intérêts d'Unocal dans la MGTC sont détenus par Unocal Myanmar Offshore Company Ltd. (UMOC), autre filiale basée aux Bermudes.

Par ailleurs, les entreprises transnationales sont des entreprises planétaires, qui par une pratique intensive et extensive de la sous-traitance, instrumentalisent les différences entre normes juridiques mais aussi les différences de temporalité créées par les fuseaux horaires pour disposer d'un travail nuit et jour, tous les jours, quelle que soit la période l'année! «La maquiladora virtuelle», c'est

²¹ Voir les contributions de G. BESSE, «La dimension mondiale de la responsabilité sociétale des entreprises : la stratégie de l'Union européenne» et de Y. QUEINNEC et M.-C. CAILLET, «Quels outils juridiques pour une régulation efficace des activités des sociétés transnationales», *op. cit.*

²² Voir la contribution de T. COLLINGSWORTH, «La primauté du droit sur l'économie mondiale. La responsabilité des multinationales pour violation des droits humains» et celle de Y. QUEINNEC et M.-C. CAILLET, *op. cit.*

déjà le mode d'organisation des centres d'appels²³! Les entreprises transnationales disposent en outre d'une puissance économique équivalente à bien des Etats. Les dix premières entreprises mondiales réalisent un chiffre d'affaires cumulé équivalent au PIB de la France. Wall Mart (premier distributeur au monde du pays le plus puissant du monde) est le plus grand employeur privé des USA avec 1,3 millions de salariés et le plus gros employeur dans le monde avec 1,8 millions de travailleurs²⁴. Très peu affectée par l'accusation de contribuer à la faim des pays peu développés et à la surconsommation et à la mal bouffe dans les pays développés d'une part et d'autre part dénoncée sur le plan social pour être un modèle de précarité, de mauvaises conditions de travail, voire de violations des droits humains (droit syndical, travail des enfants ou travail forcé), l'entreprise Wall Mart proclame néanmoins faire de la RSE²⁵!

Face aux anomalies et aux asymétries juridiques, la société civile (les consommateurs, les défenseurs des droits de l'homme, les communautés locales, les travailleurs et leurs organisations) s'oppose dans diverses enceintes et revendique une intervention politique et juridique pour défendre les intérêts des plus démunis et protéger les droits humains. Les institutions publiques internationales et régionales ne sont pas pour l'instant parvenues à imposer un projet de régulation juridique qui encadre les activités des entreprises transnationales et qui reconnaisse des droits exigibles devant un juge ou un tiers en matière environnementale et sociale.

Alors «l'entreprise qui n'est pas une abstraction et qui s'adapte toujours à son environnement au risque de disparaître»²⁶ s'est prêtée au jeu de la RSE par conviction parfois, par opportunité souvent et, à l'occasion, par nécessité. Les entreprises européennes se sont spécialement impliquées dans cette mouvance de la RSE non seulement en affichant des pratiques, voire des politiques mais aussi

²³ Cf. G. GIANIBELLI, *op. cit.*

²⁴ Chiffres donnés dans cet ouvrage par J. BRABET, L. LAVORATA, O. MAUREL, S. MORIN-DELERM, «Vers une cartographie du champ de la RSE. Une illustration par le secteur de la grande distribution».

²⁵ Cf. J. BRABET, L. LAVORATA, O. MAUREL, S. MORIN-DELERM, *op. cit.* Voir également les analyses proposées sur les actions en justice menées contre Wall-Mart par Cl. MARZO, «Les risques juridiques créés par les accords-cadres internationaux : opportunités, dangers, stratégies», in M.A. MOREAU, H. MUIR WATT, P. RODIÈRE (dir.), *Justice et mondialisation en droit du travail*, éd. Dalloz, 2010, p. 207. K.-E. KENNY, «Code or Contract : Whether Wal-Mart's Code of Conduct Creates a Contractual obligation Between Wal-Mart and the Employees of its Foreign Suppliers», *Northwestern Journal of International Law and Business*, 2007, n° 27, p. 453.

²⁶ Cf. R. FILALI MEKNASSI, *op. cit.*

en adoptant des normes à cet effet²⁷. Comme le rappelle Gérard Farjat²⁸, tout milieu, – même le « milieu » – secrète plus ou moins spontanément des règles, des modèles de comportement. Il serait inconcevable que le monde économique n'ait pas ses règles, au delà même des codes de conduite. Il existe de multiples motifs (gagner des parts de marché, faire reculer les résistances extérieures, gestion de l'image, attrait et fidélisation des meilleures compétences et talents, évitement ou anticipation d'une régulation formelle hétéronome, etc.) pour une entreprise de faire de la RSE, même si sa monétarisation est loin d'être acquise²⁹. La RSE a servi de prétexte et de levier au développement d'une normativité entrepreneuriale à l'échelle mondiale. Elle s'est imposée comme une source et comme une force de régulation de l'espace transnational sur lequel se déploient les entreprises transnationales.

II. – LA RÉGULATION DE L'ESPACE TRANSNATIONAL PAR DES NORMES DE RSE

En provoquant un mouvement normatif d'autorégulation d'ampleur, la RSE a fait émerger le sujet de l'entreprise transnationale, comme un acteur économique ayant des prétentions normatives à l'échelle mondiale au même titre qu'une institution³⁰. Par toute une panoplie de normes (chartes, codes de conduite, accords cadres internationaux), l'entreprise transnationale s'est découvert des capacités régulatrices de son champ d'intervention économique. Avec les codes de conduite et les accords cadres internationaux (ACI ci-après), expressions d'un pluralisme juridique contemporain, l'entreprise occupe l'espace globalisé, vide de toute impérativité juridique du point de vue social, sociétal et environnemental. « Le besoin de réglementation est tel que lorsque cela n'est pas possible,

²⁷ Voir les contributions de S. SCARPONI, « Quelques réflexions sur la responsabilité sociale des entreprises. Entreprises transnationales et modèle européen de protection des travailleurs », de G. BESSE, « La dimension mondiale de la responsabilité sociétale des entreprises : la stratégie de l'Union européenne », de M. DISPERSYN, « La régulation juridique internationale de la RSE : un scénario possible ? », et d'I. SCHÖMANN, « Regard syndical critique sur le traitement de la RSE par les institutions européennes ».

²⁸ Cf. G. FARJAT, *op. cit.*

²⁹ Voir la contribution de R. BAZILLIER, J.-M. CARDEBAT, P. CASSAGNARD, N. SIRVEN, « Vers une vision économique de la responsabilité sociale des entreprises » et celle de P. VAN GRIETHUYSEN.

³⁰ Cf. A. BAYLOS GRAU, O.ERMIDA URIARTE, P. VAN GRIETHUYSEN, *op. cit.*

on l'invente et on la vend : c'est ainsi que surgissent les « codes type » et la commercialisation de certifications, d'accréditations ou de « labels », autant de manifestations de ce que Umberto Romagnoli appelait « le marché des règles »³¹.

Les codes de conduite ne sont ni plus moins que des règles unilatérales (sorte de règlements intérieurs modernes de dimension mondiale) fixées par l'entreprise qui trouvent leur fondement dans le pouvoir de direction de la société mère ou du donneur d'ordre international qui fait figure d'institution et non d'employeur puisque le code a vocation à s'appliquer à ceux qui ne sont pas ses salariés d'un point de vue juridique. Le code établit les conditions d'exercice de l'activité de l'entreprise, indépendamment du lieu où elle est implantée en se parant d'un langage universel ou universalisant (lui-même instrumentalisé), celui des droits de l'homme, créant ainsi une culture d'entreprise nouvelle. Ces codes ne sont pas des normes juridiques ordinaires, dotées d'un pouvoir de contrainte et d'applicabilité directe. Ils peuvent par contre être partiellement ou totalement repris par des contrats ou des conventions passés par l'entreprise avec les travailleurs, ses mandataires ou ses partenaires commerciaux ; Ils peuvent aussi être considérés comme un engagement de l'entreprise vis-à-vis des consommateurs et protégés comme tel par le droit de la consommation³². Ils peuvent alors devenir exigibles, y compris devant un tiers – un juge par exemple –³³.

En marge du foisonnement de codes de conduite se négocient et se concluent des Accords cadres internationaux par lesquels le syndicalisme poursuit la transformation des règles informelles d'entreprise susmentionnées, unilatérales et volontaires, sous une forme

³¹ Cf. O. ERMIDA URIARTE, *op. cit.*

³² C'est désormais possible en droit français depuis la transposition de la directive communautaire 2005/29/CE du 11 mai 2005 par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs à l'origine du remaniement de l'article L121-1 du Code de la consommation.

³³ Cf. la très célèbre affaire *Nike. Nike v/Kasky*, 26 juin 2003. Pour consulter le dossier judiciaire de cette affaire, voir www.reclaimdemocracy.org. L'entreprise s'engageait à faire respecter à ses sous-traitants (via un code de conduite) les réglementations relatives à l'âge minimal, au temps de travail, à la santé et à la sécurité des travailleurs, ... et revendiquait tous ces engagements dans divers supports ou documents destinés au public. Un militant associatif Kasky a engagé la responsabilité juridique et éthique de la société devant le juge californien. F.G. TRÉBULLE, « Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression, Considérations à partir de l'arrêt *Nike v/Kasky* », *Revue Droit des sociétés*, 2004, p. 1. Plus récemment, voir l'affaire *Wall-Mart, Jane Doe I et al. c. Wall-Mart Stores Inc., Case n° CV 05-7307 AG (MANx)*, 30 mars 2007. Cf. également Cl. MARZO, « Les risques juridiques créés par les accords-cadres internationaux : opportunités, dangers, stratégies », *op. cit.*

contractuelle. C'est parce que ces pratiques sociales affectent l'espace de régulation que constitue l'entreprise transnationale et qu'elles incluent les notions d'autonomie collective et de représentation syndicale là où jusqu'alors régnait le seul concept d'autorité privée qu'elles présentent un intérêt majeur. Les ACI posent la question de la production de règles issues de l'autonomie collective sur le plan mondial sans autres références que celles d'un système contractuel qui ne s'inscrit dans aucun système juridique national. Par l'intermédiaire des ACI, se crée un « ordre contractuel qui métabolise les droits sociaux fondamentaux dans les relations bilatérales entre les organisations syndicales et les entreprises transnationales mondialisées »³⁴. La détermination des acteurs suppose une reconnaissance mutuelle de la capacité et du pouvoir contractuel de chacun dans un espace non prédéfini par une norme juridique étatique ou internationale. L'ACI sert donc à systématiser la position entrepreneuriale et à cartographier sa complexité organisationnelle indépendamment de sa personnalité juridique. Les ACI représentent ainsi pour les syndicats un moyen de « saisir » les multinationales et de développer de nouvelles formes d'action collective, sources d'apprentissages³⁵.

La RSE n'est donc pas restée aux mains des seules entreprises. Elle a été saisie par les acteurs sociaux en prise avec la mondialisation de l'économie (ONG ou syndicats). Ces derniers, d'abord réticents à tous les niveaux (international, régional et national), ont ensuite consacré une partie de leurs ressources pour faire progresser la RSE vers des engagements tangibles en agissant auprès des entreprises elles-mêmes d'un côté et des institutions internationales et régionales d'un autre côté. Les syndicats ont joué la carte de la RSE dans l'intention d'en faire un levier pour faire progresser la négociation collective internationale. Elle a été une occasion d'enrichir, d'approfondir et de développer des expériences de dialogue social transnational en dehors de toute contrainte juridique ainsi que de poser des jalons pour un système de relations industrielles globalisé³⁶.

L'inspiration de la rhétorique, des pratiques mais aussi des normes d'entreprise sur la RSE, spécialement celles des entreprises

³⁴ Cf. A. BAYLOS GRAU, *op. cit.*

³⁵ Cf. M. DESCOLONGES, *op. cit.*

³⁶ Cf. A. BAYLOS GRAU, I. SCHÖMANN, M. DESCOLONGES, P. ITCHERT, B. SAINCY, *op. cit.*

européennes, est étonnamment imprégnée de matière juridique, de références au droit, à des droits, ou à des instruments juridiques. «La théorie de la capture de Stigler permet d'analyser le mouvement constaté. D'une part les entreprises piochent dans le droit positif des Etats dont elles sont originaires pour en faire des règles volontaires privées qu'elles exportent dans un autre Etat; d'autre part, par un processus de contre-capture, les règles privées sont mobilisées par les autorités publiques pour réguler le marché»³⁷. Mais pour l'instant, le processus de contre-capture n'a pas été enclenché par les autorités publiques mais plutôt par des organisations internationales privées comme l'ISO. Quant à la capture elle-même, elle s'est faite diversement selon que la norme d'entreprise était un code de conduite ou un Accord cadre international d'une part et d'autre part elle a été regardée comme un effet d'aubaine de culture d'entreprise, organisationnelle, marchande et sociale³⁸.

Un écueil serait donc de porter une appréciation radicale et définitive sur la RSE en y voyant, soit un élément de rupture radicale dans l'histoire économique récente, soit à l'inverse un simple avatar du capitalisme dans la globalisation. La RSE apparaît plutôt comme un «objet» social où se confrontent plusieurs logiques. Il ya, d'une part, celle des entreprises qui recherchent des légitimations sociales, des réductions de risques réputationnels et qui cèdent parfois à la tentation d'en rester au registre du marketing éthique et de la communication d'entreprise. Il ya, d'autre part, la logique des acteurs sociaux, pour lesquels la RSE est un terrain d'intervention sociale. Dès lors que la RSE devient un objet d'intérêt pour les syndicats, elle crée des impacts sur le syndicalisme dans un monde globalisé³⁹. Sur le plan européen, la Confédération européenne des syndicats⁴⁰ s'est pour sa part véritablement emparée du sujet proposé à discussion par l'Union européenne.

Si l'autoréglementation a l'avantage de la souplesse, elle présente toutefois de nombreuses faiblesses. Elle souffre d'abord de son

³⁷ Cf. F. COCHOY et A. LACHÈZE, *op. cit.*

³⁸ Cf. A. LACHÈZE, *Commerce, entreprises et éthique : le cas de la responsabilité sociale des entreprises. Pour une sociologie de l'engagement marchand*, Thèse de doctorat en sociologie, Université Toulouse le Mirail, (F. COCHOY, dir.), 2007.

³⁹ Cf. I. SCHÖMANN et B. SAINCY, *op. cit.* Voir également la contribution de M. DESCOLONGES, «Le caractère infini du 'contrôle' des accords-cadres internationaux. Des apprentissages syndicaux».

⁴⁰ Cf. I. SCHÖMANN, *op. cit.*

manque d'autorité et comporte ensuite de nombreuses possibilités de contournement⁴¹. En effet, lorsqu'elle apparaît, la RSE est souvent ni plus ni moins qu'une suite de mascarades qui en dit long sur l'inconsistance des contrôles organisés par le donneur d'ordre international ou la société mère qui, tout en exigeant le respect de ses propres engagements RSE vis-à-vis des tiers, imposent une politique d'abaissement des prix des produits⁴², ce qui peut être évité lorsque l'engagement de RSE est supervisé par une institution internationale comme l'OIT et s'il est basé sur un dialogue quadripartite intégrant les donneurs d'ordres internationaux⁴³. Le respect des engagements de RSE dans des entreprises transnationales est, quoi qu'il en soit, un pari difficile à tenir, du fait de leur structure complexe et parce que la plupart du temps, les infractions aux normes sociales, contrairement aux infractions environnementales, restent invisibles. Comment atteindre le dernier maillon d'une chaîne de production transnationale ? Comment s'assurer du respect réel des engagements pris en matière de droits sociaux fondamentaux lorsque des entreprises du secteur informel sont impliquées ou que ce sont des entreprises installées sur des zones franches qui sont, de près ou de loin, associées au processus de production ?

L'évaluation des audits sociaux commandités par les entreprises transnationales est une opération relativement complexe qui doit prendre en compte divers éléments (la nature, les méthodes des processus d'audits sociaux, les rivalités entre distributeurs, les stratégies d'achats des distributeurs, leur pouvoir de négociation vis-à-vis des fournisseurs, les initiatives des distributeurs dans la mise en œuvre des engagements ; l'implication des ONG, des syndicats, des investisseurs, des professionnels ou des media⁴⁴. Des observateurs avertis montrent l'inefficacité des audits organisés par les entreprises elles-mêmes⁴⁵. Ces audits présentent plusieurs défauts bien connus (problème de transparence, de neutralité, de continuité, de professionnalité, etc.). Les fédérations syndicales internationales signataires des ACI ont un rôle central dans le contrôle de la mise

⁴¹ Cf. O.O. SIDIBÉ, F. DU TOIT, *op. cit.*

⁴² Cf. A. ZHENG, et J. BRABET, L. LAVORATA, O. MAUREL, S. MORIN-DELERM, *op. cit.*

⁴³ Cf. C. VARGHA, *op. cit.*

⁴⁴ Cf. J. BRABET, L. LAVORATA, O. MAUREL, S. MORIN-DELERM, *op. cit.*

⁴⁵ N. KEARNEY, «Les normes sociales européennes», *Liaisons sociales Europe*, suppl. sept. 2004, p. 67.

en œuvre des accords. Grâce à des mécanismes de suivi, des plaintes remontent. De nombreux exemples sont donnés d'interventions syndicales basées sur ces accords pour faire pression sur l'entreprise transnationale. Technicité, professionnalisme et complémentarité s'imposent pour réaliser le suivi des ACI qui prend un caractère infini et «dont les résultats sont soumis à l'épreuve de l'action collective et de l'extension de la protection des travailleurs et des territoires»⁴⁶.

Avec son lot de promesses et de réalités, la RSE a catalysé l'expression d'intérêts divers autour du rapport à la loi en vigueur. Mais ici aussi, l'autorégulation présente des limites et des faiblesses. La question du respect de la loi locale (ou des conventions collectives de travail) par les entreprises transnationales n'est pas un vain mot. Souvent, la législation locale est tout à fait adaptée et développée, voire établit des obligations en matière environnementale ou sociale qui sont parfois une condition du financement de la Banque mondiale. Ces obligations légales peuvent y compris être assorties d'amendes pénales en cas de non respect. Mais, les agents de l'État en charge du contrôle ne sont pas présents sur les sites et/ou l'État lui-même est parfois impliqué comme actionnaire. Lorsque les travailleurs s'organisent pour faire respecter la loi ou la convention collective, il n'est pas rare qu'ils soient réprimés, licenciés et emprisonnés⁴⁷ alors qu'ils sont employés par des entités d'entreprises transnationales connues sur la place publique – c'est-à-dire au Nord – pour leurs engagements en matière de RSE. Si la RSE peut servir à faire pression, elle ne sert pas à améliorer les conditions de travail et de vie des salariés. Seule une application effective du droit national le permet. Manifestement, la RSE ne peut être un levier de consolidation de la légalité et du progrès social que pour autant que les populations concernées soient en mesure d'accéder au statut de parties prenantes en rendant l'entreprise comptable, à leur égard, de la responsabilité qu'elle déclare assumer⁴⁸, et pour autant que les travailleurs puissent exercer leur droit d'expression et jouir de la liberté syndicale.

Le recul de l'État couplé à l'essor des sociétés multinationales définissant elles-mêmes les règles du jeu a été un des principaux fac-

⁴⁶ Cf. M. DESCOLONGES, *op. cit.*

⁴⁷ Cf. O.O. SIDIBÉ, *op. cit.*

⁴⁸ Cf. R. FILALI MEKNASSI, A. ZHENG, *op. cit.*

teurs du désordre sur les marchés et des normes. Les systèmes de gouvernance mis en place pour les activités des entreprises n'ont pas empêché le comportement irresponsable des institutions financières qui a plongé l'économie mondiale dans le désarroi. Chaque crise comporte une opportunité⁴⁹. La dernière crise financière rappelle que le respect de la loi s'impose et que s'il n'y a pas de loi il faudra en inventer une. Pour combattre la corruption, après l'adoption d'une loi aux USA, c'est une convention internationale de lutte contre la corruption qui a été adoptée par l'OCDE puis par les Nations Unies. Les violations des droits sociaux et environnementaux ne peuvent pas être éradiquées par la seule *soft law* non seulement parce qu'elles exigent condamnation et sanction mais aussi parce qu'elles doivent faire l'objet d'une réglementation prohibitive⁵⁰. Certains systèmes juridiques nationaux disposent de lois et de procédures qui permettent d'établir la responsabilité des entreprises transnationales en cas de violations des droits humains. Mais ces actions en justice sont toujours risquées, elles restent marginales et connaissent de nombreuses limites.

Aux Etats-Unis une jurisprudence élaborée au fil des ans sur la base de l'*Allien Tort Act* (*ATCA* ci-après) a permis de faire condamner des entreprises multinationales pour travail forcé (Unocal en Birmanie), pour meurtres et tortures par complicité (Exxon Mobil en Indonésie), pour meurtre et menaces de mort de militants syndicaux par des escadrons de la mort (Coca cola en Colombie), pour des raids aériens contre les fermiers atteints de graves affections de santé dues à des fumigations d'herbicide toxique dans le cadre de la lutte contre la coca engagée par le gouvernement américain (Dyn Corp en Equateur), contre l'esclavage et le travail des enfants (Plantation de Firestone Rubber au Libéria)⁵¹. Bien que l'*ATCA* ait permis de développer une jurisprudence unique au monde, il comprend de nombreuses limites par delà celles déjà évoquées du droit des sociétés. Seuls peuvent être assignés devant les tribunaux fédéraux américains, les défenseurs tombant sous la juridiction fédérale en raison de leur domiciliation ou d'un autre élément de rattachement avec la juridiction fédérale, ce qui a permis

⁴⁹ Cf. R. GEIGER et G. FARJAT, *op. cit.*

⁵⁰ Voir la contribution de Sheldon LEADER, «La responsabilité globale de l'entreprise : pressions commerciales et gestion des priorités».

⁵¹ Cf. T. COLLINGSWORTH, *op. cit.*

de rejeter par exemple la plainte contre Total. Par ailleurs, l'*ATCA* permet de condamner des atteintes au droit des nations dont l'acception ne touche pas à des droits humains comme le salaire minimum, les normes de santé et de sécurité, la durée maximale de travail, le harcèlement sexuel ou toutes conditions de travail non décentes. A ces limites d'ordre juridique, s'ajoutent celles plus matérielles du coût financier et du temps requis⁵².

Le droit français offre également diverses possibilités de saisir un juge français contre une multinationale : par exemple en matière de droit pénal, de séquestration, d'environnement ou de corruption. Même si le principe de territorialité conditionne l'applicabilité de la loi pénale française ainsi que la saisine du juge français, la loi française est applicable en cas de complicité en France d'un fait principal commis à l'étranger (à condition de prouver l'incrimination à l'étranger par le juge étranger), de compétence personnelle active (privilège de nationalité) ou au cas légal de compétence universelle (prévue en France pour des crimes très graves tels la torture ou les actes de terrorisme). Mais les délits qui forment une partie non négligeable du contentieux ou des conflits avec les entreprises transnationales ne sont pas inclus dans cette liste. C'est le cas de toutes les atteintes aux droits sociaux et aux conditions de travail décent⁵³.

En droit français de la responsabilité civile (responsabilité du fait d'autrui) et spécialement en droit de la concurrence, on admet que les comportements d'une filiale puissent être imputés à une société mère s'il est établi que la filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché et applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société-mère. Pourquoi la maison mère pourrait-elle être tenue pour responsable sur le fondement du droit de la concurrence et non du droit commun de la responsabilité lorsque la victime est un particulier? C'est d'ailleurs à cette incohérence que le projet Catala de réforme du Code civil se propose de répondre en posant clairement le principe d'une responsabilité pour autrui de la société mère pour les agissements de ses filiales. La faute commise par la maison mère peut trouver sa source dans la violation d'une obligation ou d'un devoir préexistant. La source

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Cf. Y. QUEINNEC et M.C. CAILLET, *op. cit.*

de ces devoirs est multiple et peut résulter soit d'un texte écrit (loi, règlement, ou même un contrat), soit d'une réglementation privée ou professionnelle (codes de conduites). Le nouvel article L.121-1 du Code de la consommation va dans ce sens en intégrant expressément la violation par une entreprise des engagements exprimés dans son code de conduite. L'obligation générale de prudence et de diligence pourrait être une source de la responsabilité de la société mère y compris en cas de violation à l'étranger des droits sociaux par la filiale, voire par le cocontractant sur le fondement du pouvoir d'influence dont elle dispose à leur égard⁵⁴.

Mais quel juge saisir? S'agissant de la responsabilité civile délictuelle, le demandeur à l'action bénéficie d'une option de compétence entre les tribunaux du lieu de résidence du défendeur, les tribunaux du lieu de survenance du dommage ou les tribunaux du lieu du fait générateur lorsque ces deux lieux sont différents. Cette règle résulte du Règlement dit «Bruxelles I» du 22 décembre 2000 et du droit commun. En matière délictuelle, la loi compétente est la «*lex loci delicti*» (loi du lieu de commission du délit). En cas de délit complexe, le juge saisi dispose d'une option. Il peut utiliser la loi du pays où le dommage est subi, ou la loi du pays du fait générateur. Mais encore une fois, le voile de l'autonomie juridique peut constituer un obstacle au rattachement du litige avec le pays du siège de l'entreprise transnationale⁵⁵.

Ainsi, tant que l'Organisation mondiale du commerce et les accords de commerce régionaux ne traiteront pas sur un pied d'égalité, droits humains et droits de propriété, les victimes de violations des droits humains seront confrontées à de nombreux obstacles pour faire respecter et faire réparer les atteintes à leurs droits, contrairement aux détenteurs de droits de propriétés intellectuelles. Au fond, la RSE est une autre façon d'aborder la question du lien entre échanges économiques et droits sociaux et environnementaux, ou plus largement d'appréhender la dimension sociétale de la mondialisation de l'économie. Permet-elle de rétablir des bribes de sociabilité, de régulation pour contenir la puissance des entreprises transnationales? Rendra-t-elle possible une mondialisation des droits de l'homme? En émergeant dans un contexte de contestation

⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵ *Ibidem.*

des répercussions sociales, écologiques et sanitaires de la mondialisation de l'économie, elle possède par elle-même un potentiel régulateur des comportements des opérateurs économiques. C'est l'étude de ce potentiel qui est au cœur de cet ouvrage qui repose sur une analyse pluridisciplinaire des pratiques et des normes produites par l'entreprise ayant vocation à s'appliquer dans des pays ayant des niveaux de développement sur le plan économique, juridique et social très divers. Mais à supposer que l'entreprise au travers de ses managers ait effectivement la volonté réelle de prendre en compte le social et l'environnemental, ceci sera toujours limité par la recherche de la rentabilité⁵⁶. Pour éviter cela, une intervention tierce s'impose et ce ne peut être que l'Etat ou ses représentations qui l'assument au travers de la régulation juridique.

III. – LA RÉGULATION JURIDIQUE DES ACTIVITÉS DES ENTREPRISES TRANSNATIONALES

L'autorégulation s'est développée de manière spontanée et relativement anarchique puisqu'en l'état actuel aucune institution publique internationale n'a pu adopter un instrument juridique d'application mondiale et touchant à l'ensemble des domaines concernés par la RSE. L'Union européenne et les Nations Unies ont dû en effet renoncer à leurs projets respectifs⁵⁷. La RSE s'était installée dans le paysage institutionnel européen au point d'être un élément essentiel de la stratégie de Lisbonne et d'être à ce titre considérée comme un vecteur d'exportation du modèle social européen⁵⁸ et partant de traduire l'adhésion de l'Union européenne à la stratégie de travail décent déployée par l'OIT. Mais le décrochage institutionnel et le revirement opéré en 2006 sous la pression du monde des affaires et des organisations patronales ayant conduit à l'adoption de l'alliance européenne sur la RSE a mis en péril et précipité dans un échec fracassant le projet de régulation juridique de la RSE⁵⁹. De la même manière, dans le projet de norme des Nations

⁵⁶ Cf. P. VAN GRIETHUYSEN, *op. cit.* Voir également la contribution de S. LEADER, «La responsabilité globale de l'entreprise : pressions commerciales et gestion des priorités».

⁵⁷ Voir la contribution d'E. DECAUX, «Le projet de l'ONU sur la responsabilité des entreprises transnationales» et celle de Cf. G. BESSE, *op. cit.*

⁵⁸ Cf. S. SCARONI, G. BESSE et M. DISPERSYN, *op. cit.*

⁵⁹ Cf. G. BESSE, *op. cit.*

Unies sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises de 2003, la perspective d'un contrôle externe a déclenché les hostilités des entreprises, des Etats et, pour finir, de la Commission des droits de l'homme elle-même.

Les instruments actuellement en vigueur, à savoir les Principes de l'OCDE et la Déclaration tripartite de l'OIT sur les multinationales, sont parcellaires du point de vue de leur champ d'application (soit matériel soit géographique), sont d'application volontaire et ne mettent en place ni un mécanisme de contrôle systématique de leur application ni un système de sanctions⁶⁰. Cette défaillance institutionnelle et normative persiste nonobstant la toute récente adoption de la norme ISO 26000 sur la responsabilité sociétale des organisations⁶¹ et l'existence de projets ou de propositions basées sur l'observation des pratiques et des attentes des entreprises⁶², ainsi que sur les limites des systèmes existants⁶³. De ces expériences normatives hétéronomes, quelques leçons peuvent être tirées.

En premier lieu, l'élaboration des instruments internationaux avortés ou en vigueur sur la RSE met en évidence des procédures nouvelles qui impliquent des acteurs ou des figures inhabituelles. La norme ISO 26000, comme le forum européen *multistakeholders*, ont permis d'expérimenter un nouveau type de régulation, la régulation participante, c'est-à-dire une régulation conçue par les parties prenantes, ce qui pose plusieurs problèmes. Le premier c'est celui de la représentation et de la représentativité de ces parties prenantes, de l'asymétrie cachée de leurs pouvoirs respectifs, du caractère arbitraire de la détermination de l'intérêt représenté et de son représentant, du gommage des différences pourtant irréductibles entre acteurs et de leurs liens, la naturalisation de l'entreprise comme un acteur social et la réductibilité du gouvernement d'un pays à un acteur comme un autre. Par ailleurs, la norme ISO 26000, les Principes de l'OCDE comme les normes des Nations Unies, organisent

⁶⁰ Voir la contribution de R. GEIGER, « Instruments internationaux de responsabilité de l'entreprise : le rôle de l'OCDE » et celle d'I. DAUGAREILH, *op. cit.*

⁶¹ Voir la contribution d'I. DAUGAREILH, « L'ISO à l'assaut du social : risques et limites d'un exercice de normalisation sociale ».

⁶² Voir la contribution de M. DISPERSYN, « La régulation juridique internationale de la RSE : un scénario possible ? »

⁶³ Voir la contribution de F. MAUPAIN, « Renforcer l'engagement solidaire des États en mobilisant la responsabilité sociale des consommateurs hors frontières par un label « travail décent ».

des espaces d'expression interinstitutionnelle au moment de l'élaboration ou des réformes des normes précitées. Ainsi, à défaut d'une clause sociale ou environnementale dans les accords de commerce ou dans les instruments de droit international économique, en l'absence d'un instrument juridique international multilatéral sur la RSE et les obligations juridiques des entreprises, les organisations internationales publiques ou privées inventent des procédés de dialogue qui permettent a minima de préserver un certain niveau de cohérence malgré une diversité croissante des normes, des logiques et des mandats respectifs des institutions internationales.

En deuxième lieu, le droit international prend de plus en plus en considération le rôle des acteurs non étatiques. Reste bien sûr la triple obligation des Etats de respecter, protéger et mettre en œuvre les droits de l'homme. Mais, il existe aussi une obligation horizontale pour tous les organes de la société de respecter ces mêmes droits en vertu de la Déclaration universelle des droits de l'homme. La Déclaration tripartite sur les multinationales de l'OIT est peut être l'un des seuls instruments internationaux à avoir déployé de manière systématique, constructive et effective cette distinction essentielle qui fait consensus en droit international et que l'on retrouve dans le chapitre sur les conditions de travail de la norme ISO 26000 entre la responsabilité des entreprises et celle des Etats⁶⁴.

En troisième lieu, seule une codification universelle (par convention multilatérale ou par accord cadre) par l'ONU semble être le moyen de mettre un terme à la multiplicité des référents, au *pick and choose* ou aux listes maisons et d'éviter de présenter comme volontaire et facultatif ce qui est un impératif juridique. La conception d'un tronc commun d'obligations juridiques pour tous laisse naturellement la faculté aux entreprises de développer des expériences et des bonnes pratiques allant au-delà de ce socle obligatoire. «Autrement dit, le volontarisme ne doit pas remettre en cause ou diluer l'obligation; mais il peut la renforcer et la dépasser»⁶⁵. Tel devrait être le sens de la responsabilité sociale et sa distinction avec la responsabilité juridique⁶⁶.

⁶⁴ Cf. I. DAUGAREILH et E. DECAUX, *op. cit.*

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem* et Cf. M. DISPERSYN, *op. cit.*

En quatrième lieu, le respect de la loi locale et internationale apparaît comme un élément de consensus et incontournable de la RSE. Les rédacteurs de la norme ISO 26000 ont d'ailleurs postulé que ce n'est que lorsqu'un Etat n'a pas légiféré dans le sens du droit international qu'une organisation doit respecter les normes internationales de comportement sur lesquelles reposent ces instruments internationaux. *Si la législation est adaptée mais que sa mise en application par le gouvernement est inadaptée, alors il convient seulement que les organisations se conforment à la loi*⁶⁷. La nuance introduite ici dans le chapitre sur les conditions de travail de l'ISO 26000 est de taille et permet de ne pas assimiler absence et inapplication de la loi. Cette précision est de nature à introduire un cercle vertueux entre entreprise et Etat parce qu'elle repose fondamentalement sur le respect de la loi locale par l'entreprise⁶⁸ et qu'elle est d'une cohérence indéfectible avec une des fonctions essentielles de la RSE, de respecter la légalité et spécialement d'appliquer la loi du pays de résidence ou d'accueil.

En cinquième lieu, une notion déjà usitée dans les Principes de l'OCDE et dans la Déclaration tripartite de l'OIT est en train de s'imposer comme une notion émergente porteuse de perspectives nouvelles pour le droit, la notion de sphère d'influence. Elle permet de déterminer un cercle de responsabilité sociale de l'entreprise en matière de respect de la loi, de droits de l'homme, et le cas échéant des normes internationales de comportement au-delà des activités qu'elle gère directement. En s'appuyant sur la Déclaration universelle des droits de l'homme selon laquelle tous les organes de la société sont appelés à contribuer à la reconnaissance des droits de l'homme, l'ISO 26000 établit que si «les Etats ont le devoir et la responsabilité de respecter, de protéger, d'appliquer et de matérialiser les droits de l'homme, *une organisation a la responsabilité de respecter les droits de l'homme, y compris dans sa sphère d'influence*»⁶⁹. Il ne s'agit pas d'établir un principe général de responsabilité, mais d'indiquer des cas dans lesquels la capacité d'influence d'une entreprise peut être associée à une responsabilité d'exercer une influence.

En sixième lieu, il est désormais acquis que le contrôle du respect effectif des engagements volontaires ou non est un aspect incontour-

⁶⁷ Document ISO 26000 DIS, sp. p. 40. Souligné par nous.

⁶⁸ De nombreux auteurs dans cet ouvrage ont insisté sur cette question.

⁶⁹ Document ISO 26000 DIS, p. 28. Souligné par nous.

nable de la RSE. Selon Emmanuel Decaux, les organes conventionnels des Nations Unies ont une excellente expérience en matière de suivi des engagements s'agissant des Etats, tandis que les points de contacts de l'OCDE et les comités de l'OIT ont un champ plus large qui impliquent les entreprises. Faut-il instituer un point focal spécialisé en matière de respect des droits de l'homme par les entreprises, avec des mécanismes souples d'enquête, de conciliation et d'arbitrage sur le modèle du CIRDI en matière d'investissements, ou au contraire élargir des références de l'OMC pour permettre à l'ORD de prendre en compte les droits de l'homme au même titre que les atteintes à l'environnement⁷⁰, le contentieux devant être le dernier recours? Il apparaît en tout cas assez clairement que ce contrôle complexe et infini doit pour être efficace reposer sur un double pilier. L'un, interne à l'entreprise transnationale pourrait être le fait de contre-pouvoirs comme le sont les organisations syndicales (tel est le sens des expériences menées avec les ACI). L'autre, externe à l'entreprise pourrait être le fait de procédures administratives judiciaires ou parajudiciaires organisées sous les auspices d'organisations internationales et instituées par un instrument international et sous la tutelle des Etats.

Au total, ce qui est assez frappant, c'est que s'agissant du commerce international et des brevets, les entreprises ont su convaincre les Etats et les organisations internationales (OMC et OMPI) d'un besoin de normes contraignantes dotées de sanctions tandis que l'on se contente de normes purement procédurales ou de *soft law* pour ce qui est du social ou de l'environnemental. Or, comme le rappelle Gérard Farjat⁷¹, «sans loi, il n'y a pas de responsabilité sociale». Prenant l'exemple de la loi Lang qui a sauvé la librairie en France, Gérard Farjat considère que c'est grâce à une intervention autoritaire de l'Etat qui a sauvé un marché et maintenu la responsabilité sociale d'entreprises culturelles, alors que la culture est menacée. Dans un autre domaine, celui du sport⁷², Patrick Itschert rappelle que les règles y sont communes à tous les sportifs, quel que soit leur niveau et leur pays; les meilleurs y sont soumis : «un coup de boule»

⁷⁰ Cf. E. DECAUX, *op. cit.*

⁷¹ Voir la contribution de G. FARJAT, «De la globalisation de l'économie à une «Économie de droit»».

⁷² Voir la contribution de P. ITSCHERT, «Multinationales, RSE et dialogue social – Pour un renforcement mutuel».

à son adversaire et c'est l'exclusion du plus célèbre des footballeurs; le recours à des substances illicites et c'est le bannissement de la compétition. Sans monitoring, les codes de conduite ne sont que communication et marketing; sans harmonisation leur prolifération n'est que source de confusion et de contre effet.

Il reste alors à «juridiciser le pouvoir économique» selon la formule de Gérard Farjat. Seuls les Etats et leurs organisations internationales sont en mesure de le faire. Il s'agit même d'une obligation qui pèse sur eux lorsque les droits de l'homme peuvent être mis en cause par les organes de la société que sont les entreprises transnationales. S'appuyant sur le Pacte international des droits économiques et sociaux et sur les travaux du Comité des droits de l'homme, Olivier de Schutter⁷³ estime qu'«il ne serait pas fantaisiste de penser que nous sommes à l'aube de la reconnaissance par le droit international d'une obligation de protection extraterritoriale des droits de l'homme (...) à la charge des Etats». (...) De ce qui aujourd'hui constitue encore une simple faculté, l'on s'achemine progressivement vers la reconnaissance d'une obligation d'agir en ce sens». On doit en effet constater qu'autant les vieux instruments juridiques internationaux que sont les Principes de l'OCDE et la Déclaration tripartite de l'OIT que la toute nouvelle norme internationale privée ISO 26000 comme les projets avortés des Nations Unies, de l'UE ou la proposition d'un label multilatéral de travail décent convergent sur au moins un point, celui de l'obligation primaire des Etats d'assurer le respect des droits de l'homme qu'une excessive focalisation sur la responsabilité sociale de l'entreprise pourrait faire oublier.

Il existe une opinion très largement partagée au point d'avoir été reprise par la norme ISO 26000 selon laquelle tous les Etats, mais plus spécialement ceux d'origine des entreprises transnationales sont en mesure d'exercer un droit de regard sur les pratiques des entreprises multinationales à l'étranger. Ce droit de regard suppose d'accepter l'idée de l'extraterritorialité de la compétence normative et juridictionnelle, une idée très controversée et qui suscite beaucoup de réserves. Mais si, comme le défend Olivier de Schutter⁷⁴,

⁷³ Voir la contribution d'O. DE SCHUTTER, «La responsabilité des États dans le contrôle des sociétés transnationales : vers une convention internationale sur la lutte contre les atteintes aux droits de l'homme commises par les sociétés transnationales».

⁷⁴ Cf. O. DE SCHUTTER, *op. cit.*

l'objet de cette extraterritorialité porte exclusivement sur la protection des droits humains (civils, politiques, sociaux et culturels) et que l'on considère que ces droits font partie de l'ordre public international et sont donc des biens publics globaux, alors il existe bien une responsabilité partagée des Etats de les faire respecter. Il y va même de l'intérêt des Etats hôtes d'être secondés dans cette tâche qu'ils ne peuvent pas assumer eux-mêmes pour des raisons principalement économiques.

La régulation est ainsi au cœur des stratégies institutionnelles des entreprises, soit pour prendre la place de la régulation, soit pour la devancer. L'imposition de normes éco-sociales au nom de la RSE peut amplifier les différences de compétitivité. Mais surtout, les normes procédurales (contrairement aux normes substantielles) se prêtent plus facilement à leur instrumentalisation et sont donc plus favorables aux plus puissants qu'aux plus faibles. En s'engageant dans des normes volontaires, les entreprises préparent l'avènement de normes impératives, cristallisant les avantages compétitifs et obligeant toutes les autres entreprises à s'ajuster après coup à une «technologie» normative fixée par elles. «Mesures volontaires et réglementations sont les deux faces d'une même médaille», la frontière entre normes volontaires et normes obligatoires s'avère ténue. Le passage d'une norme volontaire à une norme formelle, obligatoire est de nature stratégique. Toutefois, tant que les agents économiques ne soutiennent pas les tentatives de régulation mais œuvrent pour le contraire, il paraît difficile de concevoir et de mettre en œuvre une législation éco-sociale⁷⁵.

Au terme de cet ouvrage sur la responsabilité sociale de l'entreprise transnationale dans un contexte de globalisation de l'économie, il apparaît que la justice sociale et la préservation des biens publics mondiaux ne peut pas, face à la force de l'économie, s'imposer par la morale ou par la seule autorégulation mais bel et bien par un droit qui doit être aussi contraignant que l'est celui sur les investissements⁷⁶, un droit qui accompagne les entreprises dans leur démarche de RSE et qui plus fondamentalement instituerait un «ensemble de normes éco-sociales impératives assurant un corridor de développement écologiquement soutenable (normes maximales)

⁷⁵ Cf. P. VAN GRIETHUYSEN, *op. cit.*

⁷⁶ Cf. P. ITCHERT et G. FARJAT, *op. cit.*

et socialement équitable (normes minimales) au sein duquel les entreprises pourraient mobiliser leur créativité en vue d'atteindre les objectifs éco-sociaux de la manière la plus rentable possible»⁷⁷.

Après avoir exploré et analysé de manière pluridisciplinaire tout le potentiel régulateur de l'entreprise transnationale (I^{ère} Partie) et sa réception dans des systèmes juridiques des États sur les territoires desquels les entreprises opèrent directement ou indirectement (II^{ème} Partie), il apparaît clairement que les autorités publiques (étatiques et internationales) ont un rôle à jouer aussi bien pour rendre crédibles et efficaces les engagements de responsabilité sociale (III^{ème} Partie) que pour assurer leurs propres obligations de base de protéger, respecter et sanctionner les atteintes aux droits humains à l'aune de la globalisation de l'économie (IV^{ème} Partie). La responsabilité sociale repose en effet sur un double engagement de l'entreprise celui de respecter la loi en vigueur (locale et ou internationale) et celui de respecter ses propres compromis. Ainsi donc responsabilité sociale et responsabilité juridique de l'entreprise s'articulent et se nourrissent mutuellement comme en témoigne le contenu de la norme ISO 26000, résultat d'un exercice d'inter-normativité à l'échelle mondiale⁷⁸.

⁷⁷ Cf. P. VAN GRIETHUYSEN, *op. cit.*

⁷⁸ Cf. I. DAUGAREILH, «La norme ISO 26000 sur la responsabilité sociétale des organisations : observations sur une expérience d'inter-normativité» in M. CAPRON, F. QUAIREL-LANOIZELEE, M.F. TURCOTTE (dir.), *ISO 26000 : une Norme «hors normes»? vers une conception mondiale de la responsabilité sociétale*, Ed. Economica, 2010, pp. 147-163.